

Non-discriminatie onder het EU- en Euratom-Verdrag: de doorwerking van artikel 12 EG-Verdrag (thans art. 18 VWEU)

Mr. W.W. Geursen*

In oktober 2009 heeft het Hof van Justitie¹ uitspraak gedaan in de zaken *Wolzenburg* en *ČEZ*; beide in een grote kamer. Deze zaken waren overigens niet gevoegd en betreffen materieelrechtelijk totaal verschillende regimes: het Europees Aanhoudingsbevel, respectievelijk het Euratom-Verdrag. Desalniettemin kwam in beide zaken de vraag aan de orde in hoeverre nationale wetgeving kon worden getoetst aan het verbod op discriminatie naar nationaliteit van artikel 12 EG-Verdrag (thans art. 18 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (hierna: VWEU)). Artikel 12 EG-Verdrag is alleen van toepassing binnen de werkingssfeer van het EG-Verdrag, terwijl beide zaken niet het EG-Verdrag betroffen, maar een kaderbesluit op grond van de (voormalige derde pijler) van het EU-Verdrag, respectievelijk het Euratom-Verdrag. Volgens het Hof in de zaak *Wolzenburg* kunnen uitvoeringsmaatregelen van een (derde pijler) kaderbesluit direct worden getoetst aan artikel 12 EG-Verdrag (thans art. 18 VWEU). In de zaak *ČEZ* concludeerde het Hof daarentegen dat een zaak die binnen de reikwijdte van het Euratom-Verdrag valt niet (rechtstreeks) kan worden getoetst aan artikel 12 EG-Verdrag (thans art. 18 VWEU), maar dat dat slechts kon over de band van het algemene gelijkheidsbeginsel. Twee verschillende oplossingen, met hetzelfde resultaat. Deze oplossingen zijn mijns inziens in lijn met het Verdrag van Lissabon en het lijkt erop dat het Hof daarmee alvast een voorschot neemt op de nieuwe (systematiek van de) verdragen.

Arrest van het Hof van Justitie van 6 oktober 2009 in zaak C-123/08, Wolzenburg en arrest van het Hof van Justitie van 27 oktober 2009 in zaak C-115/08, ČEZ (n.n.g.)

* Mr. W.W. Geursen is promovendus aan de Vrije Universiteit, Amsterdam.
1. Toen nog als Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen, thans Hof van Justitie van de Europese Unie (art. 9 lid 1 EU (nieuw) voor wat betreft het EU-Verdrag; art. 2 lid 7 van het Verdrag van Lissabon voor wat betreft het EG-Verdrag; art. 7 lid 4 van Protocol 2 bij het Verdrag van Lissabon voor wat betreft het Euratom-Verdrag).

In deze bijdrage zullen de twee arresten eerst worden beschreven en kort worden becommentarieerd.² Vervolgens zullen de twee verschillende redeneringen die het Hof in de arresten bezigt tegen elkaar worden afgezet en vergeleken met eerdere jurisprudentie. Tot slot zal nog worden ingegaan op de gewijzigde (systematiek van de) verdragen die op 1 december 2009 met het Verdrag van Lissabon in werking zijn getreden en zullen de vragen aan de orde komen (1) welke relevantie de arresten in de zaken *Wolzenburg* en *ČEZ* hebben onder het gewijzigde EU-Verdrag en het nieuwe VWEU en (2) wat er over blijft van de algemene beginselen van *gemeenschapsrecht* nu de Europese Gemeenschap niet meer bestaat.³

C-123/08, Wolzenburg

Feiten en nationale procedure

Dominic Wolzenburg heeft in 2001 marihuana ingevoerd in Duitsland. Daarvoor (en voor nog enkele andere gepleegde strafbare feiten) heeft hij in 2002 van twee verschillende Duitse rechters voorwaardelijke vrijheidsbenemende straffen opgelegd gekregen. In 2003 zijn die straffen door een *Gesamtstrafenbeschluss* gecombineerd tot

2. In deze bijdrage wordt ingegaan op de positie van het verbod op discriminatie in de systematiek van het Europees recht. Er zal niet worden ingegaan op de inhoud of de werking van het verbod op discriminatie zelf; zie daarover nader: G. Davies, *Nationality discrimination in the European internal market*, Den Haag: Kluwer Law International, 2003; A.P. van der Mei, 'EU-burgerschap en de reikwijdte van het verbod van discriminatie op grond van nationaliteit', NtER 2009/8-9; en W.W. Geursen, 'De grenzen aan (non-)discriminatie naar nationaliteit van EU-burgers en derdelanders', *Juridisch up to date* 2009/19, p. 13-20.
3. In art. 1 derde alinea VEU is aangegeven dat '[d]e Unie in de plaats [treedt] van de Europese Gemeenschap, waarvan zij de opvolgster is.' Als gevolg daarvan bepaalt art. 2 lid 2 sub a van het Verdrag van Lissabon dat in het hele EG-Verdrag, dat nu de titel VWEU draagt, de woorden "'de Gemeenschap" en "de Europese Gemeenschap" [worden] vervangen door "de Unie", de woorden "van de Europese Gemeenschappen" of "van de EEG" door "van de Europese Unie" en het bijvoeglijk naamwoord "communautair" door "van de Unie"'.
17

één voorwaardelijke vrijheidbenemende straf van een jaar en negen maanden. Bij beslissing van 5 juli 2005 heeft een Duitse rechter de voorwaardelijke straf omgezet in een onvoorwaardelijke straf, omdat Wolzenburg de gestelde voorwaarden had overtreden.

Sinds een maand voor deze laatste beslissing woonde Wolzenburg echter in Venlo en verrichtte hij in Nederland arbeid in loondienst. Omdat Wolzenburg niet meer in Duitsland woonde, werd tegen hem een Europees aanhoudingsbevel uitgevaardigd (dat gebeurde overigens pas een jaar later, op 13 juli 2006) en is hij opgenomen in het Schengen Informatiesysteem (SIS). Op basis hiervan is Wolzenburg in Nederland in augustus 2006 aangehouden en in voorlopige hechtenis genomen. De Duitse rechterlijke autoriteit die het Europees aanhoudingsbevel had uitgevaardigd heeft vervolgens om overlevering van Wolzenburg verzocht.

De Rechtbank Amsterdam dient deze aanvraag te beoordelen en heeft vragen omtrent de uitlegging van het Kaderbesluit betreffende het Europees aanhoudingsbevel.⁴ Enkele vragen die de verwijzende rechter heeft gesteld betreffen de in het kaderbesluit voorziene gronden voor weigering van het overleveringsverzoek. In artikel 4 van het Kaderbesluit betreffende het Europees aanhoudingsbevel zijn (facultatieve) weigeringsgronden opgenomen. Een daarvan is dat weigering is toegestaan wanneer het gezochte personen betreft die onderdaan of ingezetene van de uitvoerende lidstaat zijn; de straf zal dan ten uitvoer worden gelegd in de lidstaat waarvan de veroordeelde onderdaan/ingezetene is. Nederland heeft gebruik gemaakt van die facultatieve weigeringsgronden en heeft deze omgezet in nationaal recht in de Overleveringswet.⁵ Op basis daarvan wordt het overleveringsverzoek omtrent een Nederlander geweigerd wanneer de overlevering is gevraagd ‘ten behoeve van de tenuitvoerlegging van een hem bij onherroepelijk vonnis opgelegde vrijheidsstraf’, waarbij Nederland zich bereid verklaart de ‘tenuitvoerlegging van het vonnis over te nemen’.⁶ Dat systeem is eveneens van toepassing op iedere ‘vreemdeling met een verblijfsvergunning voor onbepaalde tijd, voor zover hij in Nederland kan worden vervolgd voor de feiten welke aan het Europees aanhoudingsbevel ten grondslag liggen en voor zover ten aanzien van hem de verwachting bestaat dat hij niet zijn recht van verblijf in Nederland verliest ten gevolge van een hem na overlevering opgelegde straf of maatregel’.⁷ Deze uitzonderingsgrond vereist ten aanzien van vreemdelingen een ‘verblijfsvergunning voor onbepaalde tijd’. EU-onderdanen kunnen een dergelijke verblijfsvergunning pas verkrijgen na een ononderbroken verblijf van vijf jaar. Deze voorwaarde bestaat uit twee vereisten: (1) een formeel vereiste dat de vreemdeling over een verblijfsvergunning voor onbepaalde tijd beschikt en (2) een materieel vereiste dat de vreemdeling voor een ononderbroken periode van vijf

jaar in Nederland heeft verbleven. De Rechtbank Amsterdam acht dit onderscheid relevant, aangezien zij constateert dat er ook EU-onderdanen zijn die na een ononderbroken verblijf van vijf jaar geen verblijfsvergunning voor onbepaalde tijd aanvragen, om die reden daar niet over beschikken en dus niet aan het formele vereiste van de Nederlandse Overleveringswet voldoen, terwijl zij wel aan de materieelrechtelijke verblijfsvereisten voldoen.

De verwijzende rechter heeft vastgesteld dat de strafbare feiten die Wolzenburg in Duitsland heeft begaan, ook naar Nederlands recht strafbaar zijn. Evenwel is dat, noch de veroordeling in Duitsland een reden waarom Wolzenburg zijn recht van verblijf in Nederland kan verliezen. Overigens kon hij op dat moment nog geen aanspraak maken op een Nederlandse verblijfsvergunning voor onbepaalde tijd, omdat hij hier nog niet (rechtmatig) voor een ononderbroken periode van vijf jaar had verbleven. Wolzenburg voldoet dus niet aan alle vereisten die de Overleveringswet aan vreemdelingen stelt.

De Rechtbank Amsterdam vraagt zich af of (1) het formele vereiste van het hebben van een verblijfsvergunning voor onbepaalde tijd is toegestaan onder het kaderbesluit;⁸ en (2) of het materiële vereiste dat wordt gesteld aan andere Unieburgers van een ononderbroken verblijf van vijf jaar in Nederland, terwijl aan Nederlanders die eis niet wordt gesteld, is toegestaan onder artikel 12 EG-Verdrag (thans art. 18 VWEU).⁹ In deze bijdrage zal alleen het antwoord op de tweede vraag aan bod komen.

Conclusie A-G Bot

Op 24 maart 2009 heeft A-G Bot zijn conclusie getrokken in deze zaak. Na de conclusie dat de administratieve eis in strijd is met het kaderbesluit,¹⁰ stelt de A-G vast dat de Overleveringswet een onderscheid maakt tussen Nederlandse onderdanen en andere Unieburgers. Nederlandse burgers vallen onvoorwaardelijk onder de weigeringsgrond, terwijl andere Unieburgers moeten voldoen aan de twee besproken vereisten. A-G Bot weidt in zijn conclusie omstandig uit over de – niet gestelde – vraag of het categorisch niet uitleveren van eigen onderdanen is toegestaan onder het kaderbesluit; volgens hem is dat onverenigbaar met het kaderbesluit. De A-G benadrukt het doel

4. Kaderbesluit 2002/584/JBZ van de Raad van 13 juni 2002 betreffende het Europees aanhoudingsbevel en de procedures van overlevering tussen de lidstaten (Pb. EU 2002, L 190/1).

5. Wet van 29 april 2004 (Stb. 2004, 195).

6. Art. 6 leden 2 en 3 van de Overleveringswet.

7. Art. 6 lid 5 van de Overleveringswet.

8. Hetgeen een additionele administratieve eis is bovenop de in het kaderbesluit reeds voorziene eis tot ingezetenschap.

9. Bovendien vallen onderdanen van andere lidstaten dan Nederland, die reeds op grond van art. 18 lid 1 EG-Verdrag (thans art. 21 lid 1 VWEU) een verblijfsrecht hebben (en dat niet zullen verliezen vanwege de opgelegde onherroepelijke vrijheidsbenemende straf) ook niet onder de weigeringsgrond.

10. Volgens de A-G was die vraag al beantwoord in de zaak *Kozłowski*, althans was daar al een indicatie voor het antwoord te vinden; arrest van het HvJ EG van 17 juli 2008 in zaak C 66/08, *Kozłowski*, Jur. 2008, p. I-6041. Een Unieburger ontleent reeds een verblijfsrecht op grond van art. 18 EG-Verdrag (thans art. 21 EUW). Dat verblijfsrecht is niet afhankelijk van het beschikken over een verblijfsvergunning. Bovendien is een verblijfsvergunning geen voorwaarde die kan worden gesteld onder Richtlijn 2004/38/EG van het Europees Parlement en de Raad van 29 april 2004 betreffende het recht van vrij verkeer en verblijf op het grondgebied van de lidstaten voor de burgers van de Unie en hun familieleden (Pb. EU 2004, L 158/77, en rectificaties Pb. EU 2004/L229/35 en Pb. EU 2007, L 204/28). Onder die richtlijn mogen lidstaten alleen eisen dat de Unieburger over voldoende bestaansmiddelen en een adequate ziektekostenverzekering beschikt.

van de weigeringsgrond: de kans op re-integratie van de gestrafte te vergroten, waarbij ervan wordt uitgegaan dat een Unieburger die verblijft in een andere lidstaat dan waarvan hij/zij onderdaan is een zodanige band met die lidstaat heeft, dat hij/zij na de vrijheidsbenemende straf weer integreert in de lidstaat van verblijf. Dat zou per definitie gelden voor een onderdaan van de uitvoerende lidstaat. Volgens de A-G is dat laatste echter onjuist en dient ook bij een onderdaan van de uitvoerende lidstaat van geval tot geval bekeken te worden of hij/zij weer zal (moeten) re-integreren in die lidstaat. Volgens de A-G zou het beginsel van niet-uitlevering van eigen onderdanen moeten worden verlaten.

Vervolgens onderstreept de A-G dat '[d]e totstandbrenging van de interne markt en het burgerschap van de Unie (...) er dus gaandeweg toe geleid [hebben] dat de lidstaten de burgers van de andere lidstaten moeten behandelen als hun eigen burgers'.¹¹ Ook op grond van het kaderbesluit wanneer het een weigering tot uitlevering betreft zou een Unieburger gelijkgesteld moeten worden met burgers van de uitvoerende lidstaat. Volgens de A-G heeft

[h]et uitsluiten van een dergelijke burger van de werkingssfeer van [de weigeringsgrond] tot gevolg dat de gezochte zijn straf verplicht moet ondergaan in de uitvaardigende lidstaat, ongeacht de strafduur en de afstand tussen de uitvoerende en de uitvaardigende lidstaat. Deze oplossing kan dus als consequentie hebben dat het onderhouden van contacten tussen de veroordeelde en zijn naasten door bezoek in de plaats van detentie, nagenoeg onmogelijk of zeer moeilijk wordt, evenals de voortzetting van de werkzaamheden van de betrokkene, bijvoorbeeld in het kader van tenuitvoerlegging van de straf in een halfopen inrichting of als taakstraf.¹²

Volgens A-G Bot is de Nederlandse Overleveringswet daarom in strijd met het non-discriminatiebeginsel, terwijl hij juist had geconstateerd dat het kaderbesluit het categorisch weigeren van de overlevering van eigen onderdanen niet toestaat.

Arrest van het Hof van Justitie

Het Hof begint met de preliminaire rechtsvraag of een nationale uitvoeringsmaatregel van een kaderbesluit kan worden getoetst aan artikel 12 EG-Verdrag (thans art. 18 VWEU), aangezien die bepaling alleen discriminatie naar nationaliteit verbiedt binnen de werkingssfeer van het EG-Verdrag en het kaderbesluit is vastgesteld op basis van (de derde pijler van) het EU-Verdrag. Volgens het Hof kan

[u]it die vaststelling evenwel niet worden afgeleid dat nationale bepalingen die door een lidstaat worden vastgesteld ter uitvoering van een onder het EU-Verdrag vallende handeling, niet op hun rechtmatigheid naar gemeenschapsrecht kunnen worden getoetst. De lidstaten mogen immers in het kader van de uitvoering

van een kaderbesluit geen afbreuk doen aan het gemeenschapsrecht, meer bepaald de bepalingen van het EG-Verdrag waarin aan elke burger van de Unie het recht wordt toegekend om vrij op het grondgebied van de lidstaten te reizen en te verblijven.¹³

Na te hebben geconcludeerd dat de administratieve eis niet is toegestaan onder het kaderbesluit,¹⁴ vervolgt het Hof met de vraag of aan een Unieburger die op grond van artikel 18 EG-Verdrag (thans art. 21 VWEU) de eis kan worden opgelegd dat hij/zij voor vijf jaar ononderbroken in Nederland heeft verbleven alvorens onder de weigeringsgrond te vallen, terwijl aan Nederlandse onderdanen die eis niet wordt gesteld. Volgens het Hof is het doel van het kaderbesluit 'het multilaterale uitleveringssysteem tussen lidstaten te vervangen door een op het beginsel van wederzijdse erkenning gebaseerde regeling van overlevering tussen rechterlijke autoriteiten van veroordeelde of verdachte personen met het oog op tenuitvoerlegging van strafrechtelijke beslissingen of strafvervolgung'.¹⁵ De uitzondering op het beginsel van wederzijdse erkenning is vervat in een beperkt aantal (facultatieve) weigeringsgronden; de beperking van die gronden faciliteert het beginsel van wederzijdse erkenning.¹⁶ Met dat doel in het achterhoofd, onderzoekt het Hof vervolgens of er sprake is van een objectieve rechtvaardiging voor de ongelijke behandeling van Nederlandse onderdanen en andere Unieburgers die alhier verblijven. Het doel van de weigeringsgrond is, zoals A-G Bot reeds had vermeld in zijn conclusie, 'de kansen op sociale re-integratie van de gezochte persoon na het einde van de straf waartoe deze is veroordeeld, te verhogen'.¹⁷ Volgens het Hof

'kan de omstandigheid dat voor eigen onderdanen enkel de nationaliteitsvoorwaarde geldt en voor onderdanen van de overige lidstaten de voorwaarde van een ononderbroken verblijf van vijf jaar, worden beschouwd als een garantie dat de gezochte persoon in de uitvoerende lidstaat voldoende is geïntegreerd. Daarentegen zal een gemeenschapsonderdaan die niet de nationaliteit van de uitvoerende lidstaat heeft en die niet gedurende een bepaalde tijd ononderbroken verblijf op het grondgebied van die staat heeft gehad, in het algemeen meer banden met zijn lidstaat van herkomst hebben dan met de samenleving van de uitvoerende lidstaat'.¹⁸

13. R.o. 44 en 45.

14. Daarbij acht het HvJ EG het relevant dat art. 16 lid 1 van Richtlijn 2004/38/EG betreffende het recht van vrij verkeer en verblijf van Unieburgers voorziet in een duurzaam verblijfsrecht wanneer een Unieburger ononderbroken voor vijf jaar in de gastlidstaat heeft verbleven. De richtlijn voorziet er dan in dat de gastlidstaat op verzoek een document moet verstrekken waarin dit duurzame verblijfsrecht wordt bevestigd. Dat document is volgens het HvJ EG declaratoir en niet constitutief voor het duurzame verblijfsrecht. R.o. 51; onder verwijzing naar het arrest van het HvJ EG van 12 mei 1998 in zaak C-85/96, *Martínez Sala* Jur. 1998, p. I-2691, r.o. 53.

15. R.o. 56; onder verwijzing naar het arrest van het HvJ EG van 17 juli 2008 in zaak C-66/08, *Kozłowski*, Jur. 2008, p. I-6041, r.o. 31.

16. R.o. 58-60.

17. R.o. 67.

18. R.o. 68.

11. Par. 141.

12. Par. 155 en 156.

Dat levert volgens het Hof een rechtvaardiging op voor het gewraakte verschil in behandeling. Vervolgens is het de vraag of de nationale maatregel niet verder gaat dan noodzakelijk en dus voldoet aan het proportionaliteitsbeginsel.¹⁹ Volgens het Hof moet worden geconstateerd dat de eisen die de Overleveringswet stelt niet buitensporig zijn.

‘Een eigen onderdaan heeft immers een zodanige band met zijn lidstaat van herkomst, dat zijn re-integratie in de samenleving nadat de straf waartoe hij is veroordeeld aldaar is uitgevoerd, gewaarborgd is. Daarnaast kan een voorwaarde inzake een ononderbroken verblijf van vijf jaar voor onderdanen van andere lidstaten evenmin buitensporig worden geacht, met name gezien de eisen die vervuld moeten zijn opdat niet-onderdanen kunnen worden geacht in de uitvoerende lidstaat te zijn geïntegreerd.’²⁰

Het Hof acht het nodig daaraan toe te voegen dat de vijfjaarsperiode overeenstemt met de periode voor een duurzaam verblijfsrecht onder Richtlijn 2004/38/EG.²¹ Aldus stelt het Hof vast dat de vijfjaarseteis ‘niet verder gaat dan noodzakelijk is ter bereiking van de doelstelling’.²² Volgens het Hof is de Nederlandse wetgeving derhalve niet in strijd met artikel 12 EG-Verdrag (thans art. 18 VWEU).

Kort commentaar

In deze zaak hinkt A-G Bot op twee verschillende gedachten die moeilijk verenigbaar zijn. Zijn meeste aandacht gaat uit naar zijn stelling dat de categorische weigering van het overleveren van eigen onderdanen niet is toegestaan onder het kaderbesluit. Hij vergeet echter dan de brug te slaan naar de zaak *Wolzenburg* zelf, aangezien *Wolzenburg* geen Nederlands onderdaan is. Als de conclusie van A-G Bot terecht is dat de gewraakte categorische weigering niet is toegestaan onder het kaderbesluit, zou de relevante conclusie voor *Wolzenburg* zijn dat hij niet (meer) wordt gediscrimineerd ten opzichte van Nederlandse onderdanen, aangezien die dan ook zouden kunnen worden uitgeleverd.

Wat betreft het Hof zou ik een kanttekening willen plaatsen bij de proportionaliteit van de Nederlandse maatregel. Volgens het Hof is de vijfjaarseteis proportioneel. Toch vraag ik mij af of er ook geen gevallen denkbaar zijn waarbij een Unieburger, onderdaan van een andere lidstaat dan Nederland, reeds vóór het einde van een ononderbroken verblijf van vijf jaar een dusdanige band met Nederland heeft opgebouwd dat overlevering re-integratie in gevaar zou brengen (bijvoorbeeld omdat zijn/haar gezin ook in Nederland woont). Daarmee zou de vijfjaarseteis te algemeen zijn; een individuele toets is dan op zijn plaats. Wellicht dat de verklaring daarvoor is te vinden in de wens van het Hof aan te sluiten bij de vijfjaarstermijn van

Richtlijn 2004/38/EG. Overigens valt andersom ook goed voor te stellen dat de nationaliteitseis te ruim is, aangezien er ook Nederlanders zullen zijn die een dusdanige band met een andere lidstaat hebben opgebouwd dat de *weigerings* van overlevering re-integratie in gevaar zou brengen (bijvoorbeeld een Nederlander die met zijn gezin in een andere lidstaat woont, daar wordt veroordeeld en in Nederland wordt opgepakt, bijvoorbeeld na een familiebezoek).

Wat betreft de manier waarop het Hof in deze zaak omgaat met de toetsing aan het verbod op discriminatie van artikel 12 EG-Verdrag (thans art.18 VWEU), wordt na de bespreking van de zaak *ČEZ* nader ingegaan.

C-115/08, ČEZ

Feiten en nationale procedure

Op 50 km afstand van de grens met Oostenrijk ligt in de Tsjechische plaats Temelín een kerncentrale met twee kernreactoren. Die centrale wordt geëxploiteerd door het energiebedrijf ČEZ; alle aandelen in ČEZ zijn in handen van de Tsjechische Staat. Reeds in 1985 is een vergunning afgegeven voor de bouw en exploitatie van de kerncentrale. Pas op 9 oktober 2000 werd de centrale (op proef) in bedrijf gesteld en sinds 2003 draait de centrale op volle kracht. Eind 2006 zijn de reactoren gecontroleerd en is een definitieve verklaring afgegeven van conformiteit met de geldende regelgeving.

Net over de grens in Oostenrijk – op zestig kilometer afstand van de kerncentrale – heeft het Land Oberösterreich percelen in eigendom die bestemd zijn voor landbouw en agrarisch onderzoek; daarop is tevens een landbouwschool gevestigd.

Het Oostenrijks burgerlijk wetboek, het *Allgemeine bürgerliche Gesetzbuch* (ABGB), voorziet in een regeling waarbij de eigenaar van een perceel zijn buur kan (laten) verbieden ‘van diens grond afkomstige inwerking van afvalwater, rook, gas, warmte, geur, geluid, trillingen en dergelijke verbieden, voor zover zij groter is dan wat, gelet op de plaatselijke situatie, normaal is en zij de ter plaatse gebruikelijke aanwending van het perceel wezenlijk schaadt’. Wanneer de installatie van die buur evenwel over een vergunning beschikt, gaat dat verbod niet op, maar kan er enkel een schadevergoeding worden gevorderd. Het Oostenrijkse *Oberste Gerichtshof* heeft in een arrest van 4 april 2006 geoordeeld dat deze uitzondering overigens alleen geldt voor vergunningen die door de Oostenrijkse autoriteiten zijn afgegeven. Daarmee brak de Oostenrijkse hoogste civiele rechter met vroegere rechtspraak waarin de uitzondering ook gold voor installaties met een buitenlandse vergunning, op voorwaarde dat de betrokken hinder volgens internationaal recht was toegestaan én de vergunningsvoorwaarden van de buitenlandse vergunning in essentie gelijkwaardig waren aan die van een Oostenrijkse vergunning.

In 2001 hebben het Land Oberösterreich en enkele andere eigenaren van grond in die regio bij het Oostenrijkse *Landesgericht Linz* het verbod uit het ABGB ingeroepen en

19. R.o. 69; onder verwijzing naar het arrest van het HvJ EG van 18 november 2008 in zaak C-158/07, *Förster* (n.n.g.), r.o. 53.

20. R.o. 70.

21. R.o. 71.

22. R.o. 73.

gevorderd 'ČEZ te gelasten om een einde te maken aan de hinder of het gevaar voor hinder door ioniserende straling die door deze centrale kan worden uitgezonden'. ČEZ zou niet onder de uitzonderingsgrond kunnen vallen om onder het verbod uit te komen, aangezien het niet over een Oostenrijkse vergunning beschikt, maar over een Tsjechische. Het *Landesgericht Linz* betwijfelt of de uitleg van de ABGB door het *Oberste Gerichtshof* in strijd is met diverse bepalingen uit het EG-Verdrag, aangezien het tot een verschillende behandeling leidt van installaties die over een Oostenrijkse vergunning beschikken enerzijds en van installaties die vergunning hebben gekregen van een andere lidstaat dan Oostenrijk anderzijds. De verwijzende rechter vraagt zich onder andere af of dat geen indirecte discriminatie naar nationaliteit oplevert, in strijd met de vrijheid van vestiging van artikel 43 EG-Verdrag (thans art. 49 VWEU); met het vrij verkeer van goederen van artikel 28 EG-Verdrag (thans art. 34 VWEU); en het verbod op discriminatie naar nationaliteit artikel 12 EG-Verdrag (thans art. 18 VWEU).

Conclusie A-G Poiares Maduro

Op 22 april 2009 heeft A-G Poiares Maduro zijn conclusie getrokken in deze zaak. Hij beantwoordt de vragen geheel op basis van artikel 43 EG-Verdrag (thans art. 49 VWEU). Hij begint met de conclusie dat dit een atypisch geval is onder de vrijheid van vestiging, aangezien het niet een zaak betreft waarbij de onderneming in kwestie door de lidstaat van herkomst/ontvangst wordt belemmerd economische activiteiten in een andere lidstaat te gaan exploiteren. Het betreft een situatie waarbij (de extraterritoriale werking van) het recht van de ene lidstaat (te weten Oostenrijk) de exploitatie van de in een andere lidstaat gevestigde onderneming (te weten ČEZ in Tsjechië) zou kunnen beperken. Volgens de A-G zal die extraterritoriale werking worden versterkt door Verordening (EG) nr. 44/2001 betreffende (o.a.) de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in civielrechtelijke zaken (de zogenoemde EEX-Verordening).²³

Poiares Maduro concludeert vervolgens dat er geen sprake is van een interne situatie, ook al is er in deze zaak geen sprake van een typische grensoverschrijdende vestiging in die zin dat de Tsjechische vennootschap ČEZ zich in Oostenrijk zou willen vestigen. Hij acht het echter voldoende dat de extraterritoriale toepassing van de Oostenrijkse wet de economische activiteiten van ČEZ in Tsjechië ongunstig kan beïnvloeden. Daarmee concludeert hij ook dat er sprake is van een belemmering van de vrijheid van vestiging. Die belemmering zou evenwel kunnen worden gerechtvaardigd door een dwingende reden van algemeen belang, zoals de bescherming van de volksgezondheid. De maatregel is evenwel niet proportioneel, aangezien de Tsjechische vergunning dat doel even goed zou kunnen beschermen als de Oostenrijkse, maar desalniettemin simpelweg categorisch wordt uitgesloten.

23. Verordening (EG) nr. 44/2001 van de Raad van 22 december 2000 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken (Pb. EG 2001, L 12/1).

Arrest van het Hof van Justitie

Het eerste onderwerp dat het Hof bij de kop pakt, is de vraag of de bepalingen van het EG-Verdrag waarnaar de verwijzende rechter verwijst wel relevant zijn en het Hof überhaupt wel bevoegd is. Volgens het Hof betreft het hoofding 'een industriële activiteit die bestaat in de exploitatie van een kerncentrale [en] in voorkomend geval welke technische voorwaarden aan deze centrale kunnen worden opgelegd wegens de hinder of mogelijke hinder die onroerende goederen in een andere lidstaat zouden ondervinden doordat zij aan van de ioniserende straling van deze centrale kunnen worden blootgesteld'.²⁴ Dat valt volgens het Hof 'in aanzienlijke mate' binnen de werkingssfeer van het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap voor Atoomenergie (hierna: Euratom-Verdrag).²⁵ Weliswaar heeft de verwijzende rechter zijn verzoek gestoeld op artikel 234 EG-Verdrag (thans art. 267 VWEU), maar aangezien het Euratom-Verdrag in artikel 150 in dezelfde bevoegdheid heeft voorzien, acht het Hof zich bevoegd.²⁶

Ten gronde begint het Hof te benadrukken dat het Euratom-Verdrag geen met artikel 12 EG-Verdrag (thans art. 18 VWEU) vergelijkbaar verbod op discriminatie naar nationaliteit kent. Desalniettemin maakt dat verbod 'deel uit van de "beginselen" van de Gemeenschap en de regel van de gelijke behandeling van eigen onderdanen en onderdanen uit andere lidstaten is een van de fundamentele rechtsvoorschriften van de Gemeenschap'.²⁷ Artikel 12 EG-Verdrag (thans art. 18 VWEU) is volgens het Hof slechts een specifieke uitdrukking van het algemene gelijkheidsbeginsel.²⁸ Bovendien zou het volgens het Hof in strijd zijn met het doel en de coherentie van beide verdragen om discriminatie naar nationaliteit die verboden is onder het EG-Verdrag toe te staan onder het Euratom-Verdrag.²⁹

De Oostenrijkse litigieuze wetgeving maakt geen direct onderscheid naar nationaliteit. Het Hof benadrukt echter dat het vaste rechtspraak is dat ook indirecte discriminatie door 'verkapte vormen van discriminatie die, door toepassing van andere onderscheidingscriteria, in feite tot

24. R.o. 82; vreemd genoeg gaat het HvJ EG na deze zeer stellige conclusie in r.o. 98-107 nogmaals en uitvoerig in op de vraag of deze zaak wel onder de reikwijdte van het Euratom-Verdrag valt, aangezien dat verdrag geen titel inzake kerninstallaties bevat; het HvJ EG plaatst de zaak binnen hoofdstuk 3, getiteld "Bescherming van de gezondheid", aangezien 'de afgifte van vergunningen voor de bouw en de werking van kerninstallaties binnen de werkingssfeer van het EGA-Verdrag valt, voor zover het gaat om de bescherming van de gezondheid van de bevolking tegen de aan ioniserende straling verbonden gevaren' (r.o. 105).

25. R.o. 83.

26. R.o. 84; onder verwijzing naar het arrest van het HvJ EG van 15 januari 1986 in zaak 44/84, *Hurd*, *Jur.* 1986, p. 29, r.o. 1 en 14.

27. R.o. 88; onder verwijzing naar het arrest van het HvJ EG van 21 juni 1974 in zaak 2/74, *Reyners*, *Jur.* 1974, p. 631, r.o. 15 en 24.

28. R.o. 89; onder verwijzing naar de arresten van het HvJ EG van 8 oktober 1980 in zaak 810/79, *Überschär*, *Jur.* 1980, p. 2747, r.o. 16 en van 19 maart 2002 in zaak C-224/00, *Commissie/Italië*, *Jur.* 2002, p. I-2965, r.o. 14.

29. R.o. 90.

hetzelfde resultaat leiden' verboden zijn.³⁰ Volgens het Hof leidt het gemaakte onderscheid 'in feite tot hetzelfde resultaat als een verschil in behandeling op grond van nationaliteit'.³¹ Een rechtvaardiging is volgens het Hof niet voorhanden.

Kort commentaar

Vreemd genoeg gaat A-G Poiras Maduro in deze zaak geheel niet in op de vraag of de zaak onder het Euratom- of het EG-Verdrag moet worden afgedaan. Hij plaatst de zaak zonder verdere bespreking onder de vrijheid van vestiging van het EG-Verdrag. Hij probeert wel omstandig te redeneren waarom dit atypische geval wel onder de vrijheid van vestiging van artikel 43 EG-Verdrag (thans art. 49 VWEU) valt, terwijl ČEZ zich niet vanuit Tsjechië in Oostenrijk heeft gevestigd. Ik waag te betwijfelen of hier daadwerkelijk sprake is van een situatie die onder die bepaling valt, alhoewel het Hof de 'interne situatie' reeds flink heeft ingeperkt.³²

Het Hof hoeft zich niet in bochten te wringen om de situatie onder de reikwijdte van het EG-Verdrag te brengen, maar bevestigt dat de zaak onder de reikwijdte van het Euratom-Verdrag valt. Het is wél vreemd dat het Hof dat tot tweemaal toe doet en daarmee binnen het arrest een *contradictio in terminis* construeert. De eerste keer concludeert het vrij kort en stellig: de industriële activiteit van ČEZ valt onder het Euratom-Verdrag (en daarmee basta),³³ terwijl het daarna begint te twijfelen aan zijn eigen stelligheid door te concluderen dat het Euratom-Verdrag 'geen titel inzake kerninstallaties' bevat om vervolgens de vergunning(svoorwaarden) van de exploitatie dan maar onder titel II, hoofdstuk 3 van dat Verdrag te brengen getiteld 'Bescherming van de gezondheid', onderdeel van de 'Bepalingen ter bevordering van de vooruitgang op het gebied van de kernenergie'.³⁴ Daarmee haalt het Hof zijn eerste conclusie eigenlijk onderuit. De industriële activiteit van ČEZ valt dus helemaal niet onder het Euratom-Verdrag; alleen de voorwaarden van exploitatievergunning van ČEZ omtrent de bescherming van de gezondheid vallen binnen de reikwijdte van het Euratom-Verdrag. Overigens heeft het EG-Verdrag als *lex generalis* een residuele/subsidiaire werking ten opzicht van het Euratom-Verdrag en had de zaak wellicht alsnog binnen de werkingssfeer van het EG-Verdrag kunnen/moeten worden opgelost;³⁵ op voorwaarde vanzelfsprekend dat dit

überhaupt wel een zaak is die binnen de werkingssfeer van het EG-Verdrag valt (zoals de A-G concludeerde).

Doorwerking van artikel 12 EG

In beide zaken is de vraag of artikel 12 EG-Verdrag (thans art. 18 VWEU) buiten de werkingssfeer van het EG-Verdrag kan worden toegepast, terwijl de tekst van artikel 12 EG-Verdrag er expliciet in voorziet dat het alleen binnen de werkingssfeer van het EG-Verdrag van toepassing is. Het Hof komt tot twee fundamenteel verschillende oplossingen; met hetzelfde resultaat onder de streep.

In *Wolzenburg* komt het Hof tot de conclusie dat uitvoeringsmaatregelen van een (derde pijler) kaderbesluit rechtstreeks kunnen worden getoetst aan artikel 12 EG-Verdrag (thans art. 18 VWEU). In *ČEZ* concludeert het Hof dat een situatie die onder het Euratom-Verdrag valt niet rechtstreeks kan worden getoetst aan artikel 12 EG-Verdrag (thans art. 18 VWEU), maar slechts indirect over de band van het algemene gelijkheidsbeginsel. Toch merkt het Hof op dat het in strijd zou zijn met het doel en de coherentie van beide verdragen om discriminatie naar nationaliteit die verboden is onder het EG-Verdrag toe te staan onder het Euratom-Verdrag. Gezien die opmerking had het Hof ook in die zaak voor de oplossing kunnen kiezen die het in *Wolzenburg* heeft toegepast. Beide redeneringen lijken mij op zichzelf overigens niet onlogisch; wat onlogisch is, is dat de twee verschillende redeneringen naast elkaar bestaan.³⁶ Wellicht dat de oplossing is gekozen met het oog op het nu van kracht zijnde Verdrag van Lissabon en met name de systematiek van het EU-Verdrag, VWEU en het Euratom-Verdrag dat een andere verhouding heeft gekregen met die verdragen.

Beide zaken hadden wellicht ook kunnen worden afgedaan binnen de werkingssfeer van het EG-Verdrag; *Wolzenburg* omdat hij gebruik had gemaakt van zijn vrij verkeer van werknemers of Unieburgers en ČEZ omdat het om de een vraag ging die te maken had met de op het EG-Verdrag gebaseerde EEX-Verordening (alhoewel ik moet toegeven dat daar wel wat meer creativiteit voor nodig is). Tridimas geeft aan '*that the prohibition of discrimination on grounds of nationality extends to situations which are not related to the exercise of economic rights strictly understood. The evolution in the interpretation of Article 12 [EC] can be traced by reference to cases pertaining to access to education, [37] intellectual property rights, [38] the right to judicial protection, [39] and social rights emanating from Union citi-*

30. R.o. 92; onder verwijzing naar de arresten van het HvJ EG van 13 juli 1993 in zaak C-330/91, *Commerzbank*, Jur. 1993, p. I-4017, r.o. 14 en van 19 maart 2002 in zaak C-224/00, *Commissie/Italië*, Jur. 2002, p. I-2965, r.o. 15.

31. R.o. 97.

32. Zie bijvoorbeeld de arresten van het HvJ EG van 13 oktober 2005 in zaak C-458/03, *Parking Brixen*, Jur. 2005, p. I-8585 r.o. 55; van 8 november 2005 in zaak C-293/02, *Jersey Potato*, Jur. 2005, p. I-9543, r.o. 61 e.v. (zie ook N. Saanen-Siebenga, 'Het (naderende) einde van de interne situatie', *NTER* 2006/0506); en HvJ EG 12 juli 2005, zaak C-403/03, *Schempp*, Jur. 2005, p. I-6421, r.o. 25.

33. R.o. 82-84.

34. R.o. 99.

35. HvJ EG 6 juli 1982, gevoegde zaken 188-190/80, *Frankrijk, Italië, VK/Commissie*, Jur. 1982, p. 2545, r.o. 32 en HvJ EG 22 april 2008 voor wat betreft het EGKS-Verdrag in zaak C-408/04, *Commissie/Salzgitter*, Jur. 2008, p. I-2767, r.o. 88; zie ook: K. Lenaerts en P. van Nuffel, *Europees recht in hoofdlijnen*, Antwerpen/Apeldoorn: Maklu 2003, p. 48.

36. Temeer omdat beide arresten (1) binnen een tijdsbestek van één maand zijn genomen en (2) door grote kamers waarin de samenstelling voor een groot deel hetzelfde was.

37. In zijn boek gaat Tridimas met betrekking tot het onderwijs onder andere in op de zaken 293/89, *Gravier*, Jur. 1985, p. 593 en 39/86, *Lair*, Jur. 1988, p. 3161; T. Tridimas, *The general principles of EU law*, Oxford enz.: Oxford University Press 2006, p. 124 e.v.

38. Tridimas gaat in zijn boek met betrekking tot intellectuele eigendom met name in op gevoegde zaken C-92 en 326/92, *Phil Collins*, Jur. 1993, p. I-5145; T. Tridimas 2006, p. 128 e.v.

39. Tridimas gaat in zijn boek met betrekking tot rechtsbescherming met name in op de zaken C-43/95, *Data Delecta*, Jur. 1996, p. I-4661 en C-323/95, *Hayes*, Jur. 1997, p. I-1711; T. Tridimas 2006, p. 130 e.v.

zenship [40]41 Daarnaast concludeert hij ‘that by creative case law the Court of Justice has transformed Article 12 [EC] from a general, programmatic, provision to an autonomous source of rights and obligations beyond the sphere of the internal market strictly understood which encompasses a diverse range of situations and whose outer limits remain elusive.’42 Het Hof had hier dus ook creatief kunnen zijn en kunnen komen tot een oplossing binnen de werkingssfeer van het EG-Verdrag.

Naast de creatieve manier om situaties toch binnen de werkingssfeer van het EG-Verdrag te brengen, zijn er ook zaken geweest waarmee doorwerking buiten het EG-Verdrag plaatsvond. In de zaak *ČEZ* heeft het Hof ervoor gekozen om artikel 12 EG-Verdrag (thans art. 18 VWEU) te plaatsen in de sleutel van algemene beginsel van gemeenschapsrecht. Het gelijkheidsbeginsel heeft wat dat aangaat een ontwikkeling doorgemaakt. In de zaak *Milac* gaf het Hof bijvoorbeeld aan dat ‘het beginsel van non-discriminatie tussen producenten of verbruikers van de gemeenschap behoort tot de grondbeginselen van het verdrag, die door elke rechterlijke instantie moeten worden gehandhaafd’.43 Van een grondbeginsel maakt het Hof daar later bijvoorbeeld in de recentere zaak *Eman en Sevinger* van ‘dat het beginsel van gelijke behandeling of non-discriminatie (...) deel uitmaakt van de algemene beginselen van het gemeenschapsrecht’.44 Die zaken hadden echter alle nog een relatie met het EG-Verdrag; desalniettemin kon artikel 12 EG-Verdrag (thans art. 18 VWEU) geen zelfstandige toepassing vinden. In zijn arrest in de zaak *ČEZ* herhaalt het Hof deze jurisprudentie:

‘Artikel 12, dat elke discriminatie op grond van nationaliteit verbiedt, vormt overigens slechts een specifieke uitdrukking van het algemene gelijkheidsbeginsel, dat zelf één van de fundamentele beginselen van het gemeenschapsrecht is’.⁴⁵

Ten aanzien van de doorwerking van het gelijkheidsbeginsel als algemeen rechtsbeginsel in de andere pijlers zijn er niet veel zaken geweest. A-G Poirares Maduro kwam in de zaak *Spanje/Eurojust* tot dezelfde conclusie als het Hof in *ČEZ* via een geheel andere weg. Spanje was tegen een besluit van Eurojust opgekomen, waar die laatste een oproep had gedaan in het publicatieblad voor het indienen van sollicitaties voor tijdelijke functionarissen, waarbij

40. Tridimas gaat in zijn boek met betrekking tot sociale rechten van EU-burgers onder andere in op zaken C-85/96, *Martinez Sala*, Jur. 1998, p. I-2691 en C-456/02, *Tojani*, Jur. 2004, p. I-7573; T. Tridimas 2006, p. 132 e.v.
41. Tridimas 2006, p. 124.
42. T. Tridimas, *The General Principles of EC Law*, Oxford enz.: Oxford University Press 1999, p. 87.
43. HvJ EG 13 juli 1978, zaak 8/78, *Milac*, Jur. 1978, p. 1721, r.o. 18.
44. HvJ EG 12 september 2006, zaak C-300/04, *Eman en Sevinger*, Jur. 2006, p. I-8055, r.o. 57; onder verwijzing naar de arresten van het HvJ EG van 6 december 2005 in de gevoegde zaken C-453/03, C-11/04, C-12/04 en C-194/04, *ABNA e.a.* Jur. 2006, p. I-10423, r.o. 63; en van 10 januari 2006 in zaak C-344/04, *IATA en ELFAA*, Jur. 2006, p. I-403, r.o. 95; zie ook L.F.M. Besselink, ‘Nederlands postkoloniaal kiesrecht: het Europees Parlement en de Tweede Kamer’, *NTER* 2007/4.
45. R.o. 89.

kennis van zowel het Engels als het Frans was vereist. Volgens Spanje was die taaleis in strijd met artikel 12 EG-Verdrag (thans art. 18 VWEU). Eurojust betwistte de toepassing van die bepaling, aangezien het een derde pijler aangelegenheid was en dus buiten de werkingssfeer van het EG-Verdrag lag. A-G Poirares Maduro concludeerde dat Spanje’s

‘tegenwerping [z]ijns inziens geen hout [snijdt]. Het staat immers vast dat in artikel 12 EG een algemeen communautair rechtsbeginsel^[46] als “specifieke uitdrukking van het algemene gelijkheidsbeginsel” is verankerd.^[47] Deze beginselen hebben de rang van “fundamentele beginselen” van de communautaire rechtsorde.^[48] Aldus maken zij deel uit van de fundamentele verworvenheden van de Gemeenschap.^[49] Ingevolge artikel 2 EU stelt de Unie zich de “volledige handhaving en verdere ontwikkeling van het acquis communautaire” ten doel. Bovendien is de categorie waartoe deze beginselen behoren, niet geheel onbekend in het kader van het Verdrag betreffende de Europese Unie, aangezien artikel 6 EU bepaalt dat “[d]e Unie [...] de grondrechten [eerbiedigt], [...] als algemene beginselen van het gemeenschapsrecht”. Hieruit volgt mijns inziens dat het fundamentele beginsel van non-discriminatie en de specifieke uitdrukking ervan, het beginsel van het verbod van discriminatie op grond van nationaliteit wel degelijk binnen de werkingssfeer van het EU-Verdrag van toepassing zijn. Bijgevolg moeten deze beginselen tegen de in dit kader optredende instellingen en organen kunnen worden ingeroepen.’⁵⁰

De A-G houdt vast aan een beginsel van ‘gemeenschapsrecht’ en probeert die door te laten werken in de derde pijler via de handhaving van het ‘*acquis communautaire*’ door artikel 2 EU (oud).

Het Hof volgde die redenering niet. In de zaak *Advocaten voor de Wereld* diende het Hof het kaderbesluit inzake het Europese Aanhoudingsbevel te toetsen aan het ‘gelijkheids- en non-discriminatiebeginsel’. Volgens het Hof behoort dit beginsel niet alleen tot ‘algemene beginsel van gemeenschapsrecht’, maar was het ook een ‘algemene rechtsbeginsel’ waaraan het kaderbesluit dus kon worden

46. Hier verwijst hij naar: HvJ EG 3 oktober 2000, zaak C-411/98, *Ferlini*, Jur. 2000, p. I-8081, r.o. 39.
47. Hier verwijst hij naar: HvJ EG 19 maart 2002, zaak C-224/00, *Commissie/Italië*, Jur. 2002, p. I-2965, r.o. 14.
48. Hier geeft hij aan: ‘Zie laatstelijk, met betrekking tot het verbod van discriminatie op grond van nationaliteit als “fundamenteel verbod” van de Gemeenschap, arrest van 16 september 2004, Commissie/Oostenrijk (C-465/01, Jurispr. blz. I-8291, punt 25). Zie met betrekking tot het beginsel van gelijke behandeling als “fundamenteel beginsel” van het gemeenschapsrecht, arrest van 15 januari 2002, Gottardo (C-55/00, Jurispr. blz. I-413, punt 34).’
49. Volgens de A-G vormen zij ‘fundamentele bepalingen van de communautaire rechtsorde’ die het Hof dient te beschermen (zie in die zin advies 1/91 van 14 december 1991, Jur. p. I-6079, punt 41). Zie ook P. Pescatore, ‘Aspects judiciaires de l’acquis communautaire’, *Revue trimestrielle de droit européen* 1981, p. 617.
50. Conclusie van A-G Poirares Maduro van 16 december 2004 in zaak C-160/03, *Spanje/Eurojust*, Jur. 2005, p. I-2077, par. 32; het HvJ EG kwam in zijn arrest van 15 maart 2005 niet toe aan dit inhoudelijke middel, aangezien het beroep van Spanje niet-ontvankelijk werd verklaard.

getoetst.⁵¹ Uiteindelijk concludeerde het Hof dat de gewraakte bepaling uit het kaderbesluit niet in strijd was met het gelijkheidsbeginsel. Vreemd genoeg heeft het Hof deze redenering uit *Advocaten voor de Wereld* – die het ook in *ČEZ* – toepaste, niet toegepast in *Wolzenburg*, maar in die laatste zaak rechtstreeks getoetst aan artikel 12 EG-Verdrag (thans art. 12 VWEU).

Overigens dient daarbij wel te worden opgemerkt dat de doorwerking van het gelijkheidsbeginsel in die pijlers via een algemeen rechtsbeginsel na zowel de uitspraak in de *Wolzenburg* en zeker na het Verdrag van Lissabon (zie hierna) een theoretische mogelijkheid is geworden, aangezien het verbod op discriminatie naar nationaliteit rechtstreeks van toepassing was (in *Wolzenburg*) en is (na het Verdrag van Lissabon) op een situatie die onder een (derde pijler) kaderbesluit viel/valt. Daarmee is de redenering uit het niet al te oude arrest in de zaak *Advocaten voor de Wereld* alweer achterhaald.

De plaats van non-discriminatie ná het Verdrag van Lissabon

Interessant is nog te bezien hoe het verbod op discriminatie naar nationaliteit, zoals uitgewerkt in de zaken *Wolzenburg* en *ČEZ*, kan worden geplaatst binnen de systematiek van het thans van kracht zijnde Verdrag van Lissabon. Daarbij zal eerst bekeken worden hoe (de voormalige tweede en) de voormalige derde pijler is opgegaan in het EU-Verdrag en VWEU en of de zaak *Wolzenburg* (nog) van relevantie is voor deze verdragen. Daarna komt de vraag aan de orde wat de positie van het Euratom-Verdrag is na het Verdrag van Lissabon en of de zaak *ČEZ* (nog) van relevantie is.

In het EU-Verdrag en VWEU

De voormalige (tweede en) derde pijler(s) van het EU-Verdrag en het EG-Verdrag zijn opgegaan in het VWEU. Daarmee is de pijlerstructuur die bestond sinds het Verdrag van Maastricht opgeheven.⁵²

Artikel 18 VWEU (oud art.12 EG-Verdrag) bepaalt dat '[b]innen de werkingssfeer van de Verdragen en onverminderd de bijzondere bepalingen, daarin gesteld, (...) elke discriminatie op grond van nationaliteit verboden [is]'. Het enige verschil met artikel 12 EG-Verdrag is dat er in het VWEU over 'Verdragen' in het meervoud wordt gesproken in plaats van over 'Verdrag' in het enkelvoud, waarmee werd bedoeld op het EG-Verdrag. Artikel 1 derde alinea van het EU-Verdrag geeft aan wat onder 'Verdragen' wordt verstaan. Die bepaling luidt:

51. HvJ EG 3 mei 2007, zaak C-303/05, *Advocaten voor de Wereld*, Jur. 2007, p. I-3633, r.o. 45-46; zie ook N. Rozemond, 'De geldigheid van het Kaderbesluit betreffende het Europees aanhoudingsbevel en de legaliteit van de regeling van de "lijstfeiten"', NTER 2008/10

52. Overigens zijn de oude grenzen tussen de drie pijlers nog wel zichtbaar in het VWEU als een soort littekens van de oude scheiding in pijlers. Zo is er voor het gemeenschappelijke buitenlands- en veiligheidsbeleid (GBVB; de oude tweede pijler) voorzien in een afwijkende besluitvormingsprocedure in art. 24 lid 1 alinea 2 EU; zie ook R. Barents, *Het Verdrag van Lissabon: achtergronden en commentaar*, Deventer: Kluwer 2008, par. 292.

'De Unie is gegrond op dit Verdrag en op het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (hierna "de Verdragen" te noemen). Deze twee Verdragen hebben dezelfde juridische waarde.'

Dat betekent dat het verbod op discriminatie naar nationaliteit van artikel 18 VWEU nu als een algemene bepaling geldt voor (1) zowel de materieelrechtelijke regels die voorheen in het EG-Verdrag stonden, als ook (2) voor de materieelrechtelijke regels op het gebied van gemeenschappelijke buitenlands- en veiligheidsbeleid (GBVB; de oude tweede pijler), en (3) ten derde ook voor de materieelrechtelijke regels op het gebied van politieke en justitiële samenwerking in strafzaken (PJSS; de oude derde pijler).

Dat is precies de oplossing of systematiek die het Hof heeft gekozen in de zaak *Wolzenburg*. Wanneer een derde pijler kaderbesluit (voorheen art. 34 EU-Verdrag) wordt uitgevoerd, dient de lidstaat ook artikel 12 EG-Verdrag (thans art. 18 VWEU) te respecteren. Dat blijft na de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon ongewijzigd. Wanneer een richtlijn (kaderbesluiten bestaan niet meer na het Verdrag van Lissabon)⁵³ wordt uitgevoerd, zal de lidstaat artikel 18 VWEU (oud art.12 EG-Verdrag) moeten respecteren.

Het arrest van het Hof in de zaak *Wolzenburg* neemt daarmee eigenlijk al een voorschot op artikel 18 VWEU door artikel 12 EG-Verdrag te laten doorwerken in de derde pijler van het EU-Verdrag. Daarmee is artikel 18 VWEU min of meer verworpen tot een codificatie van deze uitspraak, althans loopt het Hof op de systematiek van het EU-Verdrag en VWEU vooruit. Met de uitlegging die het Hof in het arrest in de zaak *Wolzenburg* heeft gegeven van artikel 12 EG-Verdrag biedt artikel 18 VWEU dus niets nieuws meer. Daarmee heeft de zaak *Wolzenburg* op dit punt minder – of wellicht zelfs geen – relevantie meer.

In het Euratom-Verdrag

Zoals hiervoor reeds vermeld, wordt in artikel 18 VWEU de meervoudsterm 'Verdragen' gehanteerd. De vraag is of onder de term 'Verdragen' ook het Euratom-Verdrag valt, of dat de term zich slechts beperkt tot het EU-Verdrag en VWEU. Zoals reeds vermeld, beantwoordt artikel 1 derde alinea van het EU-Verdrag deze vraag: alleen het EU-Verdrag en VWEU vallen onder die term; het Euratom-Verdrag valt daar dus buiten. Een teken dat de (eerste) pijler(structuur) die bestond sinds het Verdrag van Maastricht is losgelaten. Waar het Euratom-Verdrag tot 1 december 2009 samen met het EG-Verdrag (en tot 23 juli 2002 zelfs nog samen met het EGKS-Verdrag) behoorde tot de communautaire eerste pijler van de EU

53. Oud art. 34 EU, waarin was bepaald dat derdepijlerwetgeving geschiedde via onder andere kaderbesluiten die omzetting behoeften in nationaal recht, is geschrapt bij het Verdrag van Lissabon. Secundaire EU-wetgeving vinden we 'alleen' nog terug in art. 288 VWEU (oud art. 249 EG-Verdrag) waar we oude vertrouwde instrumenten tegenkomen als verordeningen en richtlijnen. Daarmee heeft de Unie een eenvormige regeling voor rechtshandelingen gekregen (zie ook: R. Barents, *Het Verdrag van Lissabon: achtergronden en commentaar*, Deventer: Kluwer 2008, par. 291 en J.W. van de Gronden, *Hervormingen in een dienstbaar Europa: over diensten, uitdagingen en Europees recht*, Deventer: Kluwer 2008, p. 39).

en deze verdragen samen (de kern van) hét gemeenschapsrecht vormden, is het Euratom-Verdrag nu nog het enige gemeenschapsrecht dat over is. De EU heeft immers de plaats van de EG ingenomen (en het EGKS(-Verdrag) hield na vijftig jaar op te bestaan). Het Euratom-Verdrag lijkt daarmee losgeweekt van de rest van het Europees recht.

Overigens wordt in artikel 1 van het Protocol nr. 36 betreffende de overgangsbepalingen weer een andere definitie gehanteerd en wordt onder de term ‘Verdragen’ naast het EU-Verdrag en VWEU ook het Euratom-Verdrag verstaan. Wel wordt aangegeven dat de term ‘Verdragen’ alleen in dat protocol de drie verdragen omvat. Derhalve kan ik niet anders dan concluderen dat artikel 18 VWEU als zodanig niet geldt voor situaties die onder het Euratom-Verdrag vallen.

Artikel 4 lid 2 van het Verdrag van Lissabon geeft aan dat Protocol nr. 2 ‘de wijzigingen op het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap voor Atoomenergie’ bevat. In dat protocol wordt een schakelbepaling toegevoegd aan het Euratom-Verdrag; artikel 106bis. Daarin is aangegeven welke bepalingen uit het EU-Verdrag en VWEU van toepassing zijn op het Euratom-Verdrag. Artikel 18 VWEU (oud art. 12 EG-Verdrag) staat echter niet genoemd als bepaling die ook in het kader van het Euratom-Verdrag van toepassing is.

Tot slot zou het Grondrechtenhandvest misschien nog soelaas kunnen bieden. In artikel 6 lid 1 EU (nieuw) is aangegeven dat de EU ‘de rechten, vrijheden en beginselen die zijn vastgesteld in het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie van 7 december 2000’⁵⁴ erkent. Het Handvest verkrijgt met het Verdrag van Lissabon ‘dezelfde juridische waarde als de Verdragen’. Artikel 21 lid 2 van het Handvest voorziet – binnen de werkingssfeer van de Verdragen – in een verbod op discriminatie naar nationaliteit. Overigens voegt dit verbod niets toe aan artikel 18 VWEU (oud art. 12 EG-Verdrag), aangezien deze bepalingen (volledig) met elkaar overeenstemmen.⁵⁵ De vraag is of, hoewel artikel 18 VWEU (oud art. 12 EG-Verdrag) niet via de genoemde schakelbepaling van toepassing is op het Euratom-Verdrag, artikel 21 van het Handvest wellicht wel van toepassing is op situaties die onder het Euratom-Verdrag vallen.

Artikel 21 van het Handvest, noch artikel 6 lid 1 EU (nieuw) – waarin het Handvest wordt erkend en verdragsstatus krijgt – komt voor in de genoemde schakelbepaling van artikel 106bis Euratom-Verdrag. Andersom gebruikt ook artikel 21 van het Handvest de term ‘Verdragen’, maar doelt ook het Handvest daarmee niet op het Euratom-Verdrag.⁵⁶

54. Als aangepast op 12 december 2007 te Straatsburg, Pb. EU 2007, C 306/1.

55. Dit blijkt uit de artikelsgewijze toelichting bij het Handvest, Pb. EU 2007, C 306/17.

56. In art. 18 van het Handvest wordt de term ‘Verdragen’ voor het eerst gebruikt; art. 18 betreft weliswaar het recht op asiel, maar geeft aan dat het Verdrag betreffende de Europese Unie en het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie daarna ‘de Verdragen’ zullen worden genoemd.

Artikel 18 VWEU (oud art. 12 EG-Verdrag), noch artikel 21 van het Handvest kan dus zelfstandige toepassing vinden op situaties die onder het Euratom-Verdrag vallen. De enige oplossing die overblijft is dat het verbod op discriminatie naar nationaliteit als algemeen beginsel kan doorwerken in het Euratom-Verdrag. De zaak *ČEZ* waarin artikel 12 EG-Verdrag (thans art. 18 VWEU) ‘doorwerkt’ in het Euratom-Verdrag als algemeen beginsel van gemeenschapsrecht zal ook ná het Verdrag van Lissabon de enige oplossing bieden om in situaties die onder het Euratom-Verdrag vallen, discriminatie naar nationaliteit te voorkomen. De zaak *ČEZ* blijft dan ook na inwerking-treding van het Verdrag van Lissabon relevant.

Algemeen beginsel van recht of gemeenschapsrecht?

Het gemeenschapsrecht vormde tot 1 december 2009 het ‘fundament’⁵⁷/de ‘kern’⁵⁸ van het Europees recht. Volgens artikel 1 derde alinea EU (oud) was het Unierecht slechts een ‘aanvulling’ op het gemeenschapsrecht. Het gemeenschapsrecht is met het Verdrag van Lissabon teruggebracht tot slechts het Euratom-Verdrag;⁵⁹ de EG en de EGKS bestaan niet meer. Artikel 1 derde alinea EU (nieuw) geeft (nu) aan dat ‘[d]e Unie in de plaats [treedt] van de Europese Gemeenschap, waarvan zij de opvolgster is’. Het Unierecht is nu dus de kern en heeft de overhand; het gemeenschapsrecht is gedecimeerd. Dat roept de vraag op wat er moet gebeuren met / overblijft van de ‘algemene beginselen van gemeenschapsrecht’ waaronder ook het gelijkheidsbeginsel valt.^{60,61} Ten aanzien van de (voormalige) derde pijler heeft het Hof in de zaak *Advocaten van de Wereld* ‘algemene rechtsbeginselen’ toegepast die voorheen hadden te gelden als ‘algemene beginselen van gemeenschapsrecht’. Het Hof merkte daarin op:

‘dat volgens artikel 6 EU de Unie gegrondvest is op het beginsel van de rechtsstaat en de grondrechten eerbiedigt, zoals die worden gewaarborgd door het op

57. R. Barents en L.J. Brinkhorst, *Grondlijnen van Europees recht*, Deventer: Kluwer 2006, p. 95.

58. C.A.J.M. Kortmann, *Constitutioneel recht*, Deventer: Kluwer 2005: ‘[b]innen de Europese Unie vormt de Europese Gemeenschap de kern (de zogeheten pijler; Euratom behoort daar ook toe)’, p. 114.

59. M. Kohnstamm & M. Segers, *De Europese dagboeken van Max Kohnstamm - Augustus 1953 - September 1957*, Amsterdam: Uitgeverij Boom, p. 43. Max Kohnstamm noemt het Euratom-Verdrag het nieuwe Europese Project.

60. Het gelijkheidsbeginsel verbiedt niet alleen discriminatie naar nationaliteit, maar ook discriminatie naar leeftijd (HvJ EG 22 november 2005, zaak C-144/04, Mangold, Jur. 2005, p. I-9981, r.o. 76). Daarnaast onderkent het HvJ EG het ‘bijzonder belangrijk beginsel van communautair sociaal recht’; HvJ EG 26 juni 2001, zaak C-173/99, *BECTU*, Jur. 2001, p. I-4881, r.o. 43; zie ook I. van der Steen, ‘Arrest BECTU: communautaire beginselen van sociaal recht’, *NTER* 2001/9.

61. Die zelfde vraag kan overigens worden gesteld ten aanzien van het ‘*acquis communautaire*’. Naar het zich laat aanzien wordt die term verkort tot ‘*acquis*’; zo bepaalt art. 20 lid 4 EU (nieuw) dat kandidaatlidstaten niet hoeven te voldoen aan het ‘*acquis*’ dat het gevolg is van nauwere samenwerking tussen sommige lidstaten; waar dat voorheen ‘*acquis van de Unie*’ was (art. 44 lid 1 EU (oud)). Alhoewel die misschien ook ‘*acquis van de Unie*’ zou kunnen worden, nu art. 2 lid 2 sub a van het Verdrag van Lissabon bepaalt dat in het EG-Verdrag, dat nu de titel VWEU draagt, dat in het hele verdrag het woord ‘*communautair*’ wordt vervangen door ‘*van de Unie*’.

4 november 1950 te Rome ondertekende Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden en zoals zij uit de gemeenschappelijke constitutionele tradities van de lidstaten voortvloeien, als algemene beginselen van het gemeenschapsrecht. Hieruit volgt dat de instellingen zijn onderworpen aan het toezicht op de verenigbaarheid van hun handelingen met de verdragen en met de algemene rechtsbeginselen, evenals de lidstaten wanneer zij het recht van de Unie ten uitvoer leggen'.⁶²

De redenering van het Hof in *Wolzenburg* is dus anders dan *Advocaten voor de Wereld*, terwijl beide zaken hetzelfde kaderbesluit betreffen. Wat daar ook van zij, de fundamentele rechten die in zaken als *Advocaten voor de Wereld* en *Pupino* met betrekking tot de (voormalige) derde pijler als ook in de zaken *Gestoras Pro Amnistía* en *Segi* met betrekking tot de (voormalige) tweede pijler als 'algemeen rechtsbeginsel' werden aangemerkt, waren daarvoor al erkend als 'algemene beginselen van gemeenschapsrecht',⁶³ en daarna (ook) via (de codificatie in) artikel 6 lid 2 EU (oud) (thans art. 6 lid 3 EU (nieuw)).⁶⁴ Die tendens van 'beginsel van gemeenschapsrecht' naar 'algemeen rechtsbeginsel' is ook zichtbaar in de rechtspraak omtrent het EG-Verdrag zelf, zoals in de zaak *UPA*, waarin het Hof onderstreepte 'dat de Europese Gemeenschap een rechtsgemeenschap is in die zin dat de instellingen niet ontkomen aan het toezicht op de verenigbaarheid van hun handelingen met het Verdrag en met de algemene rechtsbeginselen, waaronder de grondrechten'.⁶⁵

Nu het Verdrag van Lissabon in werking is getreden en op basis van de gesignaleerde tendens in de bovenstaande rechtspraak meen ik de verwachting uit te kunnen spreken dat het Hof af zal stappen van de terminologie 'algemene beginsel van gemeenschapsrecht', althans die zal voorbehouden aan zaken die vallen binnen de werkingssfeer van het Euratom-Verdrag, zoals in *ČEZ*, en voor het overige de term 'algemene rechtsbeginselen' zal gaan gebruiken, zoals het nu ook al deed in tweede en derde pijler zaken; of zoals art. 6 lid 3 EU-verdrag (nieuw) die noemt: algemene beginselen van het recht van de Unie. Overigens is het daarbij niet meer nodig het gelijkheidsbeginsel als 'algemene rechtsbeginsel' te hanteren; artikel 18 VWEU

(oud art 12 EG-Verdrag) geldt immers voor alle Unie-aangelegenheden, waarop het Hof in *Wolzenburg* zoals gezegd reeds een voorschot nam.

Conclusie

In oktober 2009 heeft het Hof van Justitie uitspraak gedaan in de zaken *Wolzenburg* en *ČEZ*, beide in een grote kamer. Alhoewel zij materieelrechtelijk niet verwant waren, (derde pijler van) het EU-Verdrag respectievelijk het Euratom-Verdrag, kwam in beide zaken de vraag aan de orde in hoeverre nationale wetgeving kon worden getoetst aan het verbod op discriminatie naar nationaliteit van art. 12 EG-Verdrag (thans art. 18 VWEU). Volgens het Hof in de zaak *Wolzenburg* kunnen uitvoeringsmaatregelen van een (derde pijler) kaderbesluit direct worden getoetst aan art. 12 EG-Verdrag (thans art. 18 VWEU). In de zaak *ČEZ* concludeerde het Hof daarentegen dat een zaak die binnen de reikwijdte van het Euratom-Verdrag valt niet kan worden getoetst aan art. 12 EG-Verdrag (thans art.18 VWEU), maar dat alleen kon worden getoetst aan het gelijkheidsbeginsel als het algemene beginsel van gemeenschapsrecht. Dat levert dus twee verschillende oplossingen op, met hetzelfde resultaat.

Deze oplossingen zijn mijns inziens in lijn met de nieuwe (systematiek van de) verdragen ná de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon op 1 december 2009. Art. 18 VWEU (oud art.12 EG-Verdrag) geldt voor zowel het EU-Verdrag en VWEU, waarin ook het gemeenschappelijke buitenlands- en veiligheidsbeleid (GBVB; de oude tweede pijler) en politieke en justitiële samenwerking in strafzaken (PJSS; de oude derde pijler) zijn geïntegreerd. In *Wolzenburg* neemt het Hof eigenlijk reeds een voorschot op deze systematiek door art. 12 EG-Verdrag (thans art. 18 VWEU) ook van toepassing te laten zijn in derde pijler situaties die onder het (oude) EU-Verdrag vielen. Na het Verdrag van Lissabon is art. 18 VWEU (oud art. 12 EG-Verdrag) (nog steeds) niet van toepassing op situaties die onder het Euratom-Verdrag vallen; het gelijkheidsbeginsel als algemeen beginsel van gemeenschapsrecht blijft dan de enige toetsingsmogelijkheid, zoals het Hof reeds heeft geconstateerd in *ČEZ*. Deze zaken doen overigens nog wel de vraag rijzen wat er na de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon overblijft van algemene beginselen van gemeenschapsrecht. Het Euratom-Verdrag is nog het enige gemeenschapsrecht dat resteert; de Europese Gemeenschap bestaat niet meer; die plek is ingenomen door de Unie. In het licht van rechtspraak omtrent de tweede en derde pijler zal het Hof naar mijn verwachting in het kader van het EU-Verdrag en VWEU niet meer spreken over 'algemene beginselen van gemeenschapsrecht', maar over 'algemene rechtsbeginselen'. De zaken *Wolzenburg* en *ČEZ* zijn daarmee de eerste jurisprudentie in de systematiek van het Verdrag van Lissabon en deze jurisprudentie bestond reeds in oktober 2009, zelfs vóóordat de laatste ratificatie had plaatsgevonden.

62. Hier verwijst het HvJ EG naar zijn arresten van 27 februari 2007 in zaak C-354/04, *Gestoras Pro Amnistía*, *Jur.* 2007, p. I-1579, r.o. 51; en in zaak C-355/04, *Segi*, *Jur.* 2007, p. I-1657, r.o. 51. Zie ook in gelijke zin HvJ EG 16 juni 2005, zaak C-105/03, *Pupino*, *Jur.* 2005, p. I-5285, r.o. 58; zie ook G.J.M. Corstens, 'Eerste "strafarrest" van het Hof van Justitie EG over een kaderbesluit', *NTER* 2006, p. 24-28.

63. Voor het eerst erkend door het HvJ EG in zijn arrest van 12 november 1969 in zaak 29/69, *Stauder*, *Jur.* 1969, p. 419, r.o. 7.

64. Voor een uitgebreide analyse van de doorwerking van fundamentele rechten als beginsel van gemeenschapsrecht in de andere pijlers, zie: J.A. Usher, 'General Principles and National Law – a Continuing Two-Way Process', in: U. Bernitz, J. Nergelius, C. Cardner (red.), *General Principles of EC Law in a Process of Development*, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law & Business 2008, p. 393.

65. HvJ EG 25 juli 2002, zaak C-50/00, *Unión de Pequeños Agricultores*, *Jur.* 2002, p. I-6677, r.o. 38; zie ook G. van der Wal, 'Arrest Unió de Pequeños Agricultores: de ontvankelijkheid van particulieren weer beperkt', *NTER* 2002/11-12.