

Veiligheidsbeleid of toch ontwikkelings samenwerking? De afbakening van de externe bevoegdheden tussen de EU, de EG en de lidstaten

Prof.dr. R.A. Wessel¹

Op 20 mei 2008 besloot het Hof in de ECOWAS-zaak onverwacht tot een beperking van de mogelijkheden van de Raad onder het gemeenschappelijk buitenlands en veiligheidsbeleid van de Europese Unie. Leidt het beschermen van het *acquis communautaire* tot een 'communitarisering' van het gemeenschappelijk buitenlands en veiligheidsbeleid (GBVB)?

HvJ EG, zaak C-91/05, Commissie tegen Raad ('ECOWAS')

Inleiding

Toen het Verdrag betreffende de Europese Unie in 1992 in Maastricht werd gesloten, was duidelijk dat het hier om een compromis ging. De ontwikkeling van de Europese Politieke Samenwerking (EPS) gedurende de jaren '70 en '80 maakte een nauwer institutioneel verband met de Europese Gemeenschap mogelijk, maar tegelijkertijd voelden de meeste lidstaten weinig voor een volledige 'communitarisering' van het buitenlands beleid. In de nieuwe Europese Unie werd het gemeenschappelijk buitenlands en veiligheidsbeleid, net als de samenwerking op het terrein van justitie en binnenlandse zaken (JBZ), gezien als 'aanvullend' (artikel 1 VEU) en stond de bescherming van het *acquis communautaire* voorop (artikel 3 VEU). Het Hof kreeg via artikel 47 VEU de bevoegdheid om erop toe te zien dat het nieuwe verdrag op geen enkele wijze afbreuk zou doen aan de bestaande *communautaire* verdragen.

In de daarop volgende jaren werd steeds duidelijker dat van een volledige scheiding van de verschillende beleidsvelden van de Unie geen sprake kon zijn. Dit was ook niet de bedoeling geweest van het EU-verdrag, dat immers met artikel 5 al gezorgd had voor een eenvoudige institutionele structuur. De praktijk van de besluitvorming en het enkele feit dat Europese onderwerpen vaak nauw samenhangen, zorgden de afgelopen vijftien jaar dan ook voor een verdere 'verwatering' van de grenzen tussen de Unie-pijlers.² Daarnaast ontwikkelde het Hof van Justitie zich tot een constitutionele rechter die de gehele Unie-rechtsorde tot zijn terrein rekende.³

De aanvaarding van een gelijkwaardiger positie van het GBVB ten opzichte van het Gemeenschapsrecht verklaart ook de wijzi-

ging in artikel 47 VEU door het Verdrag van Lissabon. Het nieuwe artikel 40 VEU ziet niet slechts op een bescherming van het *acquis communautaire*, maar bewaakt ook het 'GBVB-acquis'.⁴ Dit was ongetwijfeld wat ook A-G Mengozzi in zijn hoofd had toen hij in de recente ECOWAS-zaak concludeerde dat het bestaan van een verband tussen GBVB en Gemeenschapsrecht in een concreet geval nog niet betekent dat de verdeling van bevoegdheden in het kader van de pijlerstructuur niet in acht moet worden genomen.⁵ Deze ECOWAS-zaak, waarin het Hof voor het eerst de kans kreeg zich uit te spreken over een rechtsbasisconflict tussen de eerste (EG) en tweede (GBVB) pijler staat centraal in dit artikel.⁶ Het belang van deze zaak is groot en de uitspraak geeft niet alleen inzicht in de externe bevoegdheidsafbakening binnen de Unie, maar ook in de verhouding tussen de Unie en haar lidstaten. Op 20 mei 2008 kwam de uitspraak van

¹ Hij dankt mr.dr. R.H. van Ooik voor zijn waardevolle suggesties.

² Zie uitbreider R.A. Wessel, 'The Constitutional Unity of the European Union: The Increasing Irrelevance of the Pillar Structure?', in Ph. Kiiver, L. Verhey en J. Wouters (eds.), *European Constitutionalism beyond the EU Constitution*, Antwerp: Intersentia, 2008 (nog niet verschenen).

³ D.M. Curtin en R.A. Wessel, 'Rechtseenheid van de Europese Unie? De rol van het Hof van Justitie als constitutionele rechter', *SEW Tijdschrift voor Europees en economisch recht*, oktober 2008 (nog niet verschenen). Enkele passages in het eerste deel van deze annotatie zijn aan dit artikel ontleend.

⁴ Artikel 40 VEU (na Lissabon): 'De uitvoering van het gemeenschappelijk buitenlands en veiligheidsbeleid heeft geen gevolgen voor de toepassing van de procedures en de respectieve omvang van de bevoegdheden van de instellingen waarin de Verdragen voorzien voor de uitoefening van de in de artikelen 3 tot en met 6 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie bedoelde bevoegdheden van de Europese Unie. Evenmin heeft de uitvoering van de in deze artikelen bedoelde beleidsonderdelen gevolgen voor de toepassing van de procedures en de respectieve omvang van de bevoegdheden van de instellingen waarin de Verdragen voorzien voor de uitoefening van de bevoegdheden van de Unie op grond van dit hoofdstuk'.

⁵ HvJ EG, zaak C-91/05, Commissie tegen Raad ('ECOWAS'), Conclusie van A-G Mengozzi, 19 september 2007; vergelijk punt 170. De zaak wordt ook wel aangeduid als 'Small Arms and Light Weapons (SALW)'.

⁶ In de zaken HvJ EG T-349/99 *Miskovic* en T-350/99 *Karic*, kreeg het GvE niet de kans om zich uit te spreken omdat de Raad het betreffende besluit amendeerde.

het Hof, met voor velen (inclusief de Commissie) verrassende argumentaties en conclusies.⁷

Hieronder (in: 'Afbakening van bevoegdheden tussen de Unie-pijlers en de bevoegdheid van het Hof') wordt in eerste instantie ingegaan op de rol van artikel 47 EU en op enkele zaken waarin het Hof gebruik heeft gemaakt van dit artikel om de grenzen tussen de Unie-pijlers nader te bepalen. Ook wordt kort ingegaan op de (soms indirecte) rol die het Hof speelt met betrekking tot het GBVB. Deze opmaat schetst de achtergrond waartegen vervolgens (hieronder in: 'De ECOWAS-zaak') de ECOWAS-uitspraak wordt beoordeeld. 'De relatie tussen de EU, de EG en de lidstaten' gaat in op een aspect dat in ECOWAS zijdelings aan de orde kwam, maar dat van groot belang is voor de afbakening van de externe bevoegdheden: de verhouding tussen de EG, de EU en de lidstaten. Ten slotte worden in de laatste paragraaf enkele conclusies getrokken ten aanzien van het belang van de uitspraak voor de keuze van de rechtsbasis met betrekking tot pijleroverstijgende onderwerpen.

Afbakening van bevoegdheden tussen de Unie-pijlers en de bevoegdheid van het Hof

De integriteit van de Gemeenschapsrechter: artikel 47 EU

Het vertrekpunt in afbakeningsvragen tussen de Unie-pijlers is artikel 47 EU, dat het algemene beginsel van de bescherming van het *acquis communautaire*⁸ weergeeft door te stellen dat 'geen enkele bepaling van dit Verdrag afbreuk [doet] aan de Verdragen tot oprichting van de Europese Gemeenschappen, noch aan de Verdragen en akten waarbij deze Verdragen zijn gewijzigd of aangevuld'. De overduidelijke bedoeling van artikel 47 is om de integriteit van de Gemeenschapsrechtsorde te waarborgen met het oog op de nieuwe bevoegdheden die aan de Unie werden toegewezen.⁹ Al vóór de totstandkoming van de Unie paste het Hof dit beginsel toe op de externe betrekkingen van de lidstaten in het kader van de EPS. Het stelde dat deze bevoegdheden moesten worden uitgeoefend 'in overeenstemming met het Gemeenschapsrecht'.¹⁰ Dit werd later bevestigd en toegepast in de context van justitie en binnenlandse zaken in de *Luchthaven Transitvisum* zaak, waarin de Commissie een Raadsbesluit op basis van Titel VI EU (derde pijler) aanvocht met het argument dat – nu – Titel IV EG (eerste pijler) gebruikt had moeten worden. Het Hof stelde dat het zijn bevoegdheid om aan artikel 47 EU te toetsen kon gebruiken en 'dat de handelingen waarvan de Raad stelt dat zij onder artikel K.3, lid 2, van het Verdrag betreffende de Europese Unie vallen, geen inbreuk maken op de bevoegdheden die de bepalingen van het EG-Verdrag aan de Gemeenschap toekennen'.¹¹ Wanneer het onderwerp van het bestreden gemeenschappelijk standpunt binnen de reikwijdte van de Gemeenschapsbevoegdheden valt, dan heeft het Hof de bevoegdheid de betreffende maatregel te vernietigen.¹² In dit geval was daarvan echter geen sprake en was er geen reden voor vernietiging van het besluit. De Raad had terecht gebruik gemaakt van Titel VI EU omdat het betreffende gemeenschappelijk standpunt niet voorzag in het overschrijden van de buitengrenzen door onderdanen van derde landen, een onderwerp dat valt onder de bevoegdheden van de Gemeenschap.

Ook in vervolgzaken werd het Hof gevraagd zich te buigen over Unie-maatregelen die, beweerdelijk, onder het Gemeenschapsrecht hadden moeten worden genomen. Een vergaand voorbeeld kan gevonden worden in wat veelal wordt aangeduid als de eerste *Milieu-strafrecht*-zaak.¹³ In deze zaak vernietigde het Hof een derde pijler kaderbesluit waarin milieuovertredingen werden opgesomd die in

de lidstaten strafrechtelijk zouden moeten worden vervolgd. Het Hof stelde 'dat de artikelen 1 tot en met 7 van het kaderbesluit wegens het doel en de inhoud ervan, de bescherming van het milieu als hoofddoel hebben en hadden kunnen worden vastgesteld op de grondslag van artikel 175 EG'. Omdat het kaderbesluit zich hoofdzakelijk bewoog op Gemeenschapsterrein – en niet kon worden gesplitst – was er strijd met artikel 47 EU en diende het gehele besluit te worden vernietigd. Een vergelijkbare situatie deed zich voor in *Milieu-strafrecht II*, maar in dit geval sloeg de balans door in het voordeel van de derde pijler vanwege het tekortschieten van artikel 175 EG-Verdrag voor het vaststellen van gedetailleerde strafmaatregelen.¹⁴

In geen van de eerdere zaken kreeg het Hof de gelegenheid zich uit te spreken over tweede pijler besluiten. In het algemeen is er ook twijfel over de reikwijdte van de (indirecte) rechtsmacht van het Hof ten aanzien van het GBVB.¹⁵ En, inderdaad, leken recente zaken te wijzen op een terughoudendheid van het Hof om GBVB-besluiten te vernietigen. In *Sison* en *Al-Aqsa*, bijvoorbeeld, vernietigde het

⁷ HvJ EG, 20 mei 2008, zaak C-91/05, Commissie tegen Raad ('ECOWAS'), Arrest van het Hof (Grote Kamer), n.n.g., Pb. C 171 van 05.07.2008, p.2.

⁸ Zie artikel 2 EU. Zie over de interpretatie en inhoud van het begrip *acquis communautaire* bijvoorbeeld S. Weatherill, 'Safeguarding the *acquis communautaire*' in T. Heukels, N. Blokker, M. Brus (Eds.), *The European Union after Amsterdam: A Legal Analysis*, Den Haag: Kluwer, Law International, 1998, p. 153; G. C. Curti Gialdino, 'Some Reflections on the *Acquis Communautaire*', *CML Rev*, 1995, p. 1089.

⁹ Zie A. Dashwood, 'Article 47 TEU and the Relationship between First and Second Pillar Competences' in M. Cremona en B. De Witte (Eds.), *EU Foreign Relations Law: Constitutional Fundamentals*, Oxford: Hart Publishing, 2008 (nog niet verschenen).

¹⁰ HvJ EG, 14 januari 1997, zaak C-124/95, *Centro-Com*, *Jur.* 1997, p. I-00081, punt 41.

¹¹ HvJ EG, 12 mei 1998, zaak C-170/96, *Commissie t. Raad*, *Jur.* 1998, p. I-02763, punten 15-16. Deze benadering is bevestigd in HvJ EG, 13 september 2005, zaak C-176/03, *Commissie t. Raad*, *Jur.* 2005, p. I-7879.

¹² Artikel 47 kan ook andersom werken in de zin dat een EU Instelling gedwongen kan worden een EG-rechtsbasis om te zetten in een rechtsbasis uit een andere pijler. Zie bijvoorbeeld HvJ EG, 30 mei 2006, gevoegde zaken C-317/04 en C 318/04, '*Passenger Name Record*', *Jur.* 2005, p. I-2457. In deze zaken werd een richtlijn vernietigd omdat de materie neergelegd had moeten worden in een derde-pijler EU instrument.

¹³ HvJ EG, 13 september 2005, zaak C-176/03, *Commissie t. Raad*, *Jur.* 2005, p. I-7879.

¹⁴ HvJ EG, 23 oktober 2007, zaak C-440/05, *Commissie t. Raad*, *Jur.* 2007, p. I-09097.

¹⁵ Zie M.-G. Garbagnati Ketvel, 'The Jurisdiction of the European Court of Justice in Respect of the Common Foreign and Security Policy', *ICLQ*, 2006, pp. 77-120, p. 90. Zie ook R. Baratta, 'Overlaps between European Community Competence and European Union Foreign Policy Activity' in E. Cannizzaro (Ed.), *The European Union as an Actor in International Relations*, Den Haag: Kluwer Law International, 2002, p. 51, die suggereert dat het Hof zich ook zou kunnen uitspreken over de 'irrelevance or inefficacy of such an act in the Community order'.

Gerecht alleen de Gemeenschapsverordening en niet het GBVB Gemeenschappelijk Standpunt waarop deze was gebaseerd.¹⁶

Rechterlijk toezicht op het GBVB

De aarzeling om *überhaupt* vragen rondom het GBVB voor het Hof te brengen (zoals ook lijkt door te schemeren in bijvoorbeeld de argumenten van het Verenigd Koninkrijk in *ECOWAS*; *infra*), hangt samen met het feit dat in formele zin de rol van het Hof met betrekking tot het buitenlands en veiligheidsbeleid vanaf het begin zeer bewust is uitgesloten (artikel 46 EU). Het Verdrag van Lissabon houdt in algemene zin vast aan dit beginsel (artikel 275, eerste alinea, VWEU); wel is voorzien in een rol van het Hof in zaken waarin van terrorisme verdachte personen rechtsbescherming zoeken (artikel 275, tweede alinea, VWEU).

Dat wil niet zeggen dat het GBVB volledig door het Hof wordt genegeerd. 'Gemeenschappelijk buitenlands en veiligheidsbeleid' komt zelfs voor in de officiële trefwoordenreeks van het Hof en verschijnt in die zin dan ook geregeld in de aanhef van een arrest. De interpretatie van GBVB-besluiten speelt een belangrijke rol in enkele uitspraken van het Hof, zij het soms indirect. Vaak kan het Hof alleen tot een uitspraak komen wanneer de tweede pijler instrumenten worden meegenomen in de overwegingen. Zo heeft het Gerecht van Eerste Aanleg in de *Yusuf en Kadi* zaken – over de rechtsgeldigheid van het plaatsten van deze individuen op lijsten met vermeende terro-

risten – zich niet alleen gericht op de verticale verhouding tussen de nationale, EU en VN rechtsordes, maar werd ook expliciet gewezen op 'de grondwettelijke structuur van de pijlers'. Het Gerecht wees zelfs op 'het naast elkaar bestaan van de Unie en de Gemeenschap als geïntegreerde maar afzonderlijke rechtsorden'.¹⁷ Op het terrein van de economische en financiële sancties ten opzichte van individuen (wat niet geregeld is door de artikelen 60 en 301 EG-Verdrag), stelde het Gerecht dat de doelstellingen van de Unie alleen bereikt zouden kunnen worden wanneer gebruik zou worden gemaakt van de Gemeenschap en dat '[i]n het kader van de artikelen 60 en 301 EG-Verdrag [...] het optreden van de Gemeenschap dus in werkelijkheid een optreden van de Unie [is]'.¹⁸

Dit is overigens een duidelijk voorbeeld van een expliciete 'onderwerping' van de Gemeenschap aan GBVB-besluitvorming en een aanwijzing dat de eenheid van de Unie niet door het Gerecht wordt genegeerd.¹⁹ Tegelijkertijd gaat het hier wederom om een indirecte rechtsmacht ten opzichte van GBVB-bepalingen, die we kennen uit zaken als *Hautala*, waar het Hof stelde dat het bevoegd was met betrekking tot het vraagstuk van de toegang tot documenten, zelfs wanneer deze documenten op de tweede pijler betrekking hebben.²⁰ Een vergelijkbare uitspraak was eerder al met betrekking tot derde pijler documenten genomen.²¹

Hoewel de jurisprudentie dus een zekere bereidheid van het Hof laat zien om in ieder geval GBVB-maatregelen niet te negeren wanneer er sprake is van een verband met Gemeenschapsrecht, is hiermee de vraag naar de rechtsmacht van het Hof ten opzichte van handelingen van lidstaten die in strijd zijn met Unie-recht, niet beantwoord. Tot nu toe zijn er slechts zaken geweest op basis van artikel 230 EG-Verdrag. Dit laat de vraag naar de mogelijkheden van nationale rechters om de geldigheid van GBVB-besluiten in geval van twijfel over de geldigheid van een nationaal implementatiebesluit te beoordelen onbeantwoord. Het lijkt duidelijk dat er geen verbod is om EU besluiten ongeldig te verklaren omdat de jurisprudentie van het Hof daarover (*Foto Frost*) alleen betrekking heeft op Gemeenschapsrecht.²² Tegelijkertijd is het moeilijk voorstelbaar dat nationale rechters op eigen houtje onderliggende GBVB-besluiten ongeldig mogen verklaren. Hoe is dit probleem anders op te lossen dan door een rol van het Hof te accepteren? In dat verband is de uitspraak van het Hof in *Segi* interessant. Deze uitspraak betreft een beroepszaak van *Segi* (en in een vergelijkbare zaak van een andere Baskische organisatie, *Gestoras Pro Amnistía*) naar aanleiding van een eerdere uitspraak van het Gerecht van Eerste Aanleg.²³ Het bestreden besluit in deze zaak was een gemeenschappelijk standpunt (2001/931/GBVB) met een dubbele rechtsbasis in de tweede (artikel 15 EU) en derde pijler (artikel 34 EU). Hoewel artikel 35(1) EU nationale rechters niet toelaat een prejudiciële vraag te stellen over een gemeenschappelijk standpunt, is volgens het Hof de relevante vraag of het besluit gevolgen heeft voor derden (individuen of entiteiten). In dit geval waren de twee organisaties op een lijst met terroristische organisaties geplaatst en deze lijst was als bijlage toegevoegd aan gemeenschappelijk standpunt 2001/931/GBVB, hetgeen tot de conclusie leidde dat dit besluit rechtsgevolgen had voor de twee organisaties. Het Hof vervolgde:

'Een gemeenschappelijk standpunt dat, gelet op de inhoud ervan, een ruimere draagwijdte heeft dan die welke door het EU-Verdrag aan dit soort handeling wordt toegekend, moet dus aan de controle van het Hof kunnen worden onderworpen. Bijgevolg kan een nationale rechter bij wie een geding aanhangig is waarin zijdelings de vraag aan de orde is naar de geldigheid of de uitlegging van een

¹⁶ HvJ EG, 11 juli 2007, zaken T-47/03 *Sison* en T-327-03 *Al-Aqsa*, *Jur.* p. II-2047. Zie eerder al HvJ EG, 12 december 2006, zaak T-228/02, *Organisation des Modjahedines du peuple d'Iran v Council* (n.n.g.), PB C-331, 31 december 2006.

¹⁷ HvJ EG, 21 september 2005, zaken T-306/01, *Ahmed Ali Yusuf en Al Barakaat International Foundation t. Raad en Commissie*, *Jur.* 2005, p. II-3533 en T-315/01, *Yassin Abdullah Kadi t. Raad en Commissie*, 2005, p. II-3649 (zie punt 156 *Yusuf*-zaak).

¹⁸ *Ibid.*, punt 161 *Yusuf*-zaak. Zie verder R.H. van Ooik en R.A. Wessel, 'De Yusuf en Kadi-uitspraken in perspectief. Nieuwe verhoudingen in de interne en externe bevoegdheden van de Europese Unie', *SEW* 2006, 6, pp. 231-242.

¹⁹ Zie uitgebreider op dit punt D. Curtin en I.F. Dekker, 'The EU as a "Layered" International Organization: Institutional Unity in Disguise?' in P. Craig en G. De Burca (eds.) *The Evolution of EU Law*: Oxford University Press, 1999, pp. 83-137; R.A. Wessel, 'The Inside Looking Out: Consistency and Delimitation in EU External Relations', *CML Rev.*, 2000, pp. 1135-1171; en R.A. Wessel, 'Fragmentation in the Governance of EU External Relations: Legal Institutional Dilemmas and the New Constitution for Europe' in J.W. de Zwaan et al. (eds.), *The European Union – An Ongoing Process of Integration, Liber Amicorum Fred Kellermann*, The Hague: T.M.C. Asser Press, 2004, pp. 123-140.

²⁰ HvJ EG, 19 juli 1999, zaak T-14/98, *Hautala v. Council*, *Jur.* 1999, p. II-2489, punten 41-42.

²¹ HvJ EG, 17 juni 1998, zaak T-174/95, *Svenska Journalistförbundet*, *Jur.* 1998, p. II-02289.

²² HvJ EG, 22 oktober 1987, zaak 314/85, *Foto Frost*, *Jur.* 1987, p. 04199. Zie voor argumenten om de *Foto Frost* redenering wel toe te passen echter: D.M. Curtin en I.F. Dekker, 1999, op.cit., p. 123. Vergelijk ook 'The CFSP under the EU Constitutional Treaty – Issues of Depillarization', Editorial Comment, *CML Rev.*, 2005, pp. 325-329.

²³ Zie HvJ EG, 27 februari 2007, zaken C-355/04 P, *Segi* en C-354/04 P, *Gestoras Pro Amnistiae e.a.* (n.n.g.).

*gemeenschappelijk standpunt dat op grond van artikel 34 EU is vastgesteld [...] en die ernstige twijfels heeft over de vraag of dit gemeenschappelijke standpunt in werkelijkheid beoogt rechtsgevolgen voor derden teweeg te brengen, het Hof onder de voorwaarden van artikel 35 EU verzoeken om een prejudiciële beslissing.[...] Het Hof is ook bevoegd om de wettigheid van dergelijke handelingen na te gaan in elk door een lidstaat of de Commissie onder de voorwaarden van artikel 35, lid 6, EU ingesteld beroep.*²⁴

Men zou kunnen volhouden dat deze redenering ook zou moeten gelden wanneer het gemeenschappelijk standpunt alleen een GBVB-rechtsbasis zou hebben. Er is immers geen principieel verschil tussen de verschillende typen gemeenschappelijke standpunten wanneer zij rechtsgevolgen voor individuen hebben. Aan de andere kant is waarschijnlijk de enige reden waarom het Hof in deze zaak een uitspraak doet over de rechtsbescherming gelegen in het feit dat het in de derde pijler rechtsmacht heeft met betrekking tot andere instrumenten (besluiten en kaderbesluiten).²⁵ Een dergelijke rol ontbeert het Hof in de tweede pijler. Maar ook dit hoeft niet het einde te betekenen. Niet alleen blijft artikel 230 EG (jo. 47 EU) het Hof de mogelijkheid bieden GBVB-besluiten te beoordelen (zie onder), maar zoals uit de *Pupino*-uitspraak blijkt, kan het Hof inspiratie putten uit EG-bepalingen wanneer het gevraagd wordt zich uit te spreken over vergelijkbare EU-bepalingen.²⁶ Naast het maken van een expliciete vergelijking tussen derde pijler kaderbesluiten en Gemeenschapsrechtelijke richtlijnen wat betreft hun rechtseffect, heeft het Hof gewezen op het feit dat gemeenschapsbeginselen – in dit geval het beginsel van gemeenschapstrouw uit artikel 10 EG – pijloverstijgend toegepast kunnen worden. Het Hof stelde in het bijzonder:

*'Het zou voor de Unie moeilijk zijn haar taak doeltreffend te vervullen indien het beginsel van loyale samenwerking, dat onder meer inhoudt dat de lidstaten alle passende algemene en bijzondere maatregelen treffen om de nakoming van de voor hen uit het recht van de Europese Unie voortvloeiende verplichtingen te verzekeren, niet tevens gold in het kader van de politieke en justitiële samenwerking in strafzaken, die overigens volledig is gegrondvest op de samenwerking tussen de lidstaten en de instellingen [...].'*²⁷

Het Hof was niet overtuigd door de argumenten van Italië en het Verenigd Koninkrijk dat het EU-verdrag geen met artikel 10 EG vergelijkbare bepaling kent en stelde dat het beginsel van gemeenschapstrouw de lidstaten bindt in hun relatie met de Unie.²⁸ Het Hof suggereerde daarmee dus dat dit beginsel een *pijloverstijgende* inhoud en toepassing kent.²⁹ Zelfs het ontbreken van rechtstreekse werking in het geval van kaderbesluiten was niet relevant en weerhield het Hof er in ieder geval niet van het idee van indirecte werking (plicht tot conforme uitleg) toe te passen met betrekking tot derde pijler wetgeving.³⁰ We moeten echter niet vergeten dat het Hof tot deze conclusie kwam na een vergelijking van kaderbesluiten en richtlijnen. Een dergelijke vergelijking is moeilijker wanneer het gaat om tweede pijler instrumenten.

Feit is dat het Hof in recente zaken – van *Pupino*, via *Yusuf/Kadi* naar *Segi* – geconfronteerd is met de vraag naar de rechtsbescherming van individuen in de niet-communautaire Unie-pijlers. In alle gevallen lijkt de oplossing vergelijkbaar te zijn: ofwel het Hof/Gerecht interpreteert de niet-communautaire bepalingen in het licht van het Unierecht als geheel (*Yusuf/Kadi*), of het maakt gebruik van een communautaire analogie om tot de gewenste (constitutie-) uitkomst te komen (*Pupino*, *Segi*). Op deze manier heeft het Hof zich laten zien als een constitutioneel Hof van de Europese Unie als geheel en lijkt het niet terug te schrikken voor een combinatie van

verschillende Unie-normen om een gewenste uitkomst te realiseren.³¹

De ECOWAS-zaak

Feiten en achtergrond

In ECOWAS stond de vraag centraal of de Raad wellicht ten onrechte gebruik had gemaakt van een GBVB-rechtsbasis voor het aannemen van besluiten die, ondanks hun duidelijke relatie met veiligheidsbeleid, ook betrekking hadden op ontwikkelingssamenwerking. Algemeen werd verwacht dat het Hof de nadruk zou leggen op het 'veiligheidskarakter' van de ECOWAS-besluiten, waardoor de voorkeur van de Raad voor een GBVB-rechtsbasis terecht zou zijn. De besluiten betroffen een GBVB gemeenschappelijk optreden (2002/589/GBVB) van de Raad van 12 juli 2002 inzake 'de bijdrage van de Europese Unie aan de bestrijding van de destabiliserende accumulatie en verspreiding van handvuurwapens en lichte wapens' en het daarop gebaseerde besluit (2004/833/GBVB) van de Raad van 2 december 2004 'met het oog op een bijdrage van de Europese Unie in het kader van het moratorium van de ECOWAS op lichte wapens'. In het gemeenschappelijk optreden van 2002 had de Raad het algemene beleid van de Unie inzake dit onderwerp neergelegd; met het besluit van 2004 werd aan dit beleid een concrete invulling gegeven door de Economische Gemeenschap van West-Afrikaanse Staten (ECOWAS) te steunen in de strijd tegen de verspreiding van lichte wapens.

Hoewel de Commissie in 2002 geen bezwaar had gemaakt tegen het gemeenschappelijk optreden waarin het algemene beleid van de Raad werd neergelegd, ging het daarop gebaseerde ECOWAS-besluit deze Instelling te ver. De reden was dat de Commissie in 2004 op verzoek van de ECOWAS inmiddels gestart was met

²⁴ Zaak C-355/04 P *Segi*, punten 54-55.

²⁵ Dit feit zou ook kunnen impliceren dat (in ieder geval) derde pijler maatregelen onder omstandigheden voorrang kunnen hebben boven nationaal recht (zelfs in de afwezigheid van rechtstreekse werking). Zie hierover bijvoorbeeld R. Barents, annotatie bij zaak C-105/03, *Pupino*, *SEW* 2006, 1, pp.74-78, 77.

²⁶ HvJ EG, 16 juni 2005, zaak C-105/03 *Pupino*, 2005, p. I-5285, punten 19, 21 en 28 (overeenkomst tussen het systeem van artikel 234 EG en 35 EU); en punten 33-34 (overeenkomst in de bewoordingen van artikel 249 EG-Verdrag en artikel 34(2)(b) EU).

²⁷ *Ibid.*, punt 42.

²⁸ *Ibid.*, punt 39.

²⁹ Zie over *Pupino* ook: E. Spaventa, 'Opening Pandora's Box: Some Reflections on the Constitutional Effects of the Decision in *Pupino*', *EuConst.*, 2007, 5. Zie over de Unie-brede toepassing van Artikel 10 EG ook: C. Hillion en R.A. Wessel, 'Restraining External Competences of EU Member States under CFSP', in M. Cremona and B. De Witte (Eds.), *EU Foreign Relations Law: Constitutional Fundamentals*, Oxford: Hart Publishing, 2008 (nog niet verschenen).

³⁰ See B. Kurcz en A. Lazowski, 'Two Sides of the Same Coin? Framework Decisions and Directives Compared', in P. Eeckhout and T. Tridimas (eds.) *Yearbook of European Law 2006*, Oxford University Press, pp. 177-203, p. 179.

³¹ Vergelijk R. Barents, die de invloed van *Pupino* vergeleek met die van *Van Gend & Loos*. Annotatie Zaak Case C-105, *op.cit.* Zie met betrekking tot eerdere zaken al D. Curtin en R.H. van Ooik, 'Een Hof van Justitie van de Europese Unie?', in *SEW*, 1999, pp. 24-38.

de voorbereiding van een voorstel tot financiering van operaties rondom conflictoplossing en vredesopbouw. Een groot gedeelte van deze financiering zou betrekking hebben op het programma van de ECOWAS voor de controle op lichte wapens. De hulp van de Commissie vindt plaats in het kader van de Overeenkomst van Cotonou, die op 23 juni 2000 was gesloten tussen de EG en haar lidstaten en de leden van de groep van Staten in Afrika, het Caribisch gebied en de Stille Oceaan. Deze overeenkomst is op 1 april 2003 in werking getreden.³² Op basis van deze overeenkomst had de Commissie met onder andere de ECOWAS plannen gemaakt voor ondersteuning van de strijd tegen de verspreiding van lichte wapens.³³

Dat de Commissie actief zou kunnen worden op dit terrein, werd overigens al erkend in het GBVB gemeenschappelijk optreden van 2002. Artikel 8 van dit besluit luidt: 'De Raad neemt er nota van dat de Commissie zinnens is haar activiteiten te richten op het verwezenlijken van de doelstellingen en prioriteiten, neergelegd in dit gemeenschappelijk optreden, in voorkomend geval via passende communautaire maatregelen'. En daarom vervolgt Artikel 9, lid 1: 'De Raad en de Commissie waarborgen de samenhang van de activiteiten van de Unie op het gebied van handvuurwapens, met name in het licht van haar ontwikkelingsbeleid. Daartoe leggen de lidstaten en de Commissie alle relevante informatie voor aan de betrokken Raadsinstanties. De Raad en de Commissie dragen zorg voor de uitvoering van hun respectieve optreden, elk overeenkomstig zijn of haar bevoegdheden'. En ook in het ECOWAS-besluit wordt de rol van de Commissie niet ontkend. Artikel 3 van het besluit bepaalt: 'De Commissie wordt belast met de uitvoering van dit besluit. Daartoe sluit de Commissie met de ECOWAS een financieringsovereenkomst over de voorwaarden voor de besteding van de bijdrage van de Europese Unie, die de vorm krijgt van een niet-terugvorderbare hulp. Deze niet-terugvorderbare hulp zal met name worden gebruikt om gedurende een periode van twaalf maanden de lonen, de reiskosten en de kosten van het materiaal en de uitrusting te dekken, die nodig zijn voor de oprichting van een eenheid lichte wapens in het technisch secretariaat van de ECOWAS, alsmede voor de omvorming van het moratorium tot een verdrag over handvuurwapens en lichte wapens tussen de staten van de ECOWAS. [...]'

Al tijdens de bespreking van het ontwerpbesluit in het Coreper verklaarde de Commissie echter dat het onderliggende gemeenschappelijk optreden niet had mogen worden aangenomen en dat het project had moeten worden gefinancierd uit het Europees Ontwikkelingsfonds in het kader van de Overeenkomst van Cotonou. Ook merkte de Commissie op dat het gemeenschappelijk optreden valt onder het communautaire ontwikkelingsbeleid, dat door artikel 47

EU wordt beschermd.³⁴ En, inderdaad, verzoekt de Commissie het Hof op 21 februari 2005 om nietigverklaring van het ECOWAS-besluit en om vaststelling dat het onderliggende gemeenschappelijk optreden, met name titel II daarvan, niet-toepasselijk is omdat het onwettig is.

De Raad wordt ondersteund door enkele interveniërende lidstaten: Spanje, Frankrijk, Nederland, Zweden, Denemarken en het Verenigd Koninkrijk. Tezamen betoogden zij dat de bestrijding van de destabiliserende accumulatie en verspreiding van handvuurwapens en lichte wapens niet tot de bevoegdheden van de Gemeenschap behoort. Het Verenigd Koninkrijk voegde daar nog aan toe dat, wil een op het EU-Verdrag gebaseerde handeling geacht kunnen worden in strijd te zijn met artikel 47 EU, de Gemeenschap in de eerste plaats *bevoegd* moet zijn om een handeling vast te stellen met hetzelfde doel en dezelfde inhoud. In de tweede plaats moet de op het EU-Verdrag gebaseerde handeling *inbreuk* maken op een aan de Gemeenschap toegekende bevoegdheid doordat zij de uitoefening hiervan belet of beperkt, waardoor de gemeenschapsbevoegdheden verlamd worden. Volgens het Verenigd Koninkrijk is een dergelijke uitwerking evenwel uitgesloten op een gebied als de ontwikkelingssamenwerking, waar de Gemeenschap over parallelle bevoegdheden beschikt. Zowel de Raad als de regeringen van alle interveniërende lidstaten meenden bovendien dat bij de vaststelling van het bestreden besluit de letter en de geest van het EU-Verdrag zijn geëerbiedigd. Aangezien het bestreden besluit *hoofdzakelijk* strekt tot bestrijding van de accumulatie en verspreiding van handvuurwapens en lichte wapens, valt het namelijk niet onder de bevoegdheden van de Gemeenschap, maar onder die van de Unie in het kader van het GBVB.

De bevoegdheid van het Hof wordt door partijen niet echt betwist, hoewel de Raad (met steun van Spanje en het Verenigd Koninkrijk) met name met betrekking tot de door de Commissie ingeroepen exceptie van onwettigheid van het litigieuze gemeenschappelijk optreden stelt dat het Hof niet bevoegd is om uitspraak te doen over de wettigheid van een handeling die onder het GBVB valt. Het Hof gaat hier echter aan voorbij en stelt dat het bevoegd is om het door de Commissie krachtens artikel 230 EG-Verdrag ingestelde beroep te behandelen en in dat kader de middelen te onderzoeken die overeenkomstig artikel 241 EG-Verdrag (de exceptie van onwettigheid) zijn aangevoerd, voor zover zij zijn ontleend aan schending van artikel 47 EU. Gelet op de bovengenoemde eerdere uitspraken van het Hof is dit niet verrassend, hoewel ook Van Ooik al wees op het feit dat het Hof zo gemakkelijk voorbij gaat aan een ander door de Raad (en dezelfde twee lidstaten) genoemd punt: als geprivilegieerde beroepsgerechtigde had de Commissie de wettigheid van het onderliggende gemeenschappelijke optreden op basis van artikel 230 EG relatief eenvoudig binnen twee maanden kunnen aanvechten. Zeker nu de Commissie tijdens de besluitvorming over het ECOWAS-besluit aangaf ook problemen te hebben met het onderliggende gemeenschappelijk optreden, is de kritiek gerechtvaardigd dat het bezwaar nu wel een beetje laat komt.³⁵ Dat de Commissie in 2002 nog geen 230-actie had ingesteld, heeft waarschijnlijk te maken met het feit dat de problemen in concrete zin pas na de inwerkingtreding van de Cotonou Overeenkomst in 2003 en het aannemen van het ECOWAS-besluit in 2004 ontstonden. Voor de vraag naar een wel of niet aanwezige communautaire rechtsbasis voor een 'bijdrage van de Europese Unie aan de bestrijding van de destabiliserende accumulatie en verspreiding van handvuurwapens en lichte wapens' lijkt dit echter niet relevant.

³² Pb. 2000, L 317, p. 3; namens de Gemeenschap goedgekeurd bij besluit 2003/159/EG van de Raad van 19 december 2002 (Pb. 2003, L 65, p. 27).

³³ Overeenkomstig de artikelen 6 tot en met 10 van bijlage IV bij de Overeenkomst van Cotonou ('Procedures voor tenuitvoerlegging en beheer') zijn een regionale ondersteunende strategie en een regionaal indicatief programma vastgesteld in een document dat op 19 februari 2003 is ondertekend door de Commissie, enerzijds, en de ECOWAS en de WAEMU (West-Afrikaanse Economische en Monetaire Unie), anderzijds.

³⁴ Zie de Conclusie van de A-G, punt 23.

³⁵ Zie R.H. Van Ooik, 'Cross-Pillar Litigation before the ECJ: Demarcation of Community and Union Competences', *EuConst*, 2008 (nog niet verschenen). Vergelijk HvJ EG, 9 maart 1994, zaak 188/92, *TWD*, Jur. 1994, p. I-00833, punt 17.

De conclusie van A-G Mengozzi: 1-0 voor het GBVB

Hoewel er geen principieel verschil is tussen de opvatting van de advocaat-generaal en de rechters met betrekking tot de functie van artikel 47 EU, ademt de Conclusie van de A-G toch een wat andere sfeer. De nadruk lijkt hier meer te liggen op het belang de eenheid van de Unie-rechtsorde te erkennen en de A-G besteedt meer aandacht aan het verduidelijken van de structuur van de Unie en de positie van het GBVB daarin. In de woorden van A-G Mengozzi: 'Artikel 47 EU lijkt dus te berusten op de veronderstelling dat alle aan de Gemeenschap toegekende bevoegdheden, ongeacht hoe deze zijn verdeeld tussen de Gemeenschap en de lidstaten, behoed moeten worden voor iedere inbreuk die de Europese Unie zou plegen door een besluit te nemen op basis van titel V en/of VI van het EU-Verdrag.'³⁶ Tevens werd gesteld dat het handelen van de Unie op basis van de tweede pijler iets anders is dan een collectieve handeling van de lidstaten (*infra*). Uit het advies van de A-G komt naar voren dat een alomvattende benadering van de Unierechtsorde noodzakelijk is en dat de GBVB-bepalingen niet los van hun plaats in de Unie kunnen worden bekeken. Dit komt duidelijk naar voren wanneer de A-G wijst op het feit dat Titel V (het GBVB) 'niet op zichzelf [kan] worden gelezen, maar moet worden uitgelegd in het licht van de algemene bepalingen en slotbepalingen van dit Verdrag die slaan op de Europese Unie als 'fronton' van de drie pijlers'.³⁷ De gekozen benadering wijst op bijna elk onderdeel (de interpretatie van het beroep tot nietigverklaring, de bevoegdheden van de Gemeenschap/Unie en hun relatie tot de tweede pijler, de rol van de lidstaten en de functie van artikel 47) op de relatie van de tweede pijler met de andere Unie-onderdelen. De nadruk ligt vooral op de 'algemene samenhang van de bepalingen van het EU-Verdrag'.³⁸

Uiteindelijk draait het echter om de vraag of de Raad met het aannemen van het ECOWAS-besluit op een GBVB-rechtsbasis een inbreuk heeft gepleegd op de bevoegdheden van de Gemeenschap. De A-G komt dan ook niet om een inhoudelijke beoordeling van het ECOWAS-besluit heen, zoals het ook hoort in de bepaling van de juiste rechtsbasis.³⁹ Hij erkent dat veel onderwerpen onder 'ontwikkelingssamenwerking' zijn te brengen, maar dat de doelstellingen van het besluit doorslaggevend zijn:

'Indien de twee doelstellingen van de maatregel echter onverbrekelijk met elkaar verbonden zijn, zonder dat de ene secundair en indirect is ten opzichte van de andere, moet de bijzondere aard van de verhouding tussen de Europese Unie en de Gemeenschap ertoe leiden dat voorrang wordt gegeven aan de communautaire rechtsgrondslag, waarbij het mij in het kader van die verhouding buitengewoon moeilijk, zo niet onmogelijk lijkt om in de huidige stand van het recht van de Europese Unie het gebruik van een dubbele rechtsgrondslag in overweging te nemen zonder artikel 47 EU te schenden'. (punt 176).

In dit geval gaat het om financiële en technische bijstand, iets wat inderdaad normaal gesproken onder de bevoegdheden van de Commissie valt, maar volgens de A-G – afhankelijk van de doelstelling – evenzeer onder het GBVB kan vallen. In dit geval is daar volgens de A-G sprake van. Het ECOWAS-besluit streeft, 'althans voornamelijk, de in artikel 11, lid 1, EU, bedoelde [GBVB] doelstellingen na, in het bijzonder die van de handhaving van de vrede en versterking van de internationale veiligheid' (punt 213). Dat betekent dat het besluit niet over – vooral – ontwikkelingssamenwerking gaat, dat er derhalve geen bevoegdheid voor bestaat in het EG-verdrag en dat dus artikel 47 niet is geschonden.

Gelet op de overduidelijke relatie met de GBVB-doelstellingen in artikel 11 VEU, is het moeilijk het niet met A-G Mengozzi eens te zijn. Wanneer immers besluiten met een zo duidelijke veiligheidsdoelstelling toch als vallend onder communautaire ontwikkelings-samenwerking worden aangemerkt, vervalt een groot gedeelte van de relevantie van het GBVB. Hierboven werd juist gewezen op een andere trend in de rechtspraak van het Hof: aandacht voor de samenhang tussen de pijlers. Ook in dit geval hield het besluit – ondanks de GBVB-rechtsgrondslag – rekening met de specifieke bevoegdheden en activiteiten van de Commissie op het communautaire terrein. Een schoolvoorbeeld van samenhangend beleid, waarvoor binnen de Unie naar verschillende rechtsgrondslagen kan worden gezocht.

Het Hof: wèl gedeeltelijk sprake van ontwikkelingssamenwerking

Eigenlijk ging na de Conclusie van de A-G vrijwel iedereen in de academische wereld (en de Instellingen) ervan uit dat het Hof het advies zou volgen. Een (buitenlandse) medewerker van de juridische dienst van de Commissie vertrouwde schrijver dezes al toe dat hij zich schikte in een verlies van de Commissie, maar blij was dat het beginsel van de bescherming van het *acquis communautaire* in geval van een aanwezige gemeenschapsrechtelijke rechtsbasis overeind was gebleven: 'we may lose the case, but won the principle!'

In de uitspraak van 20 mei 2008 kwam het Hof echter niet tot dezelfde conclusie als A-G Mengozzi. Het Hof beoordeelde het ECOWAS-besluit anders en stelde dat 'het bestreden besluit, gelet op het doel en de inhoud ervan, twee componenten bevat, die respectievelijk onder het communautaire ontwikkelings-samenwerkingsbeleid en het GBVB vallen en waarvan de ene niet ondergeschikt aan de andere kan worden geacht' (punt 108). Het Hof is dus wel van mening dat artikel 47 geschonden is en dat de Raad met het aannemen van het GBVB-besluit zich (althans voor een gedeelte) op het terrein van de Gemeenschap heeft begeven, voor welk gedeelte een rechtsgrondslag in het EG-verdrag had moeten worden gebruikt. Als er een EG-bevoegdheid bestaat, dan kan de maatregel niet op de tweede (of derde) pijler worden gebaseerd:

'Aangezien artikel 47 EU zich ertegen verzet dat de Unie op grond van het EU-Verdrag een maatregel vaststelt die rechtsgeldig zou kunnen worden vastgesteld op grond van het EG-Verdrag, kan de Unie namelijk geen gebruik maken van een onder het GBVB vallende rechtsgrondslag om bepalingen aan te nemen die eveneens vallen onder een bevoegdheid die het EG-Verdrag toewijst aan de Gemeenschap' (punt 77).

³⁶ Punt 98.

³⁷ Punt 119.

³⁸ Punt 122.

³⁹ Zie HvJ EG, 11 juni 1991, zaak C-300/89, *Commissie t. Raad* ('Titanium Dioxide'), *Jur.* 1991, I-02867, punt 10: "[...]dat in het kader van het stelsel van bevoegdheden van de Gemeenschap de keuze van de rechtsgrondslag van een handeling niet alleen mag afhangen van de opvatting van een instelling omtrent het nagestreefde doel, maar moet berusten op objectieve gegevens die voor rechterlijke toetsing vatbaar zijn [...]. Tot die gegevens behoren met name het doel en de inhoud van de handeling". Zie uitgebreider over dit vraagstuk R.H. van Ooik, *De keuze der rechtsgrondslag voor besluiten van de Europese Unie*, Deventer: Kluwer, 1999.

Bijzonder in dit geval is dat het Hof wijst op de mogelijkheid (of zelfs de noodzaak) dat GBVB gemeenschappelijke optredens niet alleen geïmplementeerd worden door andere GBVB-besluiten, maar ook door Gemeenschapsbesluiten. Het bestreden besluit was gebaseerd op een GBVB gemeenschappelijk optreden en het Hof concludeert in dat verband 'dat de doelstellingen van het litigieuze gemeenschappelijk optreden zowel kunnen worden nagestreefd door de Unie in het kader van titel V van het EU-Verdrag, als door de Gemeenschap in het kader van haar ontwikkelingssamenwerkingsbeleid' (punt 88). Maar, doet dit dan geen afbreuk aan het communautaire *acquis*? Immers, het Hof stelt hier niets meer of minder dan dat communautair beleid zijn grondslag kan vinden in een GBVB-besluit. Dit zou leiden tot Gemeenschapsrecht dat niet (primair) is gebaseerd op het EG-Verdrag, maar op secundair Unie-recht. Dit idee komt dicht bij hetgeen al door het Gerecht in de eerder genoemde *Yusuf en Kadi* zaken was gesteld, dat '[i]n het kader van de artikelen 60 en 301 EG-Verdrag [...] het optreden van de Gemeenschap dus in werkelijkheid een optreden van de Unie [is], dat wordt uitgevoerd op de grondslag van de communautaire pijler nadat de Raad een gemeenschappelijk standpunt of een gemeenschappelijk optreden uit hoofde van het GBVB heeft vastgesteld'.⁴⁰ Het verschil is dat het bij *Yusuf en Kadi* ging om economische en financiële sancties, waarvoor het verdragsregime via de artikelen 60 en 301 EG-Verdrag al had vastgesteld dat een GBVB-besluit noodzakelijk is voor communautair optreden. In *ECOWAS* gaat het niet om sancties, maar om ontwikkelingssamenwerking, waarvoor geen expliciet verdragsverband tussen de Uniepijlers is aangegeven. De samenhang tussen de Unie- en gemeenschapsdoelstellingen moet dus ruimer worden gezien – zoals ook al bleek in de zaken over de afbakening tussen de eerste en derde pijler – en het kan nodig zijn om aan het GBVB een uitwerking te geven via het Gemeenschapsrecht.

De relatie tussen de EU, de EG en de lidstaten

In de *ECOWAS*-zaak kwam niet alleen de verhouding tussen Unierecht en Gemeenschapsrecht aan de orde. Ook aan de vraag naar de externe bevoegdheden van de lidstaten werd – met name door de A-G enige aandacht besteed. Omdat het bij ontwikkelingssamenwerking gaat om parallele bevoegdheden, was de vraag relevant wanneer er sprake is (of moet zijn) van een collectieve handeling van de lidstaten of van handelen van de Unie op basis van het GBVB. Dat hierover nog steeds verschil van mening kan bestaan, bleek uit de discussie tussen de Commissie en het Verenigd Koninkrijk. De Commissie stelde, mijns inziens terecht, dat de verhouding tussen de Europese Unie en de Gemeenschap niet vergelijkbaar is met die tussen de Gemeenschap en de lidstaten. In dit model, dat door de A-G als 'driehoeksmodel' wordt aangemerkt, zijn de bevoegdheden die de Europese Unie bezit en uitoefent eigen bevoegdheden die niet eenvoudigweg gelijkstaan aan de collectieve uitoefening van de bij de lidstaten verbleven bevoegdheden. Het Verenigd Koninkrijk verdedigde daarentegen een model dat 'dualistisch' zou kunnen worden genoemd, omdat het de afbakening tussen de bevoegdheden van de Gemeenschap en die van de Europese Unie gelijkstelt met die tussen de Gemeenschap en haar lidstaten. Met andere woorden, in

deze benadering maakt een optreden van de Europese Unie dat een van de GBVB-doelstellingen nastreeft, *nooit* inbreuk op de bevoegdheden van de Gemeenschap op het gebied van de ontwikkelingssamenwerking, aangezien de Unie, net als de lidstaten, bevoegdheden uitoefent die parallel zijn met die van de Gemeenschap, waardoor artikel 47 EU niet meer relevant is.

A-G Mengozzi maakt korte metten met deze argumentatie en stelt dat het handelen van de Unie op basis van de tweede pijler iets anders is dan een collectieve handeling van de lidstaten. Hiervoor werd ook steun gevonden in eerdere zaken.⁴¹ Artikel 47 is alleen bedoeld om een inbreuk door Unierecht op het *acquis communautaire* te voorkomen, niet om lidstaten (al dan niet collectief) hun eventueel parallel bestaande bevoegdheden te ontzeggen. In die zin heeft artikel 47 EU inderdaad een andere functie dan artikel 10 EG-Verdrag. Ook in de ogen van het Hof heeft artikel 47 een interne (horizontale) Unie-functie en is de vraag naar een schending van dat artikel niet afhankelijk van de aard van de bevoegdheden van de Gemeenschap (punten 61-62). In tegenstelling tot de externe bevoegdheidsverdeling tussen de EG en haar lidstaten, verschuift de grens tussen de Uniepijlers niet naarmate de Gemeenschap meer gebruik maakt van haar externe bevoegdheden.

Eerder is al betoogd dat het onderscheid tussen het externe beleid van de lidstaten en hetgeen de Unie doet in het kader van het GBVB van belang blijft, maar dat er wat betreft de loyaliteitsverplichting (artikel 10) wel een verband is. Ook op het terrein van ontwikkelingssamenwerking (een parallele bevoegdheid) hebben lidstaten niet de vrije keus tussen een EG- of een EU-rechtsbasis. Wanneer er een noodzaak is voor Europees beleid en er is een communautaire rechtsbasis voorhanden, dan dient deze gebruikt te worden.⁴² Lidstaten kunnen er dan niet voor kiezen om hun nationale externe bevoegdheden collectief in te zetten door daarmee een GBVB-rechtsgrondslag voor de Raad in het leven te roepen. Blijft over de vraag of er een communautaire rechtsbasis aanwezig is wanneer de Raad zich nadrukkelijk met buitenlandse veiligheid wil bemoeien. Zoals we hebben gezien, beantwoordt het Hof deze vraag bevestigend, waaruit blijkt dat de vrijheid die lidstaten dachten te hebben op het terrein van het buitenlands en veiligheidsbeleid niet alleen beperkt wordt door de GBVB-bepalingen in het Unieverdrag, maar eveneens door externe communautaire bevoegdheden.

Conclusie

Met de *ECOWAS*-uitspraak heeft het Hof op klassieke wijze het *acquis communautaire* beschermd. Sterker nog, de al ingezette trend richting een gelijkwaardiger positie van het GBVB (met als voorlopig hoogtepunt het nieuwe artikel 40 VEU na Lissabon) lijkt voorlopig te zijn gestopt, nu gesteld is dat ook onderdelen van het buitenlands- en veiligheidsbeleid op het gemeenschapsrecht dienen te worden gebaseerd op het moment dat het laatste dat toelaat. En dat hoeft – gelet op de geconstateerde reikwijdte van bijvoorbeeld de ontwikkelingssamenwerking – helemaal niet zo moeilijk te zijn. Het Hof geeft bevestiging hiermee dat het traditioneel gebruikte criterium (waar ligt het 'Titaandioxide'-zwaartepunt?) niet doorslaggevend hoeft te zijn in pijloverstijgende rechtsbasisconflicten. Wellicht nog duidelijker dan in de zaken die de verhouding tussen de gemeenschap en de derde pijler betroffen, is nu helder dat de voorrang van het gemeenschapsrecht (en daarmee de ongelijkwaardigheid van de pijlers) absoluut is.

⁴⁰ Punt 161 *Yusuf*-zaak, op.cit. Cursivering toegevoegd.

⁴¹ Zie vooral zaak C-170/96 *Commissie t. Raad* en zaak C-176/03 *Commissie t. Raad*, op.cit.

⁴² Zie uitgebreider C. Hillion en R.A. Wessel, op. cit.

Hoe nu verder? Het Hof besloot om begrijpelijke redenen niet tot een partiële vernietiging van het ECOWAS-besluit. Gelet op de beperkte inhoud van het besluit, zou ook moeilijk voor te stellen zijn welk gedeelte dan wel had kunnen blijven bestaan. Dat wil niet zeggen dat de GBVB-rechtsbasis helemaal onzinnig was. Het Hof stelt immers dat 'moet worden geconcludeerd dat de Raad artikel 47 EU heeft geschonden door het bestreden besluit aan te nemen op grond van titel V van het EU-Verdrag, hoewel het ook onder het ontwikkelingsamenwerkingsbeleid valt'. (punt 109). De zwaartepunt-balans sloeg niet uit naar één van beide pijlers, zodat gekozen moet worden voor een communautaire rechtsbasis. Hiermee lijkt ook de oplossing te zijn gegeven: het vervangende besluit zal – naast het oorspronkelijke GBVB gemeenschappelijk optreden – artikel 179 EG-Verdrag als rechtsbasis moeten hebben.

Had het Hof een keuze? Mijn inziens wel. Hoewel – zoals het Hof zelf ook terecht impliceert – een dubbele rechtsbasis moeilijk is vanwege uiteenlopende besluitvormingsprocedures en instrumenten, is een koppeling van GBVB en EG besluiten – via een onderlinge verwijzing – niet onmogelijk. Het had in dit geval voor de hand gelegen wanneer het Hof zou hebben aangegeven dat het hier weliswaar om GBVB-problematiek gaat, maar dat onderdelen daarvan door de Commissie op basis van al ingezet of gepland communautair beleid moeten worden geïmplementeerd. Het besluit geeft dit overigens ook aan en het blijft een beetje de vraag in hoeverre de Commissie nu echt in haar handelen beperkt werd door het ECOWAS-besluit van de Raad. Het overlaten van een groot gedeelte van de implementatie aan de Commissie zou ook het voortbestaan van het basis gemeenschappelijk optreden uit 2002 inzake 'de bijdrage van de Europese Unie aan de bestrijding van de destabiliserende accumulatie en verspreiding van handvuurwapens en lichte wapens' verklaren, welk besluit door het Hof niet beoordeeld is met het oog op de exceptie van onwettigheid, eenvoudigweg omdat dit niet meer nodig was. Een koppeling van besluiten uit verschillende pijlers, om zo de consistentie van het beleid te waarborgen, kennen we uit de regelingen rond de economische sancties, maar ook uit de anti-terrorisme besluiten. Via onderlinge verwijzing kan dan toch recht worden gedaan aan het bestaansrecht van het GBVB.