



Jurisprudentie

CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL
E. SHARPSTON
van 3 april 2014¹

Zaak C-114/12

**Europese Commissie
tegen**

Raad van de Europese Unie

„Onderhandelingen over een Verdrag van de Raad van Europa voor de bescherming van de rechten van omroeporganisaties — Bevoegdheid — Procedure”

1. Tussen de Europese Commissie en de Raad van de Europese Unie is een geschil gerezen over de bevoegdheid om te onderhandelen over een Verdrag van de Raad van Europa over de bescherming van de rechten van omroeporganisaties (hierna: „verdrag”).

2. Op 19 december 2011 machtigden de Raad *en* de vertegenwoordigers van de lidstaten (als vertegenwoordigers van hun respectieve regeringen in de Raad bijeen) de Commissie om deel te nemen aan de onderhandelingen over het verdrag ten aanzien van aangelegenheden die tot de bevoegdheid van de Europese Unie behoren, en gaven zij het voorzitterschap opdracht om namens de lidstaten te onderhandelen over zaken die tot de bevoegdheid van deze laatste behoren (hierna: „bestreden besluit”).² De Commissie vordert de nietigverklaring van het bestreden besluit op grond dat het niet de exclusieve externe bevoegdheid van de Europese Unie op het gebied van de bescherming van de rechten van omroeporganisaties eerbiedigt. De Commissie stelt bovendien dat het bestreden besluit nietig moet worden verklaard omdat het is vastgesteld in strijd met de toepasselijke procedurele voorschriften en het beginsel van loyale samenwerking.³

Het verdrag

3. In 2002 stelde de Raad van Europa aanbeveling Rec(2002)7 over de maatregelen ter verbetering van de bescherming van verwante rechten van radiozendorganisaties vast (hierna: „aanbeveling van 2002”).⁴ Bij besluit van 20 februari 2008 instrueerde het Comité van ministers van deze Raad de Steering Committee on Media and New Communication Services (stuurgroep voor de media en nieuwe

1 — Oorspronkelijke taal: Engels.

2 — Besluit van 19 december 2011 van de Raad en de vertegenwoordigers van de regeringen van de lidstaten in de Raad bijeen inzake de deelname van de Europese Unie en haar lidstaten aan de onderhandelingen over een verdrag van de Raad voor de bescherming van de rechten van omroeporganisaties. Het besluit is niet gepubliceerd; het is in deze procedure als bijlage bij het verzoekschrift van de Commissie gevoegd. Zie hierna de punten 40-44.

3 — Dit beginsel is soms anders geformuleerd in bepaalde talen: zie bijvoorbeeld arrest van 20 april 2010, Commissie/Zweden (C-246/07, Jurispr. blz. I-3317, punten 70-71).

4 — De relevante inhoud van dit document en van de andere documentatie betreffende de onderhandelingen over het verdrag komt aan bod in de context van de bespreking van het eerste middel in de hiernavolgende punten 122-139.

communicatiediensten; hierna: „CDMC”)⁵ de haalbaarheid van de versterking van die rechten te onderzoeken. In 2008 is voorts door de Ad-hoc Stocktaking Group (ad-hocephoeratiegroep) van de CDMC een memorandum opgesteld over een mogelijk instrument van de Raad inzake de bescherming van omroeporganisaties en een haalbaarheidsbeoordeling (hierna: „memorandum van 2008”).

4. In 2009 verleende de CDMC goedkeuring aan het mandaat (hierna: „mandaat van 2009”)⁶ van de Ad-hoc Advisory Group on the protection of neighbouring rights of broadcasting organisations (ad hoc raadgevend comité voor de bescherming van de naburige rechten van omroeporganisaties; hierna: „MC-S-NR”), dat de opdracht kreeg om aan de bescherming van de naburige rechten van omroeporganisaties te werken en eventueel een verdrag te concipiëren.

5. Het MC-S-NR is nog niet ingesteld. Wel heeft overleg plaatsgevonden over het toekomstige werk van dit comité. In de raadplegingsbijeenkomst van 2010 zijn kwesties betreffende het voorwerp en de werkingssfeer van een eventueel verdrag besproken.⁷ Met name uit het memorandum van 2008 en het verslag van de raadplegingsbijeenkomst van 2010 („verslag van de bijeenkomst van 2010”) blijkt dat men wil komen tot een geheel van exclusieve rechten voor omroeporganisaties, zoals het vastleggingsrecht⁸, het reproductierecht, het doorgifrecht, het recht van beschikbaarstelling aan het publiek, het recht van mededeling aan het publiek en het distributierecht, op technologisch neutrale wijze geformuleerd.⁹ Andere discussiepunten omvatten de bescherming van zogeheten pre-broadcast programmadragende signalen¹⁰, de beschermingstermijn, de noodzaak van een niet-uitputtende lijst van beperkingen en uitzonderingen, de naleving van rechten en verplichtingen op het gebied van technische voorzieningen en informatie over het beheer van rechten¹¹.

5 — De (hierna in punt 4 gebruikte) acroniemen CDMC en MC-S-NR zijn die welke de Raad van Europa zelf gebruikt.

6 — De omschrijving van de opdracht van 2009 is in deze procedure als bijlage gevoegd bij „Raadplegingsbijeenkomst over de bescherming van de rechten van omroeporganisaties”, Raad van Europa (Straatsburg, 28 en 29 januari 2010; hierna: „raadplegingsbijeenkomst van 2010”), Meeting Report, MC-S-NR (2010)Misc1rev. Deze zijn tevens te raadplegen via de website van de Raad van Europa.

7 — Zie het verslag van de bijeenkomst van 2010, aangehaald in voetnoot 6, punten 1 en 2.

8 — Uitzenden is in wezen het verzenden van een signaal met beeld- en/of geluids-informatie van het ene punt naar het andere. Het signaal is een elektromagnetische impuls en bestaat slechts tijdens de verzending, dus tot het moment van ontvangst. Het kan worden opgenomen (of „vastgelegd”) in een bepaalde vorm en vervolgens worden doorgegeven in een of meer verschillende vormen (bijvoorbeeld draadloos of via de kabel) voor ontvangst door, bijvoorbeeld, een televisie, radio, computer of smartphone. Deze ontvangers produceren vervolgens de in het signaal gevatte visuele of audio-output.

9 — Zie het verslag van de bijeenkomst van 2010, aangehaald in voetnoot 6, punt 13.

10 — Het programmadragende signaal dat bijvoorbeeld wordt verzonden vanaf de locatie van een evenement naar een zender, of van de ene omroeporganisatie naar een andere, wordt „pre-broadcast” programmadragend signaal genoemd. Het signaal is veelal digitaal en is bedoeld voor gebruik door omroeporganisaties in plaats van rechtstreekse ontvangst door het publiek.

11 — Zie met betrekking tot het begrip informatie over het beheer van rechten, punt 137 hieronder.

6. Het verdrag vormt een aanvulling op bestaande internationale en regionale verdragsnormen die hetzelfde onderwerp betreffen. Een belangrijk aantal van deze bepalingen en verdragen is niet geratificeerd en/of niet in werking getreden.¹² Aangezien de technologische ontwikkelingen met rasse schreden voortgaan, boeten veel van deze normen ook enigszins in aan effectiviteit (waardoor de ratificatie en inwerkingtreding van de verdragen weer minder waarschijnlijk wordt).

7. Naast de voorbereidingen voor een eventueel verdrag binnen de Raad van Europa zijn ook nog steeds onderhandelingen gaande over een WIPO-verdrag inzake de rechten van omroeporganisaties.¹³ Die onderhandelingen hebben net als de onderhandelingen binnen de Raad van Europa tot doel de rechten van omroeporganisaties „up-to-date” te brengen in antwoord op de veranderingen en het toenemende gebruik van technologie. In 2001 deed de Europese Gemeenschap tezamen met haar lidstaten een voorstel aan de WIPO betreffende het Verdrag inzake de bescherming van omroeporganisaties.¹⁴

8. Mede vanwege het feit dat de WIPO-besprekingen nauwelijks enige vooruitgang van belang laten zien, besloot de Raad van Europa onderhandelingen te starten over een afzonderlijk verdrag. Uit de tijdens die procedure overgelegde documenten blijkt dat bij die onderhandelingen niettemin rekening wordt gehouden met de WIPO-onderhandelingen, alsook met andere bestaande en eventuele toekomstige internationale verplichtingen van de verdragsluitende partijen.¹⁵

Rechtskader

Verdrag betreffende de Europese Unie

9. Ingevolge het in artikel 5 VEU neergelegde beginsel van attributie behouden de lidstaten de bevoegdheden die door de Verdragen niet aan de Europese Unie zijn toegedeeld.¹⁶ Artikel 5, lid 2, bepaalt: „[...] de Unie [handelt] enkel binnen de grenzen van de bevoegdheden die haar door de lidstaten in de Verdragen zijn toegedeeld om de daarin bepaalde doelstellingen te verwezenlijken. Bevoegdheden die in de Verdragen niet aan de Unie zijn toegedeeld, behoren toe aan de lidstaten”.

12 — Zie bijvoorbeeld de Berner Conventie voor de bescherming van werken van letterkunde en kunst (Akte van Parijs van 1971; hierna: „Berner Conventie”) [de Europese Unie is geen partij, maar is ingevolge artikel 9, lid 1, van de Overeenkomst inzake de handelsaspecten van de intellectuele eigendom (hierna: „TRIPs-overeenkomst”) gehouden tot naleving van de artikelen 1-21 (met uitzondering van artikel 6bis) van de Berner Conventie en het aanhangsel bij de Berner Conventie]; het Internationaal Verdrag van Rome inzake de bescherming van uitvoerende kunstenaars, van producenten van fonogrammen en van omroeporganisaties van 26 oktober 1961 (hierna: „Verdrag van Rome”) (de Europese Unie is geen partij); de Europese Overeenkomst betreffende de bescherming van televisie-uitzendingen van 22 juni 1960 (de Europese Unie is geen partij); het Europees Verdrag betreffende vraagstukken inzake auteursrecht en naburige rechten in het kader van de grensoverschrijdende satellietomroep van 11 mei 1994 (de Europese Unie is partij); de Brussels Convention Relating to the Distribution of Programme Carrying Signals Transmitted by Satellite van 1974 (Verdrag van Brussel betreffende de distributie van per satelliet uitgezonden programmadragende signalen; hierna: „Satellietverdrag van Brussel van 1974”) (de Europese Unie is geen partij); de TRIPs-overeenkomst [bijlage 1C bij de Overeenkomst tot oprichting van de Wereldhandelsorganisatie (hierna: „WTO-overeenkomst”) (de Europese Unie is lid van de WTO); deze overeenkomsten zijn namens de Europese Gemeenschap met betrekking tot het deel van de multilaterale WTO-verdragen dat onder de bevoegdheid van de Europese Gemeenschappen valt, goedgekeurd bij besluit 94/800/EG van de Raad van 22 december 1994 betreffende de sluiting, namens de Europese Gemeenschap voor wat betreft de onder haar bevoegdheid vallende aangelegenheden, van de uit de multilaterale handelsbesprekingen in het kader van de Uruguayronde (1986-1994) voortvloeiende overeenkomsten (PB L 336, blz. 1); het Verdrag inzake auteursrecht van de Wereldorganisatie voor de Intellectuele Eigendom (hierna: „WIPO”) en het WIPO-verdrag inzake uitvoeringen en fonogrammen van 1996 [de Europese Unie is partij; beide zijn namens de Europese Gemeenschap goedgekeurd bij besluit 2000/278/EG van de Raad van 16 maart 2000 houdende goedkeuring namens de Europese Gemeenschap van het WIPO-verdrag inzake het auteursrecht en het WIPO-verdrag inzake uitvoeringen en fonogrammen (PB L 89, blz. 6)].

13 — Zie bijvoorbeeld WIPO, Permanent Comité auteursrecht en naburige rechten, werkdocument inzake een Verdrag voor de bescherming van omroeporganisaties, SCCR/24/10 Corr.

14 — WIPO, Bescherming van de rechten van omroeporganisaties – ingediend door de Europese Gemeenschap en haar lidstaten, SCCR/6/2 (3 oktober 2001) (hierna: „WIPO-voorstel van 2001”). In 2003 werd een aanvullend voorstel ingediend met betrekking tot de definitie van „broadcasting” [zie WIPO, artikel 1bis – Voorstel van de Europese Gemeenschap en haar lidstaten, SCCR/9/12 (24 juni 2003)]. Deze documenten zijn bij het verzoekschrift van de Commissie gevoegd. Met betrekking tot de bevoegdheid om over dat WIPO-verdrag te onderhandelen en het uiteindelijk te sluiten, zijn aan het Hof geen vragen gesteld.

15 — Aangehaald in voetnoot 6, punt 6.

16 — Zie ook artikel 4, lid 1, VEU.

10. Artikel 13, lid 2, VEU luidt: „Iedere instelling handelt binnen de grenzen van de bevoegdheden die haar in de Verdragen zijn toegedeeld en volgens de daarin bepaalde procedures, voorwaarden en doelstellingen. De instellingen werken loyaal samen.”

11. Artikel 16, lid 3, VEU bepaalt: „Tenzij in de Verdragen anders is bepaald, besluit de Raad met gekwalificeerde meerderheid van stemmen.”

Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie

12. Artikel 2 VWEU luidt:

„1. In de gevallen waarin bij de Verdragen op een bepaald gebied een exclusieve bevoegdheid aan de Unie wordt toegedeeld, kan alleen de Unie wetgevend optreden en juridisch bindende handelingen vaststellen, en kunnen de lidstaten zulks slechts zelf doen als zij daartoe door de Unie gemachtigd zijn of ter uitvoering van de handelingen van de Unie.

2. In de gevallen waarin bij de Verdragen op een bepaald gebied een bevoegdheid aan de Unie wordt toegedeeld die zij met de lidstaten deelt, kunnen de Unie en de lidstaten wetgevend optreden en juridisch bindende handelingen vaststellen. De lidstaten oefenen hun bevoegdheid uit voor zover de Unie haar bevoegdheid niet heeft uitgeoefend.^[17] De lidstaten oefenen hun bevoegdheid weer uit voor zover de Unie besloten heeft haar bevoegdheid niet meer uit te oefenen.

[...]”

13. Het enig artikel van Protocol nr. 25¹⁸ betreffende de uitoefening van de gedeelde bevoegdheden luidt: „Wanneer de Unie overeenkomstig artikel 2, lid 2, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie inzake gedeelde bevoegdheden op een bepaald gebied optreedt, heeft deze uitoefening van bevoegdheden enkel betrekking op de door de betrokken handeling van de Unie geregelde materie en niet op het gehele gebied.”

14. Artikel 3, lid 1, VWEU noemt de gebieden waarop de Europese Unie exclusief bevoegd is, waaronder:

„[...]”

b) de vaststelling van mededingingsregels die voor de werking van de interne markt nodig zijn;

[...]”

e) de gemeenschappelijke handelspolitiek”.

15. Krachtens artikel 3, lid 2, VWEU is de Europese Unie exclusief bevoegd een internationale overeenkomst te sluiten „indien een wetgevingshandeling van de Unie in die sluiting voorziet, indien die sluiting noodzakelijk is om de Unie in staat te stellen haar interne bevoegdheid uit te oefenen of indien die sluiting gevolgen kan hebben voor gemeenschappelijke regels of de strekking daarvan kan wijzigen”.

17 — Zie ook de Verklaring betreffende de afbakening van de bevoegdheden, nr. 18 van de Verklaringen gehecht aan de Slotakte van de Intergouvernementele Conferentie die het Verdrag van Lissabon heeft aangenomen.

18 — PB 2012, C 326, blz. 307.

16. Artikel 4 VWEU ziet op de gedeelde bevoegdheden en bepaalt:

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

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

a) interne markt;

[...]”

17. Volgens artikel 26, lid 1, VWEU, stelt de Europese Unie „[...] de maatregelen vast die ertoe bestemd zijn om de interne markt tot stand te brengen en de werking ervan te verzekeren, overeenkomstig de bepalingen ter zake van de Verdragen”. Ingevolge artikel 114, lid 1, VWEU stellen het Parlement en de Raad, volgens de gewone wetgevingsprocedure, „maatregelen vast inzake de onderlinge aanpassing van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen van de lidstaten die de instelling en de werking van de interne markt betreffen”.

18. De eerste volzin van artikel 83, lid 2, VWEU luidt: „Indien onderlinge aanpassing van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen van de lidstaten op het gebied van het strafrecht nodig blijkt voor een doeltreffende uitvoering van beleid van de Unie op een gebied waarop harmonisatiemaatregelen zijn vastgesteld, kunnen bij richtlijnen minimumvoorschriften worden vastgesteld met betrekking tot de bepaling van strafbare feiten en de sancties op het betrokken gebied. [...]”

19. Het Vijfde deel, Titel I, van het VWEU bevat de algemene bepalingen inzake het extern optreden van de Europese Unie. Volgens artikel 207, lid 1, VWEU wordt de gemeenschappelijke handelspolitiek (die volgens artikel 3, lid 1, sub e, VEU een exclusieve bevoegdheid is) „[...] gegrond op eenvormige beginselen, met name aangaande [...] de handelsaspecten van intellectuele eigendom [...]. De gemeenschappelijke handelspolitiek wordt gevoerd in het kader van de beginselen en doelstellingen van het externe optreden van de Unie”. Titel V van het Vijfde deel betreft specifiek internationale overeenkomsten. In artikel 216 VWEU is het volgende bepaald:

„1. De Unie kan een overeenkomst met een of meer derde landen of internationale organisaties sluiten wanneer de Verdragen daarin voorzien of wanneer het sluiten van een overeenkomst ofwel nodig is om, in het kader van het beleid van de Unie, een van de in de Verdragen bepaalde doelstellingen te verwezenlijken, of wanneer daarin bij een juridisch bindende handeling van de Unie is voorzien of wanneer zulks gevolgen kan hebben voor gemeenschappelijke regels of de strekking daarvan kan wijzigen.

2. De door de Unie gesloten overeenkomsten zijn verbindend voor de instellingen van de Unie en voor de lidstaten.”

20. Artikel 218 VWEU regelt de procedure voor onder meer het onderhandelen over en het ondertekenen en sluiten van internationale overeenkomsten:

„1. Onverminderd de bijzondere bepalingen van artikel 207 wordt bij het onderhandelen over en het sluiten van overeenkomsten tussen de Unie en derde landen of internationale organisaties de volgende procedure gevolgd.

2. De Raad verleent machtiging tot het openen van de onderhandelingen, stelt de onderhandelingsrichtsnoeren vast, verleent machtiging tot ondertekening en sluit de overeenkomsten.

3. De Commissie [...] doet aanbevelingen aan de Raad, die een besluit vaststelt houdende machtiging tot het openen van de onderhandelingen en waarbij, naargelang van de inhoud van de voorgenomen overeenkomst, de onderhandelaar of het hoofd van het onderhandelingssteam van de Unie wordt aangewezen.

4. De Raad kan de onderhandelaar richtsnoeren geven en een bijzonder comité aanwijzen; de onderhandelingen moeten in overleg met dat comité worden gevoerd.

5. De Raad stelt op voorstel van de onderhandelaar een besluit vast waarbij machtiging wordt verleend tot ondertekening van de overeenkomst en, in voorkomend geval, in afwachting van de inwerkingtreding, tot de voorlopige toepassing ervan.

6. De Raad stelt op voorstel van de onderhandelaar een besluit houdende sluiting van de overeenkomst vast.

[...] stelt de Raad het besluit houdende sluiting van de overeenkomst vast:

a) na goedkeuring door het Europees Parlement, in de volgende gevallen:

[...]

v) overeenkomsten betreffende gebieden waarop de gewone wetgevingsprocedure, of, indien de goedkeuring van het Europees Parlement vereist is, de bijzondere wetgevingsprocedure van toepassing is.

In dringende gevallen kunnen het Europees Parlement en de Raad een termijn voor het geven van de goedkeuring overeenkomen.

b) na raadpleging van het Europees Parlement in de overige gevallen. Het Europees Parlement brengt advies uit binnen een termijn die de Raad naargelang van de urgentie kan bepalen. Indien er binnen die termijn geen advies is uitgebracht, kan de Raad besluiten.

7. Bij de sluiting van een overeenkomst kan de Raad, in afwijking van de leden 5, 6 en 9, de onderhandelaar machtigen om de wijzigingen die krachtens de overeenkomst volgens een vereenvoudigde procedure of door een bij de overeenkomst opgericht orgaan worden aangenomen, namens de Unie goed te keuren. De Raad kan aan deze machtiging bijzondere voorwaarden verbinden.

8. Tijdens de gehele procedure besluit de Raad met gekwalificeerde meerderheid van stemmen.

De Raad besluit evenwel met eenparigheid van stemmen wanneer de overeenkomst een gebied betreft waarop handelingen van de Unie met eenparigheid van stemmen worden vastgesteld, alsmede ten aanzien van de associatieovereenkomsten en de in artikel 212 bedoelde overeenkomsten met de kandidaat-lidstaten. De Raad besluit eveneens met eenparigheid van stemmen over de overeenkomst inzake toetreding van de Unie tot het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden. Dit besluit houdende sluiting van die overeenkomst treedt pas in werking nadat de lidstaten het overeenkomstig hun onderscheiden grondwettelijke bepalingen hebben goedgekeurd.

9. De Raad stelt, op voorstel van de Commissie [...] een besluit vast tot schorsing van de toepassing van een overeenkomst en tot bepaling van de standpunten die namens de Unie worden ingenomen in een krachtens een overeenkomst opgericht lichaam, wanneer dit lichaam handelingen met rechtsgevolgen vaststelt, met uitzondering van handelingen tot aanvulling of wijziging van het institutionele kader van het akkoord.

10. Het Europees Parlement wordt in iedere fase van de procedure onverwijld en ten volle geïnformeerd.

11. Een lidstaat, het Europees Parlement, de Raad of de Commissie kan het advies inwinnen van het Hof van Justitie over de verenigbaarheid van een voorgenomen overeenkomst met de Verdragen. Indien het Hof afwijzend adviseert, kan het voorgenomen akkoord niet in werking treden, behoudens in geval van wijziging daarvan of herziening van de Verdragen.”

21. Artikel 263, eerste alinea, VWEU luidt:

„Het Hof [...] gaat de wettigheid na van de wetgevingshandelingen, van de handelingen van de Raad, van de Commissie en van de Europese Centrale Bank, voor zover het geen aanbevelingen of adviezen betreft, en van de handelingen van het Europees Parlement en de Europese Raad die beogen rechtsgevolgen ten aanzien van derden te hebben. Het gaat ook de wettigheid na van de handelingen van de organen of instanties van de Unie waarmee rechtsgevolgen ten aanzien van derden worden beoogd.”

22. Artikel 288 VWEU bepaalt:

„Teneinde de bevoegdheden van de Unie te kunnen uitoefenen, stellen de instellingen verordeningen, richtlijnen, besluiten, aanbevelingen en adviezen vast.

[...]

Een besluit is verbindend in al zijn onderdelen. Indien de adressaten worden vermeld, is het alleen voor hen verbindend.

[...]”

Recht van de Unie op het gebied van de naburige rechten van omroeporganisaties

23. Het verzoekschrift van de Commissie richt zich met name op de bevoegdheid om over een verdrag inzake de naburige rechten van omroeporganisaties te onderhandelen. Ik beperk mij daarom in dit overzicht tot de Uniewetgeving waarin deze rechten zijn geregeld.

24. Deze wetgeving is enigszins gefragmenteerd en te vinden in een aantal instrumenten. Het auteursrecht en de naburige rechten zijn voor het eerst tezamen geregeld in richtlijn 92/100, die is ingetrokken en vervangen bij richtlijn 2006/115 („verhuurrichtlijn”).¹⁹ Volgens punt 16 van de considerans van deze laatste richtlijn „[moeten] [d]e lidstaten [...] kunnen voorzien in een verderreikende bescherming van houders van naburige rechten dan op grond van de bepalingen van deze richtlijn betreffende uitzending en mededeling aan het publiek vereist is”.²⁰

19 — Richtlijn 92/100/EEG van de Raad van 19 november 1992 betreffende het verhuurrecht, het uitleenrecht en bepaalde naburige rechten op het gebied van intellectuele eigendom (PB L 346, blz. 61), zoals gewijzigd bij richtlijn 93/98/EEG van de Raad van 29 oktober 1993 betreffende de harmonisatie van de beschermingstermijn van het auteursrecht en van bepaalde naburige rechten (PB L 290, blz. 9) en nadien bij richtlijn 2001/29/EG van het Europees Parlement en de Raad van 22 mei 2001 betreffende de harmonisatie van bepaalde aspecten van het auteursrecht en de naburige rechten in de informatiemaatschappij (PB L 167, blz. 10; „auteursrechtrichtlijn”), en uiteindelijk gecodificeerd en ingetrokken bij richtlijn 2006/115/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2006 (PB L 376, blz. 28).

20 — Zie hierna, punten 29 en 32.

25. Richtlijn 2006/115 is van toepassing tezamen met richtlijn 2006/116 (wat de beschermingstermijn van het auteursrecht en bepaalde naburige rechten betreft)²¹, richtlijn 93/83 (die afzonderlijke regels bevat voor satellietomroep en doorgifte via de kabel)²² en richtlijn 2001/29 (harmonisatie van bepaalde aspecten van het auteursrecht en naburige rechten in de informatiemaatschappij).

26. Deze richtlijnen benadrukken het individuele karakter van het auteursrecht en de naburige rechten door te bepalen dat de bescherming van de naburige rechten de bescherming van het auteursrecht onverlet laat en daarop generlei invloed heeft.²³

27. Artikel 7, lid 2, van richtlijn 2006/115 regelt het *fixatierecht* van omroeporganisaties, dat wil zeggen, het uitsluitende recht om vastlegging van hun uitzendingen die al dan niet via de ether plaatsvinden, uitzendingen per kabel of satelliet daaronder begrepen, toe te staan of te verbieden. Artikel 7, lid 3, bepaalt dat dit recht niet van toepassing is op kabelmaatschappijen voor het louter relayeren van uitzendingen van omroeporganisaties via de kabel. Volgens artikel 4, lid 1, van richtlijn 93/83 moet die bescherming ook gelden in het geval van mededeling aan het publiek per satelliet, waaronder volgens artikel 1, lid 2, sub a, van die richtlijn moet worden verstaan: „[...] een handeling waarbij de programmadragende signalen voor ontvangst door het publiek onder controle en verantwoordelijkheid van de omroeporganisatie worden ingevoerd in een ononderbroken mededelingenketen die naar de satelliet en terug naar de aarde loopt”.

28. Artikel 2, sub e, van richtlijn 2001/29 regelt het *reproductierecht*²⁴ als volgt: „[d]e lidstaten voorzien ten behoeve van: [...] omroeporganisaties, met betrekking tot de vastleggingen van hun uitzendingen, ongeacht of deze uitzendingen via de ether of per draad plaatsvinden, uitzendingen per kabel of satelliet daaronder begrepen, in het uitsluitende recht, de directe of indirecte, tijdelijke of duurzame, volledige of gedeeltelijke reproductie van dit materiaal, met welke middelen en in welke vorm ook, toe te staan of te verbieden”. Volgens artikel 4, lid 1, van richtlijn 93/83 moet die bescherming ook gelden in het geval van mededeling aan het publiek per satelliet.

29. Artikel 8, lid 3, van richtlijn 2006/115 bepaalt dat de lidstaten omroeporganisaties het uitsluitende recht toekennen om de *mededeling aan het publiek* van hun uitzendingen toe te staan of te verbieden, indien deze mededeling plaatsvindt op plaatsen die tegen betaling van een toegangsprijs voor het publiek toegankelijk zijn. Volgens punt 16 van de considerans blijven de lidstaten bevoegd in een ruimere bescherming van deze rechten te voorzien. Volgens artikel 4, lid 1, van richtlijn 93/83 moet die bescherming ook gelden in het geval van mededeling aan het publiek per satelliet, maar artikel 6, lid 1, van die richtlijn bevestigt dat het hierbij ook om een minimumnorm voor bescherming gaat.

30. Artikel 3, lid 2, sub d, van richtlijn 2001/29 regelt het *recht van beschikbaarstelling voor het publiek*, dat wil zeggen, ten behoeve van „omroeporganisaties, met betrekking tot de vastleggingen van hun uitzendingen, ongeacht of deze uitzendingen via de ether of per draad plaatsvinden, uitzendingen per kabel of satelliet daaronder begrepen [...] het uitsluitende recht, de beschikbaarstelling voor het publiek, per draad of draadloos, op zodanige wijze dat de leden van het publiek op een door hen individueel gekozen plaats en tijd er toegang toe hebben, toe te staan of te verbieden”. Punt 24 van de considerans van richtlijn 2001/29 bepaalt dat dit recht „[...] wordt geacht alle handelingen te bestrijken waarbij zulk materiaal beschikbaar wordt gesteld voor niet op de plaats van oorsprong van de beschikbaarstelling aanwezige leden van het publiek, en geen andere handelingen te bestrijken”.

21 — Richtlijn 2006/116/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2006 betreffende de beschermingstermijn van het auteursrecht en van bepaalde naburige rechten (PB L 372, blz. 12), ook wel de „termijnbeschermingsrichtlijn” genoemd.

22 — Richtlijn 93/83/EEG van de Raad van 27 september 1993 tot coördinatie van bepaalde voorschriften betreffende het auteursrecht en naburige rechten op het gebied van de satellietomroep en de doorgifte via de kabel (PB L 248, blz. 15). Deze richtlijn verwijst naar richtlijn 92/100, maar overeenkomstig de tweede alinea van artikel 14 van richtlijn 2006/115 gelden „[v]erwijzingen naar de ingetrokken richtlijn [92/100] als verwijzingen naar de onderhavige richtlijn [...]”.

23 — Artikel 5 van richtlijn 93/83; artikel 12, lid 2, van richtlijn 2001/29 en artikel 12 van richtlijn 2006/115. Richtlijn 2006/116 geeft verschillende beschermingstermijnen voor het auteursrecht en de naburige rechten, en bevat derhalve geen vergelijkbare bepaling.

24 — Dat recht was aanvankelijk geregeld in artikel 7 van richtlijn 92/100, welke bepaling echter in richtlijn 2001/29 is geschrapt.

31. Artikel 9, lid 1, sub d, van richtlijn 2006/115 bepaalt dat de lidstaten aan omroeporganisaties het exclusieve *distributierecht* toekennen om vastleggingen van hun uitzendingen, met inbegrip van kopieën ervan, door verkoop of anderszins ter beschikking van het publiek te stellen. Artikel 9, lid 2, betreft de uitputting van dat recht en artikel 9, lid 3, voegt daaraan toe dat het distributierecht de bepalingen inzake de verhuur- en uitleenrechten van hoofdstuk I van diezelfde richtlijn onverlet laat. Volgens artikel 9, lid 4, kan „[h]et distributierecht [...] contractueel overgedragen of in licentie gegeven worden”.

32. Artikel 8, lid 3, van richtlijn 2006/115 bepaalt dat de lidstaten omroeporganisaties het exclusieve recht toekennen om *heruitzending* van hun uitzendingen via de ether en de mededeling aan het publiek van hun uitzendingen (ook wel hertransmissie genoemd) toe te staan of te verbieden. Volgens punt 16 van de considerans blijven de lidstaten bevoegd in een ruimere bescherming van deze rechten te voorzien. Artikel 4, lid 1, van richtlijn 93/83 heeft het recht uitgebreid naar het recht van mededeling aan het publiek per satelliet, en in artikel 6, lid 1, van die richtlijn is bevestigd dat het hierbij om een minimumnorm voor bescherming gaat.

33. Artikel 10, lid 1, van richtlijn 2006/115 vermeldt vier gronden op basis waarvan de lidstaten met betrekking tot de in hoofdstuk II van die richtlijn genoemde „naburige rechten” *bepalingen* kunnen vaststellen. Bovendien kunnen de lidstaten volgens artikel 10, lid 2, dezelfde beperkingen stellen als op de auteursrechtelijke bescherming van werken van letterkunde en kunst. In die bepaling wordt verder gesteld dat „[...] dwanglicenties [...] slechts mogen worden toegekend in zoverre deze met het Verdrag van Rome verenigbaar zijn”. Artikel 10, lid 3, bepaalt in ieder geval dat die beperkingen „[...] slechts in bepaalde bijzondere gevallen [mogen] worden toegepast, mits daarbij geen afbreuk wordt gedaan aan de normale exploitatie van werken of ander materiaal en de wettige belangen van de rechthebbenden niet onredelijk worden geschaad”.

34. In punt 31 van de considerans van richtlijn 2001/29 staat dat „[...] meer eenheid in de omschrijving van dergelijke beperkingen en restricties [moet] worden gebracht” en dat „[d]e mate waarin dergelijke beperkingen en restricties worden geharmoniseerd, moet worden bepaald aan de hand van de gevolgen ervan voor de goede werking van de interne markt”. Punt 32 van de considerans voegt daaraan toe dat richtlijn 2001/29 „een uitputtende opsomming van de beperkingen en restricties op het reproductierecht en het recht van mededeling aan het publiek [bevat]”. Beperkingen en restricties worden omschreven onder verwijzing naar het specifieke betrokken recht. Zo geeft artikel 5, lid 2, aan op welke gronden beperkingen en restricties op het reproductierecht (van artikel 2) kunnen worden gesteld. Artikel 5, lid 3, definieert de beperkingen of restricties op zowel het reproductierecht als op de rechten van artikel 3 (en omvat derhalve het recht van beschikbaarstelling voor het publiek). Volgens artikel 5, lid 5, mogen deze beperkingen en restricties „slechts in bepaalde bijzondere gevallen worden toegepast mits daarbij geen afbreuk wordt gedaan aan de normale exploitatie van werken of ander materiaal en de wettige belangen van de rechthebbende niet onredelijk worden geschaad”.

35. Artikel 6 van richtlijn 2001/29 betreft de verplichtingen inzake de *bescherming tegen het omzeilen van doeltreffende technische voorzieningen*, die in lid 3 zijn omschreven als „technologie, inrichtingen of onderdelen die in het kader van hun normale werking dienen voor het voorkomen of beperken van handelingen ten aanzien van werken of ander materiaal, die niet zijn toegestaan door de houders van auteursrechten, wettelijk vastgelegde naburige rechten [...]”. Artikel 6, lid 1, bepaalt: „De lidstaten voorzien in een passende rechtsbescherming tegen het omzeilen van doeltreffende technische voorzieningen door een persoon die weet of redelijkerwijs behoort te weten dat hij aldus handelt”. Punt 47 van de considerans van richtlijn 2001/29 luidt: „Ter vermijding van een incoherente juridische aanpak, waardoor de werking van de interne markt zou kunnen worden belemmerd, is het noodzakelijk te voorzien in een geharmoniseerde rechtsbescherming tegen het onwerkzaam maken van doeltreffende technische voorzieningen en tegen de levering van inrichtingen en producten of diensten voor dat doel”.

36. Artikel 7 van richtlijn 2001/29 ziet op verplichtingen inzake *informatie betreffende het beheer van rechten*, in lid 2 gedefinieerd als „[...] alle door de rechthebbenden verstrekte informatie die dient ter identificatie van het werk of het andere materiaal, bedoeld in [richtlijn 2001/29] [...] dan wel van de auteur of een andere rechthebbende, of informatie betreffende de voorwaarden voor het gebruik van het werk of het andere materiaal, alsook de cijfers of codes waarin die informatie vervat ligt”. Overeenkomstig artikel 7, lid 1, voorzien de lidstaten „[...] in een passende rechtsbescherming tegen eenieder die opzettelijk op ongeoorloofde wijze een van de volgende handelingen verricht: [...] a) de verwijdering of wijziging van elektronische informatie betreffende het beheer van rechten; b) de verspreiding, de invoer ter verspreiding, de uitzending, de mededeling aan het publiek of de beschikbaarstelling voor het publiek van werken of ander materiaal beschermd krachtens [richtlijn 2001/29] [...] waaruit op ongeoorloofde wijze elektronische informatie betreffende het beheer van rechten is verwijderd of waarin op ongeoorloofde wijze dergelijke informatie is gewijzigd, en die weet of redelijkerwijs behoort te weten dat hij zodoende aanzet tot een inbreuk op het auteursrecht en de wettelijk vastgestelde naburige rechten [...] dan wel een dergelijke inbreuk mogelijk maakt, vergemakkelijkt of verbergt”. Punt 56 van de considerans van richtlijn 2001/29 luidt: „Ter vermindering van een gefragmenteerde juridische aanpak waardoor de werking van de interne markt zou kunnen worden belemmerd, is het noodzakelijk in een geharmoniseerde rechtsbescherming tegen dergelijke handelingen te voorzien.”

37. Ten aanzien van de *beschermingstermijn* bepaalt punt 3 van de considerans van richtlijn 2006/116 dat de beschermingstermijnen in de gehele Europese Unie zouden moeten worden gelijkgeschakeld. Artikel 3, lid 4, van richtlijn 2006/116 bepaalt dat de rechten van omroeporganisaties vervallen 50 jaar na de eerste uitzending van een programma, ongeacht of deze uitzendingen al dan niet via de ether plaatsvinden, uitzendingen per kabel of satelliet daaronder begrepen.

38. Ten slotte bepaalt artikel 8, lid 1, van richtlijn 2001/29 met betrekking tot de *handhaving van naburige rechten* dat de lidstaten voorzien in passende sancties en rechtsmiddelen en zorg ervoor dragen dat deze sancties en rechtsmiddelen daadwerkelijk worden toegepast. Het preciseert dat de sancties doeltreffend en evenredig moeten zijn en bijzonder preventieve werking moeten hebben.²⁵ Artikel 8, leden 2 en 3, betreft vorderingen tot schadevergoeding, verzoeken om een verbod (ook ten aanzien van tussenpersonen) en inbeslagneming van inbreukmakend materiaal.

39. Richtlijn 2004/48²⁶ werd vastgesteld tegen de achtergrond dat nog steeds belangrijke verschillen in de handhaving van intellectuele eigendomsrechten tussen de lidstaten bestonden op het gebied van, onder andere, de toepassing van voorlopige maatregelen, de berekening van schadevergoeding en de regelingen om een rechterlijk bevel toe te passen.²⁷ De bepalingen van deze richtlijn laten die van richtlijn 2001/29 onverlet en punt 23 van de considerans van richtlijn 2004/48 verwijst naar „een grote mate van harmonisatie” in richtlijn 2001/29 met betrekking tot de inbreuken op auteursrechten en naburige rechten.²⁸ Volgens punt 28 van de considerans van richtlijn 2004/48 „[...] zijn in bepaalde gevallen ook strafrechtelijke sancties een middel om intellectuele-eigendomsrechten te handhaven”. In artikel 2, lid 3, sub b en c, is bepaald dat richtlijn 2004/48 geen afbreuk doet aan „internationale verplichtingen van de lidstaten en met name de TRIPs-overeenkomst, waaronder de verplichtingen met betrekking tot strafprocedures en straffen” of „enige nationale bepaling in de lidstaten met betrekking tot strafprocedures en straffen in verband met inbreuk op intellectuele-eigendomsrechten”.

25 — Zie ook punt 58 van de considerans van richtlijn 2001/29.

26 — Richtlijn 2004/48/EG van het Europees Parlement en de Raad van 29 april 2004 betreffende de handhaving van intellectuele-eigendomsrechten (PB L 157, blz. 45).

27 — Zie punt 7 van de considerans van richtlijn 2004/48.

28 — Zie artikel 2, lid 2, en punt 16 van de considerans van richtlijn 2004/48. Zie ook punt 23 van de considerans wat artikel 8, lid 3, van richtlijn 2001/29 betreft.

Het besluit

40. Op 9 februari 2011 deed de Commissie de Raad de aanbeveling haar te machtigen om onderhandelingen over het verdrag te openen. De Commissie stelde zich op het standpunt, zonder naar een basis daarvoor in de Verdragen te verwijzen, dat zij exclusief bevoegd is op grond dat het onderwerp van het verdrag binnen de werkingssfeer van bestaande richtlijnen valt en het verdrag op het acquis van de Unie zal zijn gebaseerd. Uit de door de Raad op verzoek van het Hof verstrekte documenten²⁹ blijkt dat het voorstel van de Commissie herhaaldelijk is besproken binnen de Groep intellectuele eigendom (auteursrecht) en dat het voorzitterschap vervolgens een compromisvoorstel heeft geformuleerd dat de basis vormde voor het bestreden besluit. Gedurende dat proces is een formele verklaring van de Commissie opgenomen in de notulen van de Raad, blijkens welke de Commissie van mening is dat het sluiten van het verdrag een exclusieve bevoegdheid is en dat het bestreden besluit, dat zij karakteriseert als een „hybride handeling”, inbreuk maakt op artikel 218, leden 2 en 3, VWEU.

41. De Raad en de vertegenwoordigers van de lidstaten in het kader van de Raad bijeen, hebben het bestreden besluit vastgesteld op 19 december 2011. Bij mijn weten zijn geen documenten beschikbaar waarin het stemproces is toegelicht. Op 21 december 2011 is het bestreden besluit aan de Commissie meegedeeld.

42. De tot de Commissie gerichte considerans van het bestreden besluit luidt als volgt:³⁰

„Gezien het [VWEU], en met name artikel 218, leden 3 en 4,

Gezien de aanbeveling van de Europese Commissie,

Overwegende hetgeen volgt:

- 1) De Commissie moet worden gemachtigd om namens de Unie deel te nemen aan de onderhandelingen over [het verdrag] voor aangelegenheden die onder de bevoegdheid van de Unie vallen en ten aanzien waarvan de Unie regels heeft vastgesteld.
- 2) De lidstaten moeten in eigen naam aan die onderhandelingen deelnemen, enkel voor zover het gaat om zaken die zich in de loop van de onderhandelingen voordoen en die onder hun bevoegdheid vallen. Teneinde de eenheid in de externe vertegenwoordiging van de Unie te verzekeren, moeten de lidstaten en de Commissie tijdens de onderhandelingen nauw samenwerken,

[...]”

43. Artikel 1 van dit besluit bepaalt:

„1. De Commissie wordt gemachtigd deel te nemen aan de onderhandelingen over [het verdrag] en deze onderhandelingen te voeren in naam van de Unie voor aangelegenheden die onder de bevoegdheid van de Unie vallen en ten aanzien waarvan de Unie regels heeft vastgesteld, in overleg met de Groep intellectuele eigendom (auteursrecht) (de ‚ad-hoccommissie’).

2. De Commissie voert de betreffende onderhandelingen in overeenstemming met de onderhandelingsrichtsnoeren in de bijlage bij dit besluit en/of de overeengekomen standpunten van de Unie die binnen de ad-hoccommissie specifiek in het kader van deze onderhandelingen worden vastgesteld.

29 — Zie hierna, punt 48.

30 — Artikel 2 van het bestreden besluit.

3. Wanneer het onderwerp van de onderhandelingen onder de bevoegdheid van de lidstaten valt, zal het voorzitterschap ten volle aan de onderhandelingen deelnemen en deze namens de lidstaten voeren op basis van een vooraf overeengekomen gemeenschappelijk standpunt. Wanneer een overeengekomen gemeenschappelijk standpunt niet haalbaar is, kunnen de lidstaten zich afzonderlijk over de betrokken kwestie uitspreken en daarover stemmen, onverminderd het bepaalde in lid 4.

4. De Commissie en de lidstaten werken tijdens de onderhandelingen nauw samen met het oog op de eenheid in de internationale vertegenwoordiging van de Unie en haar lidstaten.

5. De Commissie en/of het voorzitterschap zorgen ervoor dat de documenten met betrekking tot de onderhandelingen tijdig aan de lidstaten worden doorgegeven. Zij rapporteren op open en transparante wijze aan de Raad en/of de ad-hoccommissie de uitkomst van de onderhandelingen voor en na elke onderhandelingsronde, alsook eventuele problemen die zich tijdens de onderhandelingen voordoen.”

44. In de bijlage bij het bestreden besluit zijn de onderhandelingsrichtsnoeren opgenomen. Deze bepalen:

- „1. De Commissie verzekert dat het door de Raad van Europa voorgestelde ontwerpverdrag voor de bescherming van de rechten van omroeporganisaties de nodige bepalingen bevat die de Europese Unie in staat stellen partij bij het verdrag te worden.
2. De Commissie zal de onderhandelingen voeren op een wijze die verzekert dat de voorgenomen bepalingen verenigbaar zijn met richtlijn 2006/115/EG [...] richtlijn 2006/116/EG [...] richtlijn 93/83/EEG [...] en richtlijn 2001/29/EG [...] alsook met de door de Unie en haar lidstaten aangegane verplichtingen in het kader van de TRIPS-overeenkomst [...] onder auspiciën van de WTO.
3. Deze onderhandelingsrichtsnoeren kunnen worden aangepast, al naargelang de in de loop van de onderhandelingen geboekte vooruitgang.”

Beroep en procedure

45. De Commissie voert in haar beroep tot nietigverklaring van het bestreden besluit vier middelen aan.

46. Het eerste middel van de Commissie betreft de bevoegdheid. De Commissie stelt dat de Raad de artikelen 2, lid 2, VWEU en 3, lid 2, VWEU heeft geschonden door te oordelen dat de door het verdrag te regelen materie onder een gedeelde bevoegdheid valt, en door de lidstaten of een andere instelling dan de Commissie te machtigen om onderhandelingen te voeren op een gebied dat onder de exclusieve bevoegdheid van de Europese Unie valt.

47. De overige drie middelen betreffen de procedures die bij de vaststelling van het bestreden besluit zijn gevolgd. De Commissie stelt dat met name sprake is van schending van:

- de procedure en de voorwaarden voor het verlenen van machtiging voor onderhandelingen over internationale overeenkomsten door de Europese Unie;
- de stemprocedure binnen de Raad (artikelen 16, lid 3, VEU en artikel 218, lid 8, VWEU); en tevens
- de doelstellingen van de Verdragen en het beginsel van loyale samenwerking (artikel 13 VEU).

48. De Raad, het Parlement en de Commissie, alsook de Tsjechische, de Duitse, de Nederlandse, de Poolse en de Britse regering hebben schriftelijke opmerkingen ingediend. In antwoord op een verzoek van het Hof krachtens artikel 62, lid 1, van zijn Reglement voor de procesvoering heeft de Raad op 25 juli 2013 documenten overgelegd met betrekking tot de procedure die tot de vaststelling van het bestreden besluit heeft geleid.

49. Ter terechtzitting van 24 september 2013 hebben alle partijen die schriftelijke opmerkingen hebben ingediend mondeling hun standpunt toegelicht, met uitzondering van de Nederlandse regering.

Omvang van de toetsing van het bestreden besluit door het Hof

50. De Raad heeft weliswaar geen formele exceptie van niet-ontvankelijkheid opgeworpen, maar stelt dat het Hof niet krachtens artikel 263 VWEU bevoegd is om een oordeel te vellen over besluiten die de lidstaten vaststellen met betrekking tot zaken die onder hun bevoegdheid vallen. Het Hof kan het bestreden besluit dan ook niet toetsen voor zover het een besluit is van de vertegenwoordigers van de lidstaten die *niet* handelen in hun hoedanigheid van leden van de Raad. De Duitse en de Nederlandse regering ondersteunen de Raad in wezen.

51. De Commissie en het Parlement stellen dat het bestreden besluit de Europese Unie machtigt onderhandelingen over een internationale overeenkomst te openen. Het besluit is dus genomen in de uitoefening van de bevoegdheden van de Raad en daarmee vatbaar voor toetsing door het Hof. Hoewel de Commissie erkent dat de onderhandelingsrichtsnoeren of het door de ad-hoccommissie (waarvan de instelling in het bestreden besluit is voorzien) ingenomen standpunt niet bindend zijn, betoogt zij dat het bestreden besluit als rechtsgevolg heeft dat het de machtiging om te onderhandelen beperkt tot de gebieden „ten aanzien waarvan de Unie regels heeft vastgesteld”.

52. Ik kan het argument van de Raad niet aanvaarden.

53. Volgens artikel 263, eerste alinea, VWEU is het Hof bevoegd de wettigheid te toetsen van de handelingen van de Raad die beogen rechtsgevolgen ten aanzien van derden te hebben. Noch de aard, noch de vorm van de handeling is in dat verband van belang.³¹ De toetsing kan zowel de inhoud van de handeling betreffen, als de procedurele voorschriften die bij de vaststelling ervan zijn gevolgd.

54. Het besluit is één enkele handeling van de Raad, vastgesteld op de grondslag van artikel 218, leden 3 en 4, VWEU, houdende machtiging van de Commissie om over het verdrag te onderhandelen in overeenstemming met de daarin neergelegde bevoegdheidsverdeling en onderhandelingsrichtsnoeren. Het heeft dus rechtsgevolgen.³²

55. Het Hof is krachtens artikel 263 VWEU bevoegd om het bestreden besluit te toetsen, inclusief het aspect dat het intergouvernementeel handelen van de lidstaten betreft. Het Hof neemt daarmee geen standpunt in over dat intergouvernementeel handelen van de lidstaten als zodanig – dat zou buiten zijn bevoegdheid vallen.³³ De toetsing van het Hof beperkt zich uitsluitend tot de Raad en met name de vraag of de Raad krachtens de Verdragen bevoegd was om in een dergelijk besluit ook intergouvernementeel handelen te betrekken.

31 — Zie bijvoorbeeld arresten van 30 juni 1993, Parlement/Raad en Commissie (C-181/91 en C-248/91, Jurispr. blz. I-3685, punt 13 en de daarin aangehaalde rechtspraak), en 13 juli 2004, Commissie/Raad (C-27/04, Jurispr. blz. I-6649, punt 44 en de daarin aangehaalde rechtspraak).

32 — In dit verband moet het rechtsgevolg van de onderhandelingsrichtsnoeren worden onderscheiden van het formele instrument dat een juridisch bindende handeling bevat die voorwerp is van het beroep tot nietigverklaring en waaraan de vier middelen van de Commissie zijn ontleend. Zou dus het bestreden besluit nietig worden verklaard op grond van een of al die middelen, dan zou dat tevens gevolgen hebben voor de onderhandelingsrichtsnoeren, omdat deze geen enkel effect kunnen sorteren met betrekking tot onderhandelingen waarvan het voorwerp niet onder de bevoegdheid van de Europese Unie valt en/of waarvoor geen juiste machtiging bestaat. Met andere woorden, zij kunnen geen effect sorteren (ongeacht de vraag of zij en zo ja, waarom zij precies in beginsel bindend zijn) zolang de Commissie niet naar behoren is gemachtigd om aan de onderhandelingen deel te nemen.

33 — Arrest Parlement/Raad en Commissie, aangehaald in voetnoot 31, punt 12.

56. In feite is de voorliggende vraag niet of het bestreden besluit *ofwel* een handeling van de Raad is *dan wel* een intergouvernamenteel besluit.³⁴ De vraag waar het om gaat is of een voor toetsing door het Hof vatbaar besluit in de zin van artikel 218, leden 3 en 4, VWEU, beide kan zijn. Het antwoord hangt in essentie af van de gegrondheid van het tweede en het derde middel van de Commissie, die de wettigheid van een hybride handeling betreffen. Het samenvoegen van de inhoud van een intergouvernamenteel besluit met die van een besluit van de Unie kan echter in geen geval dienen als instrument om de voorwaarden van het Unierecht te omzeilen en dat besluit buiten de toetsingsbevoegdheid van het Hof te brengen.³⁵

Volgorde van de bespreking van de middelen

57. De Commissie heeft het tweede tot en met vierde middel betreffende de wettigheid van een hybride handeling geformuleerd als subsidiaire gronden voor nietigverklaring, maar stelt dat deze middelen ter zake dienend zijn, ongeacht of het Hof van oordeel is dat de Europese Unie exclusieve bevoegdheid heeft om over het verdrag te onderhandelen.

58. Indien de in het tweede tot en met vierde middel aangehaalde verdragsbepalingen geen ruimte bieden voor de vaststelling door de Raad van een hybride handeling als het bestreden besluit, is het formeel bezien niet meer noodzakelijk de inhoud ervan te beoordelen. Dat gezegd zijnde, is evident dat de bevoegdheidskwestie van groot belang is voor zowel partijen als interveniënten: zij hebben immers allen in hun opmerkingen met name de aandacht op het eerste middel gericht. Ik zal daarom de middelen van de Commissie bespreken in de volgorde waarin zij zijn aangevoerd.

Eerste middel: bevoegdheid

Argumenten

59. Het eerste middel van de Commissie betreft schending van de artikelen 2, lid 2, VWEU en 3, lid 2, VWEU doordat de Raad heeft geoordeeld dat de materie waarover in de Raad van Europa moet worden onderhandeld, onder een gedeelde bevoegdheid valt en hij de lidstaten of een instelling (niet zijnde de Raad) heeft gemachtigd om onderhandelingen over een internationale overeenkomst te openen, terwijl de materie in werkelijkheid onder de exclusieve bevoegdheid van de Europese Unie valt. Het eerste middel komt in wezen erop neer dat de Raad de lidstaten geen onderhandelingsbevoegdheid had mogen toekennen.

60. De Commissie, ondersteund door het Parlement, stelt dat de Europese Unie exclusieve externe bevoegdheid heeft voor het onderhandelen over en sluiten van internationale overeenkomsten op een gebied dat grotendeels is geregeld in regels van Unierecht die meer omvatten dan minimumvereisten. Zij verwijst in dit verband naar het arrest van het Hof in de zaak AETR.³⁶

34 — Om die vraag ging het in de zaak Parlement/Raad en Commissie, aangehaald in voetnoot 31. In punt 14 van dat arrest stelde het Hof vast dat de aanduiding van de handeling niet relevant is en dat de kwestie van de rechtsbevoegdheid moet worden beslist aan de hand van de vaststelling „of de betrokken handeling, gelet op haar inhoud en op alle omstandigheden waarin zij is genomen, niet in werkelijkheid een besluit van de Raad is”.

35 — Dit is precies wat het Hof heeft opgemerkt in het arrest Parlement/Raad en Commissie, aangehaald in voetnoot 31, ten aanzien van een besluit dat door de lidstaten was genomen maar in de Raad was vastgesteld (zie punt 12). Het loutere feit dat een besluit wordt bestempeld als een besluit van de lidstaten in het kader van de Raad bijeen (of een met soortgelijke termen aangeduid besluit is) volstaat niet voor afwijzing van de bevoegdheid (punt 14). Zie ook, in een enigszins afwijkende context, arrest van 12 mei 1998, Commissie/Raad (C-170/96, Jurispr. blz. I-2763, punten 12-18).

36 — Arrest van 31 maart 1971, Commissie/Raad (European Agreement on Road Transport, „AETR”, 22/70, Jurispr. blz. 263).

61. Zelfs indien het definitieve verdrag verder zou gaan dan het acquis van de Unie, kan niettemin elk punt waarover onderhandeld moet worden gevolgen hebben voor de reikwijdte van het acquis of dit wijzigen, aldus de Commissie. De Europese Unie heeft haar bevoegdheid uitgeoefend om de rechten van omroeporganisaties te harmoniseren, en moet daarom in dit geval ook alleen handelen. Het feit dat de lidstaten op grond van die harmoniserende regels nog enige bevoegdheid behouden om beperkingen in het leven te roepen of voor een hoger niveau van bescherming te kiezen, doet niet af aan het exclusieve karakter van die bevoegdheid nu met name gemeenschappelijke regels bestaan met betrekking tot de rechten van vastlegging, reproductie, doorgifte, mededeling aan het publiek, beschikbaarstelling aan het publiek en distributie.

62. De Commissie, ondersteund door het Parlement, verwerpt de gedachte dat het Verdrag van Lissabon de omvang van de externe bevoegdheid van de Europese Unie heeft beperkt. Artikel 2, lid 2, VWEU en protocol nr. 25 hebben de AETR-rechtspraak niet opzijgezet. Indien de auteurs van de Verdragen de externe bevoegdheid van de Europese Unie hadden willen begrenzen en wijziging hadden willen brengen in 40-jaar oude rechtspraak, zouden zij die intentie wel duidelijk hebben gemaakt.

63. Indien een bevoegdheid exclusief is in de zin van artikel 3, lid 2, VWEU, kan artikel 2, lid 2, VWEU per definitie niet van toepassing zijn. Het feit dat de interne markt een gedeelde bevoegdheid is, betekent niet dat de externe bevoegdheid om een internationale overeenkomst inzake intellectuele eigendom te sluiten eveneens een gedeelde is. Vaststaat dat artikel 2, lid 2, VWEU van toepassing kan zijn op internationale overeenkomsten: de Europese Unie kan dus besluiten nieuwe gemeenschappelijke regels vast te stellen in de vorm van een internationale overeenkomst, die vervolgens ook voor de lidstaten bindend is. Ook in het geval dat het Hof zou oordelen dat de bevoegdheid niet exclusief is, kan de Europese Unie nog steeds alleen over het verdrag onderhandelen en dit sluiten, omdat de uitoefening van een gedeelde bevoegdheid niet is gebaseerd op de voorafgaande vaststelling van gemeenschappelijke regels.

64. Wat de methodologie aangaat, pleit de Commissie tegen een benadering waarbij elke bestaande bepaling van Unierecht wordt vergeleken met een mogelijke bepaling in een toekomstige internationale overeenkomst. Het Unierecht moet juist worden benaderd als een uniform en evenwichtige geheel van wetgeving. De Commissie biedt daarom zowel een globale analyse als een analyse „per onderwerp” – ook al hoeft, aldus de Commissie, niet te worden aangetoond dat elk individueel bij de onderhandelingen te bespreken onderwerp gevolgen heeft voor de goede werking van de interne markt (de grondslag voor de vaststelling van de relevante EU-richtlijnen). In het kader van die globale analyse verwijst de Commissie naar de vaststelling van het Hof dat het voorwerp van de Berner Conventie grotendeels in het Unierecht is geregeld.³⁷ Uit advies 1/03 blijkt dat het feit dat de lidstaten nog enige handelingsvrijheid hebben op zichzelf niet betekent dat een bevoegdheid daardoor niet-exclusief wordt; het Hof moet in dat geval onderzoeken of die vrijheid de draagwijdte van het Unierecht aantast of wijzigt.³⁸ Het Hof heeft aanvaard dat een bevoegdheid niet haar exclusieve karakter verliest doordat geen volledige harmonisatie heeft plaatsgevonden. In dat verband is in casu voldaan aan de in advies 2/91 gestelde voorwaarden: de materie is grotendeels geregeld in het Unierecht, dat niet slechts minimumvoorwaarden stelt.³⁹

65. De Commissie vergelijkt het voorliggende geval met zaak C-45/07 Commissie/Griekenland, waarin het ging om een verordening waarbij twee internationale instrumenten in het Unierecht werden opgenomen. In het licht van de AETR-rechtspraak oordeelde het Hof dat een lidstaat niet een proces in gang kan zetten dat tot wijziging van die instrumenten zou kunnen leiden.⁴⁰

37 — Zie arrest van 19 maart 2002, Commissie/Ierland (C-13/00, Jurispr. blz. I-2943, punt 17).

38 — Advies van 7 februari 2006 (Jurispr. blz. I-1145, punten 148-151).

39 — Advies van 19 maart 1993 (Jurispr. blz. I-1061, punten 22-26).

40 — Arrest van 12 februari 2009 (Jurispr. blz. I-701, punten 21 en 22).

66. Ten aanzien van de inhoud van het verdrag stelt de Commissie dat de definitie van een uitzending en de omschrijving van de gerechtigden tot bescherming (waaronder eventueel ook webcasters en simulcasters) rechtstreeks van invloed is op het acquis van de Unie. Op dit moment beschermen richtlijn 2006/115 en richtlijn 2001/29 omroeporganisaties die hun signalen via de kabel of via de ether uitzenden (deze categorie omvat omroeporganisaties die hun signalen via zendmasten of satelliet doorgeven), terwijl richtlijn 93/83 kabelmaatschappijen niet als een afzonderlijke categorie van rechthebbenden erkent.

67. Met betrekking tot de uit hoofde van het Unierecht beschermde rechten stelt de Commissie:

- voorstellen die tevens de doorgifte van uitzendingen via de kabel (met inbegrip van internet) en de doorgifte op een later tijdstip beschermen, hebben gevolgen voor en wijzigen de strekking van het *recht van doorgifte* in de zin van het Unierecht, en
- het voorstel om de reikwijdte van het *recht van mededeling aan het publiek* te verruimen, zodat het ook van toepassing wordt op andere plaatsen dan die welke voor het publiek toegankelijk zijn tegen betaling van een toegangsprijs, heeft gevolgen voor het meer beperkte recht van mededeling aan het publiek in de zin van het Unierecht, alsook voor de rechten van andere rechthebbenden waar dat begrip wordt gebruikt.

68. De Commissie erkent dat het Unierecht geen bescherming biedt aan *pre-broadcast programmadragende signalen*, omdat deze als zodanig geen uitzendings- of transmissiehandeling vormen. Voorstellen die tot bescherming van deze signalen strekken, ongeacht of dit door toekenning van een afzonderlijk recht, een ruime definitie van „uitzending” of het recht op passende rechtsbescherming gebeurt, zijn volgens haar echter onlosmakelijk verbonden met het bestaande Unierecht, omdat zij van toepassing zouden zijn op dezelfde materie, die reeds is beschermd, zij het in een eerder transmissiestadium. Een dergelijke bescherming moet bovendien worden gezien in het licht van richtlijn 93/83, die regels geeft voor per satelliet uitgezonden programmadragende signalen.

69. Voorts is de *beschermingstermijn* volgens de Commissie geharmoniseerd en regelt het Unierecht de *bescherming tegen het onwerkzaam maken van doeltreffende technische voorzieningen* en de bescherming tegen het ongeoorloofd verwijderen of wijzigen van *informatie over het beheer van rechten*.

70. Ten slotte, het Hof heeft begrippen als de term „publiek” in „mededeling aan het publiek” op uniforme wijze uitgelegd en (voor zover mogelijk) in het licht van het internationale recht, en heeft getracht de beginselen of begrippen uit één richtlijn inzake intellectuele eigendom, ondanks het ontbreken van specifieke harmonisatie, toe te passen op andere richtlijnen. De wijziging van één richtlijn kan dus gevolgen hebben voor het geheel van wetgeving dat met betrekking tot elke categorie van rechthebbenden moet worden uitgelegd en toegepast.

71. Volgens de Raad, ondersteund door de interveniërende lidstaten, blijkt uit lezing van artikel 3, lid 2, VWEU tezamen met artikel 2, lid 2, VWEU en protocol nr. 25, dat de exclusieve externe bevoegdheid van de Europese Unie zich beperkt tot die elementen van een internationale overeenkomst die onder de betreffende handelingen van de Unie vallen. Met andere woorden, artikel 3, lid 2, VWEU moet niet worden gelezen als een codificatie van het criterium „een gebied dat

reeds grotendeels door regels van Unierecht wordt bestreken” in advies 1/03⁴¹. Subsidiair stelt de Raad dat, zelfs al zou het op die manier worden gelezen, onderscheid moet worden gemaakt tussen rechtspraak als advies 2/91⁴², arrest C-467/98, Commissie/Denemarken⁴³, en advies 1/03⁴⁴ enerzijds en het onderhavige geval anderzijds.

72. Ondanks dat voor veel onderwerpen die mogelijk onder het verdrag gaan vallen al regels van Unierecht gelden, en deze derhalve tot de exclusieve bevoegdheid van de Europese Unie behoren, heeft de Unie geen exclusieve bevoegdheid om over het gehele verdrag te onderhandelen.

73. De Raad is het er niet mee eens dat de bescherming van de rechten van omroeporganisaties gevolgen zal hebben voor het algemene evenwicht van de bescherming van het auteursrecht en de naburige rechten en de uitoefening ervan, omdat eerstgenoemde rechten ten opzichte van de laatstgenoemde onafhankelijk zijn en op zichzelf staan. Dit blijkt onder meer uit het arrest in de zaak SCF⁴⁵, waarin het Hof het begrip „mededeling aan het publiek” in artikel 3, lid 1, van richtlijn 2001/29 en in artikel 8, lid 2, van richtlijn 92/100 (zoals gecodificeerd in richtlijn 2006/115) verschillend heeft uitgelegd. Bovendien ligt het voor de hand dat in het verdrag het gebruikelijke beginsel wordt opgenomen dat de door het verdrag geboden bescherming de bescherming van het auteursrecht op werken van letterkunde en kunst onverlet laat en daarop op generlei wijze van invloed is.

74. De Raad identificeert vervolgens drie aspecten van de bescherming van de rechten van omroeporganisaties die bij de onderhandelingen aan bod zullen komen en die nog niet zijn geharmoniseerd. De onderhandelingen door de lidstaten over internationale verbintenissen met betrekking tot die aspecten en het aangaan van die verbintenissen heeft dus geen gevolgen voor en leidt niet tot wijziging van de strekking van de regels van Unierecht.

75. In de eerste plaats staat het de lidstaten vrij al dan niet te voorzien in een *uitsluitend recht om de mededeling aan het publiek toe te staan of te verbieden, indien geen sprake is van een toegangsprijs*: artikel 8, lid 3, van richtlijn 2006/115 regelt slechts de mededeling aan het publiek wanneer sprake is van een toegangsprijs.

76. In de tweede plaats is geen enkele bepaling van Unierecht (met inbegrip van artikel 6 van richtlijn 2001/29) gericht op de bescherming van de *transmissie van het pre-broadcast programmadragende signaal* voorafgaand aan de uitzending ervan aan het publiek. Hoewel de inhoud van het signaal auteursrechtelijke bescherming kan genieten, zijn het voorwerp en de begunstigden van dat recht niet dezelfde als in het geval van uitzending.

77. In de derde plaats zijn er volgens de Raad weliswaar regels van Unierecht ter zake van de *handhaving*, maar staan die regels niet eraan in de weg dat de lidstaten voorzieningen treffen die voor de rechthebbenden gunstiger zijn dan die welke in richtlijn 2004/48 zijn voorzien. Het gaat bij die regels evenmin om strafrechtelijke sancties en zij bevatten geen aan artikel 83, lid 2, VWEU ontleend minimumvoorschrift. De Raad erkent dat ten tijde van de vaststelling van het bestreden besluit de inhoud van het verdrag niet voldoende nauwkeurig was om de precieze draagwijdte, aard en inhoud van de bepalingen inzake handhaving te kunnen bepalen.

78. De Poolse regering merkt nog op dat het verdrag mogelijkwijs een ruimere definitie van het begrip uitzending zal geven en, zoals de regering van het Verenigd Koninkrijk ook stelt, dat het Unierecht niet in een recht van doorgifte via de kabel voorziet.

41 — Aangehaald in voetnoot 38.

42 — Aangehaald in voetnoot 39.

43 — Arrest van 5 november 2002 (Jurispr. blz. I-9519; dit is een van de zogeheten „open sky”-arresten).

44 — Aangehaald in voetnoot 38.

45 — Arrest van 15 maart 2012, SCF Consorzio Fonografici (C-135/10, punten 75 en 76; hierna: „arrest SCF”).

79. De Raad, ondersteund door de Nederlandse, de Poolse en de Britse regering, heeft voorts bezwaar tegen de stelling van de Commissie dat het Hof moet kiezen voor een algemene beoordeling, zonder te kijken naar individuele bepalingen (zoals de bepalingen die betrekking hebben op de drie aspecten die volgens de Raad tot de bevoegdheid van de lidstaten behoren). De Raad merkt in dit verband op dat er geen grond is voor de stelling dat alle rechthebbenden gelijke rechten moeten hebben. Alle rechten en verplichtingen moeten worden uitgelegd in het licht van hun context en doel. Het feit dat een begrip in een bepaalde richtlijn betreffende intellectuele eigendom mogelijk moet worden uitgelegd in het licht van de in andere richtlijnen inzake intellectuele eigendom neergelegde regels en beginselen⁴⁶, wil nog niet zeggen dat het een noodzakelijkerwijs gevolgen heeft voor het ander.

80. De Raad erkent ten slotte dat, mocht het uiteindelijk te sluiten verdrag geen materie bestrijken die onder de bevoegdheid van de lidstaten valt, slechts de Europese Unie bij dat verdrag partij zou zijn.

Beoordeling

Betekenis van de uitdrukking „indien die sluiting gevolgen kan hebben voor gemeenschappelijke regels of de strekking daarvan kan wijzigen” in artikel 3, lid 2, VWEU

81. Alle partijen zijn het erover eens dat de Europese Unie extern bevoegd is om over een internationale overeenkomst inzake de rechten van omroeporganisaties te onderhandelen. Het punt van geschil is of die bevoegdheid een exclusieve is, dan wel een met de lidstaten gedeelde.

82. Vaststaat eveneens dat de Verdragen niet uitdrukkelijk voorzien in een exclusieve bevoegdheid ten aanzien van de bescherming van de rechten van omroeporganisaties, dat de sluiting van het verdrag niet noodzakelijk is voor de uitoefening van de interne bevoegdheid van de Europese Unie op het door het voorgenomen verdrag te bestrijken gebied en dat, in beginsel, die interne bevoegdheid een gedeelde is. Of de externe bevoegdheid exclusief is, hangt af van de vraag of de sluiting van het verdrag gevolgen heeft voor gemeenschappelijke regels of de strekking van die regels wijzigt als bedoeld in artikel 3, lid 2, VWEU.

83. Partijen geven evenwel een verschillende uitleg aan artikel 3, lid 2, VWEU en een verschillend antwoord op de vraag wanneer de Europese Unie exclusief bevoegd is om over een internationale overeenkomst in zijn geheel te onderhandelen wanneer regels van Unierecht een deel van het onder de voorgenomen overeenkomst vallende gebied bestrijken. De Commissie stelt dat sprake is van een exclusieve bevoegdheid wanneer het gebied grotendeels door regels van Unierecht wordt bestreken. De Raad pleit voor een meer strikte benadering, volgens welke geen exclusieve bevoegdheid kan bestaan met betrekking tot gebieden waarop de Europese Unie niet heeft gehandeld.⁴⁷

84. De vraag waar het om gaat, is in de opmerkingen van partijen gedeut als de vraag of artikel 3, lid 2, VWEU de AETR-rechtspraak codificeert. Wat dat aangaat, is dit niet de eerste zaak waarin het standpunt van de Raad op de verhouding tussen artikel 3, lid 2, VWEU en de rechtspraak in de zaak AETR voor het Hof ter discussie wordt gesteld. In zaak C-137/12, Commissie/Raad, viel de betreffende bevoegdheid onder het toepassingsgebied van de gemeenschappelijke handelspolitiek en

46 — Arrest van 13 oktober 2011, *Airfield en Canal Digitaal* (C-431/09 en C-432/09, Jurispr. blz. I-9363, punt 44).

47 — Geen van de partijen heeft overigens betoogd dat (een deel of delen van) het verdrag onder de exclusieve externe bevoegdheid van de Europese Unie valt op grond dat – rekening houdend met het feit dat de materiële normen voor de bescherming van intellectuele eigendomsrechten gelijk kunnen zijn ongeacht de aard van de internationale overeenkomst waarin zij zijn neergelegd – exclusieve rechten van omroeporganisaties en voorwaarden, uitzonderingen, beperkingen en voorbehouden met betrekking tot die rechten worden bestreken door de TRIPs-overeenkomst (met name artikel 14), en dat na de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon de Europese Unie nu exclusief bevoegd is ten aanzien van de gemeenschappelijke handelspolitiek die, in overeenstemming met artikel 207, lid 1, VWEU „[...] wordt gegrond op eenvormige beginselen, met name aangaande [...] de handelsaspecten van intellectuele eigendom [...]”. Zie met betrekking tot de betekenis van de „handelsaspecten van intellectuele eigendom” arrest van 18 juli 2013, *Daiichi Sankyo en Sanofi-Aventis Deutschland* (C-414/11, punten 49-61).

was er dus geen noodzaak om op artikel 3, lid 2, VWEU in te gaan.⁴⁸ Die kwestie is niettemin door advocaat-generaal Kokott in haar conclusie in die zaak besproken. Zij concludeerde dat in het laatste deel van artikel 3, lid 2, VWEU de AETR-doctrine is gecodificeerd en dat er geen bewijs is voor het argument van de Raad dat de auteurs van het Verdrag van Lissabon iets anders op het oog hadden. Evenmin was zij ervan overtuigd dat protocol nr. 25 zo kan worden gelezen, dat het de bevoegdheid van de Europese Unie in de zin van artikel 3, lid 2, VWEU beperkt.⁴⁹

85. Ik betwijfel of het zinvol is de hier aan de orde zijnde kwestie te vatten in de vraag of artikel 3, lid 2, VWEU de AETR-doctrine codificeert, temeer omdat er geen consensus is over de (precieze) teneur van die rechtspraak. Van belang is de betekenis van de zinsnede „indien die sluiting gevolgen kan hebben voor gemeenschappelijke regels of de strekking daarvan kan wijzigen” in artikel 3, lid 2, VWEU. De daar gebruikte bewoordingen moeten worden gelezen in samenhang met de context die in andere delen van de Verdragen te vinden is, en rekening houdend met de ontstaansgeschiedenis waarvan de rechtspraak van het Hof uiteraard deel uitmaakt.

86. Ik begin met de formulering van het VWEU.

87. In het VWEU is twee maal de zinsnede „gevolgen [...] hebben voor gemeenschappelijke regels of de strekking daarvan [...] wijzigen” gebruikt. Deze passage zien we niet alleen in artikel 3, lid 2, VWEU, maar ook in artikel 216, lid 1, VWEU, waarin de gronden voor de bevoegdheid van de Europese Unie om een internationale overeenkomst te sluiten worden beschreven zonder onderscheid te maken tussen een exclusieve en een gedeelde bevoegdheid.

88. Alhoewel tussen de twee bepalingen overeenkomsten bestaan, zijn er ook verschillen in de bewoording. In veel, maar niet alle taalversies lijken die verschillen erop te wijzen dat exclusieve bevoegdheid eenvoudiger kan worden ontleend aan artikel 3, lid 2, VWEU dan bevoegdheid aan artikel 216, lid 1, VWEU.⁵⁰ In de Engelse versie verwijst „may” in artikel 3, lid 2, VWEU naar louter een mogelijkheid, terwijl „is likely to” in artikel 216, lid 1, VWEU een mate van waarschijnlijkheid impliceert. Dat onderscheid kan evenwel niet correct zijn. Indien in artikel 3, lid 2, VWEU sprake is van *exclusieve* externe bevoegdheid, kan externe bevoegdheid *per se* onmogelijk zijn uitgesloten in artikel 216, lid 1, VWEU. Plus, indien het juist is dat de analyse in overeenstemming met artikel 216, lid 1, („is sprake van bevoegdheid?”) voorafgaat aan het onderzoek van de aard van de bevoegdheid („is de bevoegdheid exclusief?”), houdt het bewijs dat het sluiten van de internationale overeenkomst gevolgen kan hebben voor gemeenschappelijke regels of de strekking daarvan kan wijzigen automatisch in dat de bevoegdheid exclusief is en kan onmogelijk sprake zijn van een gedeelde externe bevoegdheid.

89. Ik lees de laatste volzin van artikel 3, lid 2, VWEU aldus, dat deze impliceert dat op het door de internationale overeenkomst bestreken gebied al regels van Unierecht moeten bestaan. Indien dergelijke regels ontbreken, is moeilijk voorstelbaar hoe het sluiten van zo'n overeenkomst gevolgen voor die regels kan hebben of de strekking ervan kan wijzigen. Daaruit blijkt dat de analyse altijd het onderzoek moet inhouden van (achtereenvolgens): i) de strekking en inhoud van de voorgenomen internationale overeenkomst; ii) of de Europese Unie al een interne bevoegdheid heeft uitgeoefend en, zo ja, de strekking en inhoud van het Unierecht; en iii) of de sluiting van die internationale overeenkomst gevolgen kan hebben voor de regels van Unierecht of de strekking ervan kan wijzigen. Deze laatste mogelijkheid kan zich om verschillende redenen voordoen en zal in sommige omstandigheden meer voor de hand liggen dan in andere.

48 — Arrest van 22 oktober 2013 (punt 77).

49 — Punten 111-117 van de conclusie van advocaat-generaal Kokott in zaak C-137/12, aangehaald in voetnoot 48.

50 — Een opmerkelijke uitzondering is de Franse versie van de artikelen 3, lid 2, en 216, lid 1, VWEU, waarin in beide bepalingen een identieke formulering is gebruikt: „est susceptible d'affecter des règles communes ou d'en altérer la portée”.

90. Het is waarschijnlijk van weinig belang dat in artikel 3, lid 2, VWEU niet uitdrukkelijk is gesteld of het de sluiting van een internationale overeenkomst „door de Europese Unie” dan wel „door de lidstaten” is waarvan moet worden vastgesteld dat deze „gevolgen kan hebben voor gemeenschappelijke regels of de strekking daarvan kan wijzigen”. Het is de inhoud van de internationale overeenkomst en niet de identiteit van de contractspartij(en) die gevolgen zal hebben voor gemeenschappelijke regels of de strekking daarvan zal wijzigen. Indien men ervan uitgaat dat de bevoegdheid een gedeelde is, richt de aandacht zich vervolgens logischerwijs op wat er zou gebeuren wanneer de lidstaten een internationale overeenkomst sluiten op een gebied waarop al regels van Unierecht bestaan. Het gebruik van de woorden „in so far as” (indien) maakt duidelijk dat op grond hiervan delen van een internationale overeenkomst binnen de exclusieve bevoegdheid van de Europese Unie kunnen vallen, terwijl met betrekking tot andere delen de bevoegdheid nog steeds een gedeelde kan zijn.

91. Uit het gebruik van de zinsnede „shall also have exclusive competence” (is tevens exclusief bevoegd) blijkt bovendien dat naast de in artikel 3, lid 1, genoemde gronden de opsomming van (ruim gedefinieerde) gronden in artikel 3, lid 2, uitputtend is.

92. Dan kom ik nu toe aan de context van artikel 3, lid 2, VWEU en de werking van met name artikel 2, lid 2, VWEU en protocol nr. 25.

93. Naar mijn mening beperkt noch protocol nr. 25 noch artikel 2, lid 2, VWEU als zodanig de strekking van artikel 3, lid 2, VWEU. Beide betreffen gedeelde bevoegdheden. De eerste volzin van artikel 2, lid 2, bepaalt de gevolgen van de definitie van een bevoegdheid als gedeeld. De tweede en de derde volzin betreffen de situatie waarin een bevoegdheid van de Unie naast die van de lidstaten bestaat. Uit een gecombineerde lezing van de tweede volzin met protocol nr. 25 (dat slechts naar artikel 2, lid 2, verwijst) volgt dat de lidstaten, indien de Unie die bevoegdheid op een bepaald gebied heeft uitgeoefend, met betrekking tot de door de betrokken handeling van de Europese Unie geregelde materie hun bevoegdheid niet meer kunnen uitoefenen. Zij kunnen wel nog steeds de vrijheid hebben om op andere gebieden op te treden. Indien de Europese Unie haar bevoegdheid niet heeft uitgeoefend, kunnen de lidstaten optreden voor zover de Europese Unie dat niet heeft gedaan. Ook her krijgen de lidstaten (hun oorspronkelijke) bevoegdheid om te handelen op een gebied waarop de Europese Unie haar bevoegdheid niet meer uitoefent.

94. Tot slot kom ik dan bij de ontstaansgeschiedenis van artikel 3, lid 2, VWEU.

95. De bewoording van de laatste volzin van artikel 3, lid 2, VWEU is duidelijk ontleend aan het arrest AETR. Het Hof formuleerde in dat arrest een criterium voor de vaststelling van het bestaan van externe bevoegdheid (thans voorwerp van artikel 216, lid 1, VWEU)⁵¹ en het exclusieve karakter van die bevoegdheid (thans voorwerp van artikel 3, lid 2, VWEU). Met betrekking tot dit laatste heeft het Hof geoordeeld dat telkens wanneer de Europese Unie voor de tenuitvoerlegging van een in de Verdragen voorzien gemeenschappelijk beleid in enigerlei vorm gemeenschappelijke regels vaststelt, de Unie exclusief bevoegd wordt⁵² en de lidstaten niet meer gerechtigd zijn om met derde landen

51 — De Europese Unie heeft dus externe bevoegdheid wanneer, ondanks het ontbreken van een uitdrukkelijke toedeling, de vaststelling van gemeenschappelijke regels noodzakelijkerwijs is ontleend aan de bevoegdheid van de Unie om internationale overeenkomsten te sluiten met betrekking tot het door die gemeenschappelijke regels geregelde onderwerp. In het arrest AETR waren die gemeenschappelijke regels ook van toepassing op internationaal vervoer vanuit of naar derde staten, voor het deel van het traject op communautair grondgebied (zie arrest AETR, aangehaald in voetnoot 36, punt 28). In het arrest van 14 juli 1976, Kramer e.a., werd een soortgelijk standpunt bevestigd in de context van de bevoegdheid voor de instandhouding van de natuurlijke rijkdommen van de zee (3/76, 4/76 en 6/76, Jurispr. blz. 1279, punten 30 en 33). Zie ook advies van 26 april 1977 (1/76, Jurispr. blz. 741, punt 3); advies 2/91, aangehaald in voetnoot 39, punt 7; advies van 28 maart 1996 (2/94, Jurispr. blz. I-1759, punt 26), en advies 1/03, aangehaald in voetnoot 38, punten 114 en 115.

52 — Arrest AETR, aangehaald in voetnoot 36, punten 17 en 18; zie bijvoorbeeld ook arrest Commissie/Denemarken, aangehaald in voetnoot 43, punt 77.

verbintenissen aan te gaan die „deze [gemeenschappelijke] regels aantasten”.⁵³ Ik zal hiernaar verwijzen als het „AETR-beginsel”. De ratio achter het AETR-beginsel was de noodzaak de eenheid van de gemeenschappelijke markt en de uniforme toepassing van het gemeenschapsrecht te beschermen.⁵⁴

96. Als de ontstaansgeschiedenis van artikel 3, lid 2, VWEU iets aantoonde, is het wel dat men niet de intentie had om van het AETR-beginsel af te wijken.⁵⁵ Ik ben het op dit punt eens met advocaat-generaal Kokott in haar conclusie in zaak C-137/12.⁵⁶

97. Het Hof dient zich dan ook te laten leiden door zijn eerdere rechtspraak op dit gebied, waaronder (vanzelfsprekend) het arrest AETR en een reeks andere arresten en adviezen krachtens het huidige artikel 218, lid 11, VWEU.

98. In die rechtspraak heeft het Hof de ratio achter het AETR-beginsel verder verduidelijkt. Zo is het beginsel van toepassing wanneer de sluiting van (delen van) de internationale overeenkomst door de lidstaten onverenigbaar is met de eenheid van de gemeenschappelijke markt en de uniforme toepassing van het Unierecht⁵⁷, of een goede werking van het bij de gemeenschapsregels ingestelde systeem zou ondermijnen⁵⁸, of wanneer, vanwege de aard van de bestaande EU-wetgeving, elke internationale overeenkomst de EU-voorschriften noodzakelijkerwijs zou aantasten.⁵⁹ Het Hof heeft bovendien in herinnering gebracht dat de lidstaten op grond van artikel 10 EG⁶⁰ (thans in artikel 4, lid 3, VEU uitgedrukt als het beginsel van loyale samenwerking) voor alle met de doelstellingen van het Verdrag samenhangende gebieden verplicht zijn zich te onthouden van alle maatregelen die de verwezenlijking van de doelstellingen van het Verdrag in gevaar kunnen brengen.⁶¹

99. Welke verduidelijkingen heeft het Hof met betrekking tot de betekenis van het AETR-beginsel zelf verder nog geboden?

100. De toepassing van het AETR-beginsel veronderstelt dat sprake is van enig intern optreden; het loutere bestaan van interne bevoegdheid is niet voldoende.⁶² Zolang immers de interne bevoegdheid niet is uitgeoefend, zijn er geen regels van Unierecht die kunnen worden aangetast of waarvan de strekking kan worden gewijzigd. Ook het bestaan van initiatieven en instrumenten gericht op het vermijden van tegenstrijdigheden tussen het Unierecht en de voorgenomen internationale overeenkomst maken de noodzaak om deze beide te vergelijken, teneinde de gevolgen van de

53 — Arrest AETR, aangehaald in voetnoot 36, punt 17.

54 — Arrest AETR, aangehaald in voetnoot 36, punt 31.

55 — Artikel I-12, lid 2, van het ontwerp-Verdrag tot vaststelling van een Grondwet voor Europa, waarop artikel 3, lid 2, VWEU lijkt te zijn gemodelleerd, bepaalde: „De Unie is exclusief bevoegd, een internationale overeenkomst te sluiten indien [...] die sluiting [...] van invloed is op een interne handeling van de Unie” (te raadplegen via <http://european-convention.eu.int>). Werkgroep VII Extern Optreden van het verdrag verwees in zijn eindverslag ook naar de aanvaarding door het Hof van „[...] impliciete externe bevoegdheden van de Gemeenschap wanneer de sluiting van internationale overeenkomsten noodzakelijk [was] voor de tenuitvoerlegging van intern beleid of als uitdrukking aan haar interne bevoegdheden op gebieden waarop het deze bevoegdheid had uitgeoefend door vaststelling van afgeleid recht [...]” en zag „[...] het nut van expliciete overname van de rechtspraak van het Hof om het handelen van de Unie in een geglobaliseerde wereld te vergemakkelijken, met name met betrekking tot de externe dimensie van intern beleid en handelingen” [Eindverslag van Werkgroep VII – Extern Optreden CONV 459/02 (16 december 2002), punt 18]. Zie ook IGC 2007 Mandate POLGEN 74 (26 juni 2007), punt 18 en voetnoot 10.

56 — Zie hierboven, punt 83 en voetnoten 48 en 49.

57 — Zie arrest AETR, aangehaald in voetnoot 36, punt 31, en advies 1/03, aangehaald in voetnoot 38, punten 122 en 133.

58 — Advies 1/03, aangehaald in voetnoot 38, punten 128 en 133.

59 — Zie advies 1/03, aangehaald in voetnoot 38, punt 122.

60 — Die bepaling luidde: „De lidstaten treffen alle algemene of bijzondere maatregelen welke geschikt zijn om de nakoming van de uit dit Verdrag of uit handelingen van de instellingen der Gemeenschap voortvloeiende verplichtingen te verzekeren. Zij vergemakkelijken de vervulling van haar taak. Zij onthouden zich van alle maatregelen welke de verwezenlijking van de doelstellingen van dit Verdrag in gevaar kunnen brengen.”

61 — Zie bijvoorbeeld ook advies 2/91, aangehaald in voetnoot 39, punt 10, en advies 1/03, aangehaald in voetnoot 38, punt 119.

62 — Zie bijvoorbeeld advies van 15 november 1994 (1/94, Jurispr. blz. I-5267, punt 77, en ook punt 88) en advies van 24 maart 1995 (2/92, Jurispr. blz. I-521, punten 31 en 36). Het optreden hoeft evenwel niet plaats te vinden binnen het kader van gemeenschappelijk beleid: zie advies 2/91, aangehaald in voetnoot 39, punten 10 en 11, en advies 1/03, aangehaald in voetnoot 38, punt 118.

overeenkomst voor het Unierecht te bepalen, niet overbodig.⁶³ Irrelevant zijn verder de rechtsgrondslag zelf waarop de betrokken regels van Unierecht zijn gebaseerd⁶⁴ en (zoals de Raad terecht opmerkt) het feit dat het onderhandelen over een gemengde overeenkomst nadelen en praktische bezwaren meebrengt.⁶⁵ Het loutere feit dat de sluiting van een internationale overeenkomst door de lidstaten de normale werking van de interne markt op enigerlei wijze kan aantasten, volstaat evenmin om te bepalen dat aan het AETR-beginsel is voldaan.⁶⁶

101. Mits sprake is van intern optreden, kan het AETR-beginsel worden toegepast op een hele internationale overeenkomst of op delen ervan.

102. Indien het intern optreden de vorm heeft van een volledige harmonisatie op een bepaald gebied, bestaat op dat gebied een exclusieve externe bevoegdheid.⁶⁷ In dat geval kunnen de lidstaten niet langer maatregelen handhaven of vaststellen die strijdig zijn met die Uniehandeling of de doelstellingen en werking ervan anderszins aantasten (ook wanneer de strengere regels een hoger niveau van bescherming tot stand zouden brengen).⁶⁸ De eventuele vrijheid om van het Unierecht af te wijken, wordt volledig geregeld door de harmonisatiemaatregelen zelf.⁶⁹ Met andere woorden, regelt de internationale overeenkomst gebied A en is gebied A volledig geharmoniseerd, dan voldoet het sluiten van een internationale overeenkomst op dat gebied automatisch aan het AETR-beginsel en is de bevoegdheid van de Europese Unie exclusief. De betrokkenheid van de lidstaten kan de wijze waarop de Unie vervolgens haar interne bevoegdheden uitoefent, wel beperken. Indien de internationale overeenkomst naast gebied A ook gebied B omvat, maar gebied B nog niet is geharmoniseerd, heeft de Unie in elk geval een exclusieve bevoegdheid voor gebied A. Afgezien van de moeilijkheid om vast te stellen of en in welk opzicht volledige harmonisatie heeft plaatsgevonden, zou ik dit willen omschrijven als het „simpele geval”.

103. Of sprake is van volledige harmonisatie hangt af van de vraag hoe intensief een bepaald gebied is gereguleerd. Dit wordt vastgesteld aan de hand van met name de bewoordingen en de doelstelling(en) van de relevante Uniehandelingen: inhoud en toepassingsgebied ervan, en de aard van de daarin neergelegde verplichtingen. Dat bepaalde gebied kan bijvoorbeeld een economische sector zijn, een soort ondernemerspraktijk, een categorie natuurlijke personen of een soort eigendom.

104. Kan de Europese Unie ook exclusief bevoegd zijn om over een volledige internationale overeenkomst te onderhandelen en deze te sluiten wanneer op het door de internationale overeenkomst (of een deel daarvan) bestreken gebied(en) nog geen volledige harmonisatie heeft plaatsgevonden?

105. Jazeker.

63 — Advies 2/91, aangehaald in voetnoot 39, punt 25; arrest Commissie/Denemarken, aangehaald in voetnoot 43, punten 101 en 105, en advies 1/03, aangehaald in voetnoot 38, punten 129 en 130. In het arrest Commissie/Denemarken ging het bij dat instrument om een clausele volgens welke de internationale overeenkomst de toepassing van de relevante gemeenschapsrechtelijke bepalingen door de lidstaat onverlet liet.

64 — Advies 1/03, aangehaald in voetnoot 38, punt 131.

65 — In een dergelijk geval moeten de instellingen van de Unie en de lidstaten, ingevolge het vereiste van eenheid in de internationale vertegenwoordiging van de Europese Unie, nauw samenwerken in de fase van onderhandeling, sluiting en uitvoering van de verbintenissen uit de overeenkomst: zie bijvoorbeeld advies van 6 december 2001, 2/00 (Jurispr. blz. I-9713, punt 18 en de daarin aangehaalde rechtspraak).

66 — Zie bijvoorbeeld advies 1/94, aangehaald in voetnoot 62, punten 78 en 79, en arrest Commissie/Denemarken, aangehaald in voetnoot 43, punt 95.

67 — Zie bijvoorbeeld arrest Commissie/Denemarken, aangehaald in voetnoot 43, punt 84; advies 1/94, aangehaald in voetnoot 62, punt 96, en advies 2/92, aangehaald in voetnoot 62, punt 33. Tegelijkertijd, indien het Unierecht harmonisatie op een gebied uitsluit, kan de Europese Unie niet een internationale overeenkomst sluiten die niettemin een harmonisatie van wettelijke of bestuursrechtelijke voorschriften van de lidstaten op dat gebied veronderstelt: zie advies 1/03, aangehaald in voetnoot 38, punt 132.

68 — Zie bijvoorbeeld arrest van 23 april 2009, VTB-VAB en Galatea (C-261/07 en C-299/07, Jurispr. blz. I-2949, punt 52).

69 — Zie bijvoorbeeld arrest van 25 april 2002, Commissie/Frankrijk (C-52/00, Jurispr. blz. I-3827, punt 19) („[...] het feit dat [een] richtlijn in bepaalde afwijkingen voorziet of op bepaalde punten naar het nationale recht verwijst, [...] betekent [niet] dat de harmonisatie op de punten die zij regelt, niet volledig is”).

106. Het Hof heeft dit aanvaard in advies 2/91, waar het stelde dat het gebied grotendeels door regels van Unierecht was bestreken, gelet op de historische evolutie en de doelstellingen van de Unieregeling alsmede het feit dat de internationale overeenkomst een ruimere bescherming bood ten gevolge van een ruimere definitie van de elementen die het toepassingsgebied ervan aantastten.⁷⁰ In die omstandigheden was het Hof van oordeel dat het relevante deel van de internationale overeenkomst het Unierecht kon aantasten en de lidstaten derhalve niet langer buiten het kader van de instellingen van de Unie verbintenissen mochten aangaan.⁷¹ In het arrest Commissie/Denemarken verwijst het Hof naar die vaststelling, die het aldaar lijkt samen te vatten in de zin dat gemeenschappelijke regels door internationale verbintenissen worden aangetast of gewijzigd wanneer de internationale verbintenissen binnen de werkingssfeer vallen van een gebied dat reeds grotendeels door dergelijke regels wordt bestreken.⁷² In advies 1/03 heeft het Hof vervolgens die situatie omschreven als één enkel voorbeeld waarin sprake is van exclusieve bevoegdheid en benadrukt dat rekening moet worden gehouden met de reikwijdte, aard en inhoud van de regels van Unierecht, en de verwachte ontwikkelingen die voorspelbaar zijn.⁷³

107. Ik lees deze rechtspraak aldus, dat uit het loutere feit dat een internationale overeenkomst (of een deel of delen daarvan) een gebied omvat dat „grotendeels wordt bestreken” door regels van Unierecht (of een gebied dat is afgebakend door andere abstracte drempel uitgedrukt in de mate van regulering) als zodanig niet automatisch volgt dat sprake is van een exclusieve bevoegdheid om over de totaliteit (of het relevante deel) van die internationale overeenkomst te onderhandelen zonder te onderzoeken of het AETR-beginsel van toepassing is. Het spreekt voor zich dat naarmate het reeds door het Unierecht bestreken gebied groter is, het waarschijnlijker is dat het resterende deel van de internationale overeenkomst gevolgen heeft voor de bestaande regels van Unierecht – maar dit zal niet altijd het geval zijn. Dit hangt volledig af van de inhoud van de aangegane verbintenissen en hun mogelijke connectie met de regels van Unierecht. Dit punt wordt duidelijk geïllustreerd door de verhouding tussen het voorgenomen verdrag en de Unierechtelijke regels inzake de bescherming van de rechten van omroeporganisaties, die ik hierna zal bespreken.

108. Bij toepassing van het AETR-beginsel dient de exacte inhoud van zowel de verplichtingen uit hoofde van de internationale overeenkomst als het Unierecht te worden bepaald om vast te stellen of en, zo ja, in welke mate de lidstaten een bepaalde materie niet langer mogen reguleren en dus niet langer zelf internationale verbintenissen mogen aangaan (ook al zouden ze niet in strijd zijn met het Unierecht). Voor toepassing van het AETR-beginsel hoeft geen tegenstrijdigheid te bestaan tussen de internationale overeenkomst en de regels van Unierecht.⁷⁴ In dat verband heeft advocaat Tizzano in zijn conclusie in de „open sky”-zaken op verdienstelijke wijze toegelicht dat zelfs wanneer bestaande regels van Unierecht in een internationale overeenkomst worden overgenomen, niet is gegarandeerd dat „[...] die regels inderdaad uniform worden toegepast en vooral dat eventuele interne wijzigingen volledig en terstond in de overeenkomsten worden overgenomen [...]”; de aard en het juridische stelsel van de gemeenschappelijke regels kan aldus worden gewijzigd en er zou een „[...] concreet gevaar [bestaan] dat zij zouden worden onttrokken aan de door het Hof [...] uitgeoefende controle”.⁷⁵ In advies 1/03 stelde het Hof in algemene bewoordingen dat in het kader van de toepassing van het AETR-beginsel onderzoek moet worden gedaan aan de hand van de reikwijdte, aard, en inhoud van de regels, rekening houdend met de huidige stand van het Unierecht en ook de verwachte ontwikkeling indien deze op het tijdstip van dat onderzoek voorspelbaar is.⁷⁶

70 — Zie met name advies 2/91, aangehaald in voetnoot 39, punt 25.

71 — Zie met name advies 2/91, aangehaald in voetnoot 39, punt 26.

72 — Aangehaald in voetnoot 43, punten 81 en 82.

73 — Advies 1/03, aangehaald in voetnoot 38, punten 121 en 126.

74 — Zie advies 2/91, aangehaald in voetnoot 39, punt 25.

75 — Conclusie van advocaat-generaal Tizzano in zaak Commissie/Verenigd Koninkrijk (C-466/98, Jurispr. blz. I-9427, punt 72).

76 — Zie advies 1/03, aangehaald in voetnoot 38, punt 126. Zie ook advies 2/91, aangehaald in voetnoot 39, punt 25.

109. Of de Europese Unie een exclusieve externe bevoegdheid heeft krachtens de laatste volzin van artikel 3, lid 2, VWEU, is dus in wezen afhankelijk van een concrete en omvattende vergelijking tussen de door de voorgenomen internationale overeenkomst en het Unierecht bestreken gebieden.⁷⁷

110. Het Hof heeft zich in zijn rechtspraak met name gericht op de factoren die relevant zijn bij het onderzoek van de stand van het Unierecht op het onder de internationale overeenkomst vallende gebied, zoals: de vraag of de Gemeenschap haar interne bevoegdheden heeft uitgeoefend; het onderwerp van de bepalingen die de basis vormen voor het interne optreden; de reikwijdte, aard en inhoud van (het huidige) Unierecht⁷⁸; het doel van de regels van Unierecht⁷⁹; de structuur van een relevante Uniehandeling⁸⁰; de mate waarin de regels van Unierecht slechts minimumvoorschriften geven⁸¹; het historisch overzicht van de ontwikkeling van het Unierecht op een bepaald gebied⁸²; de verwachte ontwikkeling van het Unierecht indien deze op het tijdstip van het onderzoek voorspelbaar is⁸³; de volle werking van het Unierecht⁸⁴; en de goede werking van het bij de regels van Unierecht ingestelde systeem⁸⁵. Een aantal van deze factoren is mijns inziens eveneens relevant voor de beschrijving van de voorgenomen internationale overeenkomst.

111. Dit soort onderzoek moet worden gedaan voor elk onderdeel van de te sluiten internationale overeenkomst.

112. Eén specifieke factor kan aanzienlijke gevolgen hebben voor de uitkomst van de toepassing van het AETR-beginsel: wanneer het Unierecht minimumvoorschriften geeft voor de bescherming op een bepaald gebied. In dat geval blijven de lidstaten bevoegd een internationale overeenkomst te sluiten die eveneens minimumvoorschriften oplegt, omdat een dergelijke overeenkomst geen afbreuk mag doen aan het Unierecht, dat de lidstaten ten volle kunnen en moeten toepassen.⁸⁶ Of zij ook daadwerkelijk bevoegd blijven, is afhankelijk van de mate van vrijheid die de lidstaten zowel krachtens de internationale overeenkomst als de regels van Unierecht hebben. Indien de internationale overeenkomst een lagere minimumnorm voorziet dan het Unierecht, ondermijnt de sluiting van die overeenkomst door de lidstaten niet het Unierecht: de voorrang van het Unierecht houdt in dat de lidstaten op hun grondgebied geen minder vergaande norm mogen invoeren dan de in het Unierecht bepaalde (zelfs niet indien die lagere norm verenigbaar is met de internationale overeenkomst). Van aantasting van het Unierecht is evenmin sprake indien de internationale overeenkomst een hogere minimumnorm voorziet, mits de lidstaten zo'n hogere norm volgens het Unierecht mogen invoeren.

113. Hoe pakt dit uit wanneer het Unierecht een minimumvoorschrift voorziet en de internationale overeenkomst een maximumniveau voor bescherming bepaalt? Stel dat de beschermingstermijn van een naburig recht volgens het Unierecht „niet korter dan 70 jaar” mag zijn, en dat de internationale overeenkomst de beschermingstermijn vaststelt op „niet langer dan 50 jaar”. In dat geval kunnen de

77 — Zie bijvoorbeeld advies 1/03, aangehaald in voetnoot 38, punten 124 en 133. In punt 123 van advies 1/03 is een korte samenvatting gegeven van voorbeelden van gevallen waarin dat onderzoek tot de conclusie leidde dat geen exclusieve bevoegdheid bestond.

78 — Advies 2/91, aangehaald in voetnoot 39, punten 25 en 26, en advies 1/03, aangehaald in voetnoot 38, punt 126. Het Hof heeft deze factoren besproken met betrekking tot het criterium „een gebied dat goeddeels reeds wordt bestreken door communautaire regelgeving”; het zou echter bevreemden als diezelfde factoren niet ook in andere contexten van toepassing zouden zijn. Punt 133 van advies 1/03 wijst in ieder geval op een meer algemene toepassing.

79 — Zie bijvoorbeeld advies 1/03, aangehaald in voetnoot 38, punt 135.

80 — Zie bijvoorbeeld advies 1/03, aangehaald in voetnoot 38, punt 138.

81 — Zie advies 1/03, aangehaald in voetnoot 38, punten 123 en 127, en advies 2/91, aangehaald in voetnoot 39.

82 — Zie advies 2/91, aangehaald in voetnoot 39, punten 25 en 26, en advies 1/03, aangehaald in voetnoot 38, punt 120.

83 — Advies 2/91, aangehaald in voetnoot 39, punt 25, en advies 1/03, aangehaald in voetnoot 38, punt 126.

84 — Advies 1/03, aangehaald in voetnoot 38, punt 128.

85 — Advies 1/03, aangehaald in voetnoot 38, punt 133.

86 — Zie met name advies 2/91, aangehaald in voetnoot 39, punt 18, gelezen tegen de achtergrond van advies 1/03, aangehaald in voetnoot 38, punten 123 en 127.

lidstaten het Unierecht niet toepassen zonder de internationale overeenkomst te schenden. Dit heeft gevolgen voor de verantwoordelijkheid van de lidstaten uit hoofde van het internationaal publiekrecht, maar niet voor de Unierechtelijke regel „niet korter dan 70 jaar”, waaraan de lidstaten gebonden blijven.

114. Tegen deze achtergrond zal ik nu onderzoeken of de Europese Unie exclusief bevoegd is om over het verdrag in zijn geheel te onderhandelen.

Bevoegdheid van de Europese Unie om over het verdrag te onderhandelen

– Bepalen of sprake is van externe bevoegdheid voordat de onderhandelingen over het verdrag aanvangen

115. In casu is nog geen begin gemaakt met de onderhandelingen over het verdrag⁸⁷ en is geen (ontwerp)verdragstekst⁸⁸ beschikbaar.

116. De bevoegdheidskwestie oplossen voordat de onderhandelingen aanvangen, verzekert zonder meer dat alleen bevoegde partijen aan de onderhandelingstafel plaatsnemen. Dit biedt een bepaalde rechtszekerheid en is in het belang van de Europese Unie, de lidstaten en bij die onderhandelingen betrokken derden.⁸⁹

117. Verdragsonderhandelingen kunnen evenwel onvoorspelbaar zijn en de inhoud van de te sluiten internationale overeenkomst kan aan verandering onderhevig zijn. In hoeverre beïnvloedt die realiteit het gebruik van de voor dit Hof beschikbare procedures om vast te stellen of in een concreet geval de bevoegdheid van de Europese Unie exclusief is of met de lidstaten wordt gedeeld?

118. Ik merk om te beginnen op dat er omstandigheden kunnen zijn waarin het Hof moet vaststellen dat het geen uitspraak kan doen, omdat voldoende informatie ontbreekt. Dat zou hier (bijvoorbeeld) het geval kunnen zijn indien de beschikbare informatie beperkt zou zijn tot een verklaring van intentie om te onderhandelen over een internationale overeenkomst betreffende de bescherming van de rechten van omroeporganisaties, zonder enige aanwijzing over de vermoedelijke inhoud van die toekomstige overeenkomst.

119. Verder kan krachtens artikel 218, lid 11, VWEU een verzoek om advies worden ingediend „wanneer het voorwerp van de overeenkomst bekend is [...] voordat de onderhandelingen op internationaal niveau zijn begonnen, ook al zijn er nog een aantal alternatieven en meningsverschillen over de redactie van de betrokken teksten, mits het Hof zich aan de hand van de overgelegde stukken een voldoende zeker oordeel kan vormen over de [...] voorgelegde vraag”.⁹⁰ Mijns inziens moeten dezelfde criteria toepassing vinden wanneer (zoals in casu) bij het Hof een beroep tot nietigverklaring aanhangig is gemaakt.⁹¹ Mits afdoende gegevens voorhanden zijn over de essentiële elementen van de

87 — Het onderhavige geval is echter niet het enige precedent van een dergelijke situatie. Zie bijvoorbeeld advies van 4 oktober 1979, 1/78 (Jurispr. blz. 2871) [betreffende de bevoegdheid van de (destijds) Gemeenschap om de internationale overeenkomst betreffende natuurlijke rubber te sluiten, waarover werd onderhandeld in het kader van de Conferentie van de Verenigde Naties voor Handel en Ontwikkeling], en advies 2/94, aangehaald in voetnoot 51 (betreffende de eventuele toetreding van de Gemeenschap tot het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden).

88 — In advies 1/03, aangehaald in voetnoot 38, punt 137, bijvoorbeeld, onderzocht het Hof de exclusieve bevoegdheid van de Gemeenschap om een nieuw Verdrag van Lugano te sluiten, onder verwijzing naar een tekst die voortvloeide uit zowel de herzieningen van het Verdrag van Lugano en het Verdrag van Brussel, alsook de onderhandelingsrichtsnoeren.

89 — Zie ook advies 2/94, aangehaald in voetnoot 51, punten 10 en 17; advies 1/78, aangehaald in voetnoot 87, punt 35, en advies van 8 maart 2011, 1/09 (Jurispr. blz. I-1137, punt 48).

90 — Advies 1/09, aangehaald in voetnoot 89, punt 53 en de daarin aangehaalde rechtspraak.

91 — Zie ook, bijvoorbeeld, advies 1/78, aangehaald in voetnoot 87, punt 35.

voorgenomen internationale overeenkomst, belet het feit dat over de uiteindelijke inhoud ervan nog enige onzekerheid bestaat het Hof niet zijn taak te vervullen door het criterium toe te passen om te bepalen of de Commissie de exclusieve bevoegdheid van de Europese Unie heeft gevestigd, en in de kwestie uitspraak te doen.

120. Een *ex ante* vaststelling van de bevoegdheid op basis van de gegevens waarover het Hof in dat stadium beschikt, staat overigens niet zonder meer in de weg aan een heronderzoek in het geval dat het onderhandelingsproces resulteert in een situatie waarin de definitieve (ontwerpverdrags)tekst aanzienlijk afwijkt van hetgeen aanvankelijk werd beoogd. In dat geval kan het nodig zijn het Hof nogmaals om een uitspraak over de bevoegdheid te verzoeken en in voorkomend geval terug te keren naar de onderhandelingstafel.⁹²

121. In dat opzicht moeten de instellingen van de Unie en de lidstaten nauw samenwerken. Dat vereiste geldt gedurende de fase van onderhandeling en sluiting, en bij de uitvoering van een internationale overeenkomst waarvan het onderwerp deels tot de bevoegdheid van de Europese Unie en deels tot die van de lidstaten behoort.⁹³ Zou het Hof in casu tot het oordeel komen dat de Commissie heeft aangetoond dat uitsluitend de Europese Unie bevoegdheid heeft, maar gaan de onderhandelingen vervolgens een andere richting uit en omvatten zij nieuwe materie, dan moeten de instellingen van de Unie dus bepalen welke bevoegdheid zij ten aanzien van die materie hebben. Indien nodig moeten zij de lidstaten uitnodigen daaraan deel te nemen. Zij moeten in ieder geval de lidstaten over die ontwikkelingen informeren, om hen in staat te stellen hun door de Verdragen gewaarborgde rechten uit te oefenen. Omgekeerd, in het geval dat nog enige bevoegdheid bij de lidstaten berust, moeten zij te goeder trouw aan de onderhandelingen deelnemen en zich onthouden van handelen dat de bevoegdheid van de Europese Unie aantast. Zou het Hof in casu menen dat sprake is van een gedeelde bevoegdheid, maar ziet de definitieve tekst van het gesloten verdrag slechts op materie die reeds door het Unierecht worden bestreken, dan is alleen de Unie bevoegd om het verdrag te sluiten.

– Het verdrag

122. Hoewel er op dit moment nog geen ontwerpverdragstekst is, heeft de Commissie een aantal documenten overgelegd, waarin de doelstellingen en de reikwijdte van de onderhandeling (en dus van de eventuele definitieve tekst) zijn uiteengezet, namelijk: i) de aanbeveling van 2002, met inbegrip van de bijlage en toelichting; ii) het memorandum van 2008; iii) het mandaat van 2009; en iv) het verslag van de bijeenkomst van 2010. Ten aanzien van deze documenten is door de andere partijen of interveniënten geen bezwaar gemaakt.

123. Die documenten geven aan waarover zal worden onderhandeld. De bewijskracht van elk document is afhankelijk van de auteur ervan, de inhoud en de nabijheid tot het eigenlijke onderhandelingsproces. In het verslag van de bijeenkomst van 2010 is de meest recente verklaring te vinden over de doelstelling(en) en reikwijdte van de onderhandelingen. Hoewel daarin melding wordt gemaakt van de besprekingen in de raadplegingsbijeenkomst van 2010, gaat het verslag niet op systematische wijze in op de overeengekomen inhoud van het voorgenomen verdrag. De aanbeveling van 2002 en het mandaat van 2009 zijn politieke documenten, in de zin dat zij zijn vastgesteld door het Comité van ministers van de Raad van Europa. In het mandaat van 2009 krijgt het MC-S-NR slechts de instructie „het werk inzake de bescherming van de naburige rechten van omroeporganisaties voort te zetten en, indien aan de noodzakelijke voorwaarden is voldaan, een ontwerpverdrag ter zake voor te leggen”. Het meest gedetailleerde verslag over een eventueel

92 — Net zoals de toepassing van een onjuiste rechtsgrondslag bijvoorbeeld kan leiden tot het opnieuw onderhandelen over een internationale overeenkomst: zie arrest van 30 mei 2006, Parlement/Raad en Commissie (C-317/04 en C-318/04, Jurispr. blz. I-4721). Dat risico bestaat echter niet alleen bij het extern optreden van de Europese Unie.

93 — Zie advies 2/91, aangehaald in voetnoot 39, punt 36; zie ook advies 1/78, aangehaald in voetnoot 87, punten 34-36, en advies 1/94, aangehaald in voetnoot 62, punt 108.

onderhandelingsmandaat vormt het memorandum van 2008, dat is opgesteld door de Ad-hoc Stocktaking Group en is bedoeld als werkdocument voor de CDMC. Daarin is de haalbaarheid van het voorbereiden van een verdrag onderzocht en zijn de noodzaak en werking van een dergelijk verdrag bekeken. Het verwijst ook naar de aanbeveling van 2002, en beschrijft dit als mogelijk uitgangspunt voor besprekingen over de inhoud van het verdrag.

124. Een afzonderlijke reeks door de Commissie ingediende documenten heeft betrekking op de onderhandelingen over een WIPO-verdrag voor de bescherming van omroeporganisaties, die nog steeds gaande zijn maar zo traag verlopen⁹⁴ dat dit de Raad van Europa kennelijk heeft doen besluiten een verdrag voor te bereiden. De bewijskracht van deze WIPO-documenten is beperkt. Ook kunnen internationale overeenkomsten, zoals het Verdrag van Rome⁹⁵, die (gedeeltelijk) de rechten van omroeporganisaties regelen, niet worden gebruikt als basis voor de vaststelling van de inhoud van het verdrag, zonder een duidelijke aanwijzing dat het de bedoeling is bestaande internationale overeenkomsten of delen daarvan als model te gebruiken.

125. Bij de beschrijving van wat het verdrag volgens mij beoogt te bestrijken, ga ik voornamelijk uit van het memorandum van 2008 en het verslag van de bijeenkomst van 2010. Ik zal steeds wanneer dat relevant is, ook rekening houden met elementen uit andere documenten.

126. De doelstelling van het voorgestelde verdrag is de bescherming van de rechten van omroeporganisaties te vergroten en die rechten met name aan te passen aan het risico van diefstal van signalen (die zich veelal grensoverschrijdend verplaatsen). Dit zou moeten gebeuren door de toekenning van exclusieve rechten aan omroeporganisaties die afdwingbaar zijn en op technologisch neutrale wijze zijn gedefinieerd. Niets in de beschikbare documentatie wijst erop dat het verdrag ook het auteursrecht en de naburige rechten van bijvoorbeeld producenten en uitvoerende kunstenaars zal omvatten.

127. Het is niet duidelijk hoe „uitzending” in het verdrag zal worden gedefinieerd: met name of dat begrip, bijvoorbeeld, ook transmissie via internet (hetzij via webcasting, simulcasting of een andere vorm) zal omvatten. Zoals de Poolse regering terecht opmerkt, lijkt het memorandum van 2008 (dat naar de WIPO-voorstellen van de Europese Unie verwijst⁹⁶) een dergelijke definitie uit te sluiten, terwijl het verslag van de bijeenkomst van 2010 met name is gericht op de noodzaak om de technologische neutraliteit te beschermen, maar ook oproept tot verder onderzoek van de vraag of de bescherming die het verdrag biedt nieuwe mediadiensten zou moeten omvatten, zoals diensten op aanvraag (on demand) en uitgesteld kijken (catch-up). Uit het memorandum van 2008 blijkt dat elke poging om de definitie te verruimen, zodat daaronder ook de diverse vormen van uitzending via internet vallen, de omvang van de bescherming (en daarmee ook die van de exclusieve rechten van omroeporganisaties) in ieder geval aanzienlijk zou vergroten ten opzichte van de thans geboden bescherming in het Verdrag van Rome, dat in artikel 3, sub f, slechts verwijst naar transmissie langs draadloze weg.

94 — Zie voor de redenen voor dat trage verloop de informele publicatie opgesteld door de voorzitter van het Permanent Comité auteursrecht en naburige rechten (WIPO Standing Committee on Copyright and Related Rights; hierna: „SCCR”). Overeenkomstig het besluit van het SCCR op zijn 16e vergadering (maart 2008), SCCR/17/INF/1 (3 november 2008) (zie punten 13-22) was die publicatie bij het verzoekschrift van de Commissie gevoegd.

95 — Aangehaald in voetnoot 12.

96 — Aangehaald in voetnoot 14. De definitie van uitzending in artikel 1bis van het voorstel van 2003 omvatte „[...] het uitzenden per draad of via de ether, uitzendingen per kabel of satelliet daaronder begrepen, van geluiden of van beelden en geluiden of van de weergaven daarvan voor ontvangst door het publiek [...]” en, naar analogie, „[...] de gelijktijdige en ongewijzigde doorgifte op computernetwerken van haar uitzending door een omroeporganisatie [...]” maar sloot „[...] de enkele doorgifte via de kabel van uitzendingen van een omroeporganisatie, transmissie op computernetwerken, of de beschikbaarstelling van vastleggingen van uitzendingen [...]” uit. De auteurs van het voorstel verklaarden uitdrukkelijk open te staan voor discussie over de vraag of andere definities moesten worden toegevoegd.

128. Het memorandum van 2008 definieert zes exclusieve rechten, bepaalt dat die rechten ook moeten gelden voor pre-broadcast programmadrage signalen, benadrukt de noodzaak van rechtsbescherming en effectieve rechtsmiddelen tegen het onwerkzaam maken van doeltreffende technische voorzieningen en van verplichtingen betreffende informatie over het beheer van rechten, en bepaalt de beschermingstermijn.

129. Wat de essentie van de bescherming betreft, stelt de aanbeveling van 2002 voor dat er een *recht van doorgifte* zou moeten zijn dat alle vormen van heruitzending met om het even welke middelen zou moeten omvatten. Omroeporganisaties kunnen dat recht inroepen om de doorgifte van hun uitzendingen per draad of draadloos, op hetzelfde of een later tijdstip (op basis van vastlegging) toe te staan of te verbieden.⁹⁷

130. Het is de bedoeling (blijkt ook uit de aanbeveling van 2002) dat in het verdrag een *vastleggingsrecht* wordt voorzien waarop omroeporganisaties een beroep kunnen doen om de vastlegging van hun uitzendingen toe te staan of te verbieden.⁹⁸

131. Uit de aanbeveling van 2002 blijkt dat het verdrag ook een *reproductierecht* kan omvatten waarop omroeporganisaties zich kunnen beroepen om elke wijze en vorm van directe en indirecte reproductie of vastlegging toe te staan of te verbieden.⁹⁹

132. Blijkens de aanbeveling van 2002 zal het *recht van beschikbaarstelling voor het publiek* worden gedefinieerd als het recht van omroeporganisaties om de vastlegging van hun uitzendingen per draad of draadloos toe te staan of te verbieden, en zodanig aan het publiek beschikbaar te stellen, dat leden van dat publiek op een door hen individueel gekozen plaats en tijd toegang tot die uitzendingen hebben.¹⁰⁰ Het memorandum van 2008 wijst erop dat dit recht ook de beschikbaarstelling van uitzendingen op aanvraag via internet zou kunnen omvatten.

133. Volgens de aanbeveling van 2002 zou het verdrag een *distributierecht* in het leven roepen, of het recht van beschikbaarstelling van vastleggingen en kopieën van vastleggingen van hun uitzendingen, inclusief niet auteursrechtelijk beschermde programma's, aan het publiek door verkoop of een andere eigendomsoverdracht toe te staan of te verbieden.¹⁰¹ Blijkens het memorandum van 2008 zou het verdrag de omvang van dat recht in het Verdrag van Rome kunnen verruimen door ook de distributie per draad te beschermen.

97 — De toegekende bescherming zou dus ruimer zijn dan die welke is voorzien in artikel 13 van het Verdrag van Rome, dat geen bescherming biedt tegen doorgifte per draad of uitzending op een later tijdstip, en in artikel 1 van de Europese Overeenkomst betreffende de bescherming van televisie-uitzendingen, dat geen radio-uitzendingen omvat en geen bescherming biedt tegen draadloze doorgifte.

98 — Het is niet de bedoeling dat dit recht afwijkt van dat voorzien in artikel 13 van het Verdrag van Rome en artikel 1 van de Europese Overeenkomst betreffende de bescherming van televisie-uitzendingen (dat echter specifieker is en beperkter in de zin dat het verwijst naar de vastlegging van „afzonderlijke beelden daarvan”).

99 — Dat recht zou niet onderworpen zijn aan de beperkingen van het reproductierecht van artikel 13, sub c, van het Verdrag van Rome. In artikel 1 van de Europese Overeenkomst betreffende de bescherming van televisie-uitzendingen is eveneens een reproductierecht voorzien.

100 — Het is de bedoeling dat de formulering van de bepaling grotendeels overeenkomt met dat van het „recht op mededeling aan het publiek” in de WIPO-verdragen van 1996. Artikel 8 van het WIPO-verdrag inzake auteursrecht van 1996 luidt: „Onverminderd de bepalingen van de artikelen 11, eerste lid, onder (ii), 11bis, eerste lid, onder (i) en (ii), 11ter, eerste lid, onder (ii), 14, eerste lid, onder (ii) en 14bis, eerste lid van de Berner Conventie, hebben auteurs van werken van letterkunde en kunst het uitsluitend recht om toestemming te verlenen voor het per draad of langs draadloze weg mededelen van hun werken aan het publiek, met inbegrip van het op zodanige wijze voor het publiek beschikbaar stellen van hun werken dat deze voor leden van het publiek beschikbaar zijn vanaf een door hen gekozen plaats en op een door hen gekozen tijdstip.” De gemeenschappelijke verklaring aangaande artikel 8 luidt: „[h]et [...] wel te verstaan [is] dat de enkele terbeschikkingstelling van materiële faciliteiten voor het mogelijk maken of verrichten van een mededeling op zich geen mededeling in de zin van dit verdrag of de Berner Conventie uitmaakt. Het is voorts wel verstaan dat niets in artikel 8 van dit verdrag eraan in de weg staat dat een verdragsluitende partij artikel 11 bis, lid 2, van de Berner Conventie toepast”.

101 — Noch het Verdrag van Rome noch de Europese Overeenkomst betreffende de bescherming van televisie-uitzendingen voorziet in een dergelijk recht. Daarentegen voorzien de WIPO-verdragen van 1996 daar wel in, maar slechts voor andere categorieën houders van naburige rechten.

134. Uit de aanbeveling van 2002 blijkt dat het verdrag een *recht van mededeling aan het publiek* in het leven zou kunnen roepen, dat wil zeggen het recht van omroeporganisaties om de mededeling aan het publiek van hun uitzendingen toe te staan of te verbieden indien deze mededeling plaatsvindt op plaatsen die tegen betaling van een toegangsprijs voor het publiek toegankelijk zijn, hoewel de lidstaten het recht zouden hebben om het begrip „toegangsprijs” in nationaal recht te definiëren en te besluiten of zij dit recht al dan niet willen beschermen in het geval van mededeling op plaatsen die tegen betaling van een indirecte toegangsprijs voor het publiek toegankelijk zijn.¹⁰²

135. Uit de beschikbare documentatie is het wel duidelijk dat een van de voornaamste doelen van het verdrag is gelegen in de bescherming van *pre-broadcast programmadragende signalen*, hoewel over de omvang van de bescherming geen duidelijkheid bestaat.¹⁰³ Het Verdrag van Rome beschermt die signalen niet. In geen van de beschikbare documenten is de eventuele inhoud van dat recht omschreven, alhoewel in het memorandum van 2008 wordt opgemerkt dat de bescherming zou kunnen worden verwezenlijkt door simpelweg de definitie van uitzendingen te verruimen. In het memorandum van 2008 wordt echter ook gesteld dat het beoogde resultaat kan zijn dat de lidstaten passende en doeltreffende maatregelen nemen tegen ongeoorloofde distributie en ander gebruik van dergelijke signalen. Of die maatregelen van privaatrechtelijke dan wel publiekrechtelijke aard zouden moeten zijn, is opengelaten. Uit het verslag van de bijeenkomst van 2010 blijkt dat ook de kwestie of die bescherming zich zou moeten uitstrekken tot signalen die, anders dan uitgezonden signalen, ruw materiaal uitzenden of materiaal dat niet mag worden uitgezonden, nog niet is opgelost.

136. In het verdrag wordt mogelijk ook via rechtsbescherming en beroepswegen het probleem aangepakt van het *onwerkzaam maken van doeltreffende technische voorzieningen* die omroeporganisaties gebruiken in verband met de uitoefening van hun naburige rechten. In het memorandum van 2008 is er sprake van dat de bepalingen in het verdrag „in overeenstemming” zouden kunnen zijn met de WIPO-verdragen van 1996 en richtlijn 2001/29.

137. Het verdrag gaat mogelijk in op het probleem van personen die opzettelijk elektronische *informatie over het beheer van rechten* (dat wil zeggen, de informatie die de beschermde inhoud, de rechthebbenden, en de voorwaarden voor gebruik van die inhoud identificeert) verwijderen of wijzigen. Blijkens het memorandum van 2008 zouden de WIPO-verdragen van 1996 en richtlijn 2001/29 als basis voor de formulering van deze bepalingen kunnen dienen.

138. Wat de *beschermingstermijn* aangaat, blijkt uit de aanbeveling van 2002 en het memorandum van 2008 dat steun bestaat voor de gedachte dat de termijn voor de bescherming van de rechten van omroeporganisaties ten minste een periode van 50 jaar moet bedragen, gerekend vanaf het einde van het jaar waarin de uitzending heeft plaatsgevonden.¹⁰⁴ Uit het verslag van de bijeenkomst van 2010 komt een andere visie naar voren, namelijk dat de termijn niet langer zou mogen zijn dan die van artikel 14 van het Verdrag van Rome: een minimumtermijn van 20 jaar, gerekend vanaf het einde van het jaar waarin de uitzending heeft plaatsgevonden.

139. Ten slotte blijkt uit de beschikbare documenten dat het verdrag (en dit is niet verrassend) een clausule zal bevatten die ziet op *beperkingen en uitzonderingen*. Het in het verslag van de bijeenkomst van 2010 weergegeven akkoord wijst er evenwel op dat het daarbij niet om een uitputtende definitie zal gaan.

102 — Zowel het Verdrag van Rome als de Europese Overeenkomst betreffende de bescherming van televisie-uitzendingen voorzien dit recht en het is de bedoeling het voorgestelde recht in het verdrag op dat recht te baseren. Het Verdrag van Rome beschermt evenwel niet de mededeling aan het publiek van geluidsuitzendingen.

103 — Het Satellietverdrag van Brussel van 1974 beschermt per satelliet uitgezonden programmadragende signalen, maar omvat niet de signalen die zijn bestemd voor rechtstreekse ontvangst door het publiek.

104 — Dit is dezelfde termijn als die welke aan houders van naburige rechten is toegekend in het WIPO-verdrag inzake uitvoeringen en fonogrammen van 1996 en artikel 14, lid 5, van de TRIPs-overeenkomst.

– Het Unierecht

140. De Europese Unie heeft de gedeelde bevoegdheid op het gebied van de interne markt¹⁰⁵ uitgeoefend door met betrekking tot de onder het verdrag vallende bescherming van de intellectuele eigendomsrechten van omroeporganisaties harmonisatiemaatregelen vast te stellen. Op omroeporganisaties zijn ook andere delen van het Unierecht van toepassing, maar die betreffen andere gebieden, zoals het aanbieden van audiovisuele mediadiensten¹⁰⁶, en zijn derhalve in casu niet relevant.

141. De Commissie erkent zelf, begrijp ik, dat de relevante richtlijnen niet het gehele gebied van de bescherming van de rechten van omroeporganisaties regelen, zodat nog geen volledige harmonisatie is gerealiseerd. Uit de werkingssfeer van het voorgenomen verdrag zelf blijkt dat bepaalde elementen van de bescherming van de rechten van omroeporganisaties nog niet door de bestaande wetgeving worden geregeld. Bovendien gaat het om een gebied waarop de te reguleren materie veelal direct verband houdt met technologische innovaties.¹⁰⁷ Bij de bepaling van de mate van harmonisatie moet met dergelijke ontwikkelingen rekening worden gehouden.

142. In de punten 23 tot en met 39 supra heb ik al een beschrijving van het Unierecht op dit gebied gegeven.

– Gevolg(en) van het sluiten van het verdrag door de lidstaten voor het Unierecht op het gebied van de rechten van omroeporganisaties

143. Verschillende delen van het verdrag kunnen verschillende gevolgen hebben voor het Unierecht op het gebied van de rechten van omroeporganisaties. Het onderzoek moet zich in deze fase richten op de vraag of de Commissie heeft aangetoond dat de Europese Unie exclusief bevoegd is om over het gehele verdrag te onderhandelen. De Commissie stelt immers dat de Raad ten onrechte heeft geoordeeld dat dit niet het geval is. Nu zij het beroep aldus heeft geformuleerd, moet het middel van de Commissie worden afgewezen indien uit het onderzoek van het verdrag en de regels van Unierecht op basis van de thans beschikbare informatie blijkt dat *de lidstaten in ten minste één opzicht nog bevoegd zijn*. Het is in het kader van deze procedure niet noodzakelijk uit te maken wie precies voor welk deel van de onderhandelingen bevoegd is. Dat is ook niet mogelijk.

144. De Commissie heeft naar mijn mening niet aangetoond waarom de Europese Unie krachtens artikel 3, lid 2, VWEU, exclusief bevoegd is om over het gehele verdrag te onderhandelen.

145. Het is zonder meer waar dat het Unierecht een aanzienlijk deel regelt van de materie waarover in het kader van het verdrag moet worden onderhandeld. Dit feit op zichzelf kan echter niet de conclusie dragen dat aan het criterium van artikel 3, lid 2, VWEU is voldaan.¹⁰⁸

146. Ik zal beginnen met de exclusieve rechten van omroeporganisaties.

147. Inderdaad zullen de in het verdrag voorziene rechten van vastlegging, reproductie, draadloze doorgifte, beschikbaarstelling aan het publiek, mededeling op plaatsen die tegen betaling van een toegangsprijs voor het publiek toegankelijk zijn en distributie, waarschijnlijk worden ontleend aan de bestaande Uniewetgeving die de bescherming van de rechten van omroeporganisaties harmoniseert.¹⁰⁹ Dat feit zou er in beginsel op kunnen duiden dat de Europese Unie daarom een exclusieve

105 — Zie artikel 4, lid 2, sub a, VWEU.

106 — Zie bijvoorbeeld richtlijn 2010/13/EU van het Europees Parlement en de Raad van 10 maart 2010 betreffende de coördinatie van bepaalde wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen in de lidstaten inzake het aanbieden van audiovisuele mediadiensten (richtlijn audiovisuele mediadiensten; PB L 95, blz. 1) of artikel 167 VWEU.

107 — Zie bijvoorbeeld punten 5, 6 en 20 van de considerans van richtlijn 2001/29 en de punten 2 en 4 van de considerans van richtlijn 2006/115.

108 — Zie hierboven, punt 107.

109 — Zie hierboven, punten 27-32.

bevoegdheid heeft om over die delen van het verdrag te onderhandelen, omdat de lidstaten geen internationale verbintenissen kunnen aangaan die de eenheid en de uniforme toepassing van het Unierecht kunnen aantasten. Voor zover dat Unierecht echter louter minimumvoorschriften voor bescherming geeft en het verdrag die voorschriften overneemt, kunnen de lidstaten bevoegd blijven om over het verdrag te onderhandelen.

148. Zijn in het Unierecht minimumvoorschriften voorzien?

149. Met betrekking tot het recht van doorgifte via de ether en het recht van mededeling aan het publiek als bedoeld in artikel 8, lid 3, van richtlijn 2006/115, is dat duidelijk het geval.

150. Het Unierecht regelt dus nog niet „ten minste” het recht van doorgifte per draad of via de kabel, terwijl het verdrag dat mogelijk wel doet en de lidstaten op dit moment gerechtigd zijn om dit in hun eigen recht te regelen. Of zij dat doen op eigen initiatief of uit hoofde van een internationale verplichting is in dit verband niet van belang. Of die ruimere bescherming het karakter heeft van een nieuw recht of van een ruimer toepassingsgebied van een bestaand recht, is evenmin relevant. Feit is dat het Unierecht uitdrukkelijk bepaalt dat de lidstaten met betrekking tot de doorgifte een ruimere bescherming voor rechthebbenden mogen voorzien, te onderscheiden van de andere door de relevante richtlijnen van de Unie omvatte rechten. Dit geldt ook voor het recht van mededeling aan het publiek buiten de plaatsen die tegen betaling van een toegangsprijs voor het publiek toegankelijk zijn (bijvoorbeeld, in winkels of restaurants), indien het verdrag dat recht zou omvatten. Ik heb echter niets in de beschikbare documentatie gevonden wat erop wijst dat het verdrag de omvang van het recht van mededeling op deze wijze zal verruimen. Dit moet daarom in het kader van het eerste middel buiten beschouwing blijven.

151. Hoe zit het met de rechten van vastlegging, reproductie, distributie en beschikbaarstelling aan het publiek?

152. In mijn optiek beperkt het Unierecht zich niet tot minimumnormen voor de bescherming van die rechten, rekening houdend met de huidige stand van de technologische ontwikkelingen die uitzendingen mogelijk maken. In dat verband maken de punten 6 en 7 van de considerans van richtlijn 2001/29 (die onder andere het reproductierecht en het recht van beschikbaarstelling aan het publiek omvat) duidelijk, dat die rechten deel uitmaken van een geharmoniseerd rechtskader dat verschillen op het gebied van de wetgeving in de lidstaten en onzekerheden ten aanzien van de bescherming moet voorkomen die de werking van de interne markt ongunstig kunnen beïnvloeden. Hoewel dergelijke overwegingen niet in richtlijn 2006/115 zijn opgenomen, heeft zij hetzelfde algemene doel en dezelfde rechtsgrondslag als richtlijn 2001/29. Krachtens het Unierecht hebben omroeporganisaties dus het exclusieve recht om de vastlegging van hun uitzendingen (zijnde de eerste opname van een signaal) toe te staan of te verbieden, ongeacht of de uitzendingen via de ether of per draad plaatsvinden, uitzendingen per kabel of satelliet daaronder begrepen. Dit lijkt alle vormen van uitzending te bestrijken. De lidstaten mogen dat vastleggingsrecht overigens niet toekennen aan kabelmaatschappijen die louter de uitzendingen van omroeporganisaties via de kabel doorgeven. Het zijn die vastleggingen die het voorwerp vormen van het uitsluitende recht om de directe of indirecte reproductie en het uitsluitende recht van distributie om vastleggingen van hun uitzendingen, waaronder kopieën daarvan, beschikbaar te stellen aan het publiek door verkoop of anderszins, toe te staan of te verbieden. Het Unierecht biedt de lidstaten voor die rechten dus geen speelruimte voor vaststelling van een afwijkend niveau van bescherming. Met betrekking tot deze delen van de onderhandelingen heeft het AETR-beginsel dan ook volledige werking. Aan de Europese Unie moet exclusieve bevoegdheid toekomen – zelfs indien die delen van het Unierecht via „knippen-en-plakken” in het verdrag zullen terechtkomen, oftewel het verdrag simpelweg het Unierecht zal overnemen.

153. Deze analyse gaat echter niet op voor een mogelijk recht van bescherming in het verdrag met betrekking tot pre-broadcast programmadragende signalen. Op dit moment biedt het Unierecht enkel bescherming indien men kan aantonen dat het bij diefstal van dergelijke signalen gaat om het omzeilen van doeltreffende technische voorzieningen in de zin van artikel 6 van richtlijn 2001/29. Voor die bescherming is vereist dat de betrokken voorzieningen strekken ter voorkoming of beperking van handelingen ten aanzien waarvan er een rechthebbende is die het recht heeft om toestemming te verlenen.¹¹⁰ Het Unierecht verlangt echter niet van de lidstaten dat zij omroeporganisaties het recht geven de toegang tot of het gebruik van hun pre-broadcast programmadragende signalen te voorkomen.

154. Op basis van de beschikbare documentatie valt moeilijk te beoordelen op welke wijze het verdrag die signalen zal beschermen. Eén mogelijkheid is het verruimen van de relevante definities.¹¹¹ Andere opties zijn dergelijke signalen onder de bepalingen betreffende de bescherming van technische voorzieningen brengen (en aldus bepaalde beperkingen die in het Unierecht gelden en slechts met betrekking tot handelingen waarvoor de toestemming van de rechthebbend is vereist rechtsbescherming bieden, op te heffen), of bepalen dat omroeporganisaties ook bescherming genieten tegen handelingen die vallen onder, bijvoorbeeld, het recht van vastlegging, van reproductie, van doorgifte, van beschikbaarstelling aan het publiek of van mededeling aan het publiek ten aanzien van signalen voorafgaand aan uitzending.¹¹² Indien een van deze benaderingen zou worden gevolgd, zou de Europese Unie exclusieve bevoegdheid hebben.

155. Indien de onderhandelingen zich daarentegen toespitsen op de definitie van een afzonderlijk recht op het gebied van de bescherming van pre-broadcast programmadragende signalen, in een andere vorm dan ik hierboven heb beschreven, is mij niet zonder meer duidelijk waarom de Europese Unie, afgaande op de beschikbare informatie, exclusieve bevoegdheid zou hebben. Het feit dat het signaal mogelijk auteursrechtelijk beschermd materiaal bevat waarvan de bescherming wel al in het Unierecht is geregeld, wil niet zeggen dat een afzonderlijk recht van omroeporganisaties voor dat auteursrecht andere gevolgen zal hebben dan een verbetering van de doeltreffendheid ervan. Het is ook niet voldoende dat een dergelijk recht de doeltreffendheid van bestaande rechten van omroeporganisaties in het Unierecht, die nu, in beginsel, pas op het moment van vastlegging van een signaal in werking treden en wellicht ongeacht of de uitzending al dan niet auteursrechtelijk beschermd of ruw materiaal bevat, kan verbeteren. Dit geldt voor de rechten van richtlijn 2001/29 en richtlijn 2006/115. De werkingssfeer van richtlijn 93/83 wordt bepaald door de definities in artikel 1. In lid 1 van dat artikel is toegelicht dat satellieten moeten werken op frequentiebanden die alleen mogen worden gebruikt voor het uitzenden van signalen voor ontvangst door het publiek, of voor niet-openbare, individuele communicatie. Ten aanzien van dit tweede signaal heeft het Hof verklaard dat de individuele ontvangst van de signalen dient plaats te vinden onder omstandigheden die vergelijkbaar zijn met het eerste geval.¹¹³ Naar ik begrijp is het essentiële kenmerk van pre-broadcast programmadragende signalen juist dat zij (normaliter in tegenstelling tot de programma's waarvan zij drager zijn) niet zijn bestemd voor het publiek.

156. Het Unierecht geeft geen definitie van het begrip „omroeporganisaties”, hoewel zij natuurlijk kunnen worden omschreven als de rechthebbenden met betrekking tot de onder richtlijn 93/83, richtlijn 2001/29 en richtlijn 2006/115 beschermde uitzendingen. Het Unierecht laat zich echter niet uit over de vraag of organisaties die zich bezighouden met webcasting, simulcasting, of de uitzending van signalen via een andere nieuwe formule (ten gevolge van technologische ontwikkelingen) als rechthebbenden in de zin van die richtlijnen moeten worden gekwalificeerd. Afhankelijk van hun formulering kunnen definities van begrippen als deze gevolgen hebben voor het hele gebied van het Unierecht betreffende de rechten van omroeporganisaties, waaronder de rechten ten aanzien waarvan

110 — Zie in dat verband arrest van 23 januari 2014, Nintendo e.a. (C-355/12, punt 25).

111 — Zie hieronder, punt 156.

112 — Zie bijvoorbeeld artikel 10 van het WIPO-voorstel van 2001, aangehaald in voetnoot 14.

113 — Arrest van 14 juli 2005, Lagardère Active Broadcast (C-192/04, Jurispr. blz. I-7199, punten 24 en 34-36).

in het Unierecht uitdrukkelijk is bepaald dat de lidstaten rechthebbenden een ruimere bescherming kunnen bieden (wat niet wil zeggen dat de lidstaten ook de categorie van rechthebbenden zelf kunnen verruimen). Indien de definitie in het verdrag een absolute categorie in het leven roept die meer omvat dan de omroeporganisaties die volgens genoemde richtlijnen rechthebbenden zijn, is het mogelijk dat de invoering van die categorie de vrijheid van de Europese Unie om over haar eigen definitie te beslissen, beperkt. Mogelijk is dat niet het geval indien de definitie in het verdrag niet-uitputtend is en geen bescherming biedt aan andere entiteiten dan de huidige rechthebbenden volgens het Unierecht.

157. Beperkingen en uitzonderingen zijn in artikel 5 van richtlijn 2001/29 en artikel 10 van richtlijn 2006/115 nauwkeurig begrensd en kennelijk limitatief opgesomd. Zoals ik die bepalingen lees, voorzien zij een gesloten geheel van beperkingen en uitzonderingen en begrenst die opsomming de vrijheid van de lidstaten om te handelen. De lidstaten mogen die regels van Unierecht dus niet aantasten door autonome internationale verbintenissen aan te gaan.

158. Op het punt van de handhaving van rechten ben ik het met de Commissie eens dat niets in de beschikbare documentatie erop wijst dat het verdrag bepalingen met betrekking tot strafrechtelijke sancties zal bevatten. Ik ben in dit verband niet bereid een informeel stuk van de voorzitter van het betrokken comité voor de parallel gevoerde WIPO-onderhandelingen te aanvaarden als bewijs van de mogelijk reikwijdte van de onderhandelingen over het verdrag. Hoewel de lidstaten een aanzienlijke vrijheid hebben om sancties in het leven te roepen (niet alleen strafrechtelijke sancties, zelfs wanneer maatregelen zijn vastgesteld op de grondslag van artikel 83, lid 2, VWEU) in het geval van schending van de naburige rechten van omroeporganisaties, is de uitoefening van die vrijheid onderworpen aan het Unierecht.

159. Wat de beschermingstermijn aangaat, het Unierecht bepaalt de duur van de bescherming en het staat de lidstaten niet vrij van dat vereiste af te wijken.

160. De resterende twee gebieden betreffen de bescherming van technische voorzieningen en informatie over het beheer van rechten. Het is nog niet bekend of het verdrag verder zal gaan dan het acquis van de Unie, of anderszins een minimumnorm zal bepalen, en hoe „technische voorzieningen” en „informatie betreffende het beheer van rechten” daarin zullen worden gedefinieerd. Hoewel de lidstaten op grond van het Unierecht kennelijk nog enige bevoegdheid hebben om te bepalen welke vorm de „passende” rechtsbescherming moet krijgen, zijn de artikelen 6 en 7 van richtlijn 2001/29 niettemin bedoeld om een geharmoniseerde rechtsbescherming tot stand te brengen. Daaruit volgt dat ook indien het verdrag de inhoud van die bepalingen van Unierecht één op één zou overnemen, de Europese Unie exclusief bevoegd is.

161. Deze overwegingen leiden mij tot de conclusie dat de Commissie als zodanig niet heeft aangetoond dat de Europese Unie een exclusieve bevoegdheid heeft voor het *gehele* verdrag.

162. Brengen de mogelijke gevolgen van het verdrag voor andere delen van het Unierecht inzake de intellectuele eigendom wijziging in die conclusie?

163. Het Hof gaat bij de uitlegging van het Unierecht inzake intellectuele eigendom uit van de opvatting dat de in het Unierecht vervatte begrippen een autonome Unierechtelijke betekenis hebben¹¹⁴, vaak in verschillende contexten worden gebruikt en moeten worden gelezen tegen de achtergrond van de relevante regels van internationaal recht¹¹⁵, of ze nu zijn ontleend aan internationale overeenkomsten waarbij de Europese Unie partij is (en dus een integrerend deel zijn van de rechtsorde van de Unie), dan wel indirect gevolgen hebben voor de rechtsorde van de Unie (zoals in het geval van het Verdrag van Rome). De Commissie stelt dus terecht dat het Hof een

114 — Zie bijvoorbeeld arrest van 16 juli 2009, Infopaq International (C-5/08, Jurispr. blz. I-6569, punten 27-29; hierna: „arrest Infopaq”).

115 — Zie bijvoorbeeld arrest van 4 oktober 2011, Football Association Premier League e.a. (C-403/08 en C-429/08, Jurispr. blz. I-9083, punt 189), en arrest Infopaq, aangehaald in voetnoot 114, punt 32.

coherente uitlegging van het intellectuele eigendomsrecht, en in het bijzonder het auteursrecht en de naburige rechten, wil garanderen.¹¹⁶ In die context, en tenzij anders is bepaald, kan het zijn dat begrippen die niet in de ene richtlijn zijn gedefinieerd moeten worden uitgelegd in het licht van een andere richtlijn, met name wanneer twee richtlijnen zien op afzonderlijke aspecten van hetzelfde onderwerp, zoals, bijvoorbeeld, richtlijn 93/83 en richtlijn 2001/29.

164. Dit wil echter niet zeggen dat het Hof de betekenis van een begrip klakkeloos van de ene context omzet in de andere.¹¹⁷ Zou het verdrag bijvoorbeeld de omvang van het recht van mededeling aan het publiek zodanig verruimen dat het ook van toepassing wordt op de mededeling op andere plaatsen dan die welke tegen betaling van een toegangsprijs toegankelijk zijn, dan zou dit niet automatisch leiden tot wijziging van de strekking van het begrip „mededeling aan het publiek” in andere delen van het Unierecht inzake intellectuele eigendom, waar dit begrip hoe dan ook door afzonderlijke voorwaarden kan zijn afgebakend.

165. Relevant is verder dat zowel ingevolge het Verdrag van Rome als het Unierecht op het gebied van de rechten van omroeporganisaties, de bescherming van omroeporganisaties niet mag afdoen aan het auteursrecht of dit anderszins mag aantasten. De Commissie heeft niet onderbouwd op welke wijze de verruiming van de omvang van de bescherming of de invoering van nieuwe rechten voor omroeporganisaties het auteursrecht zou aantasten, terwijl bestaande rechten (die men kennelijk door „knippen-en-plakken” in het verdrag wil overnemen) dat niet kunnen doen.

166. Ik blijf derhalve bij het standpunt dat de Commissie als zodanig niet heeft aangetoond dat de Europese Unie een exclusieve bevoegdheid heeft om over alle onderdelen van het verdrag te onderhandelen. Wel plaats ik hierbij de kanttekening dat deze conclusie bijstelling kan behoeven naarmate verdere elementen van de inhoud van het verdrag bekend worden, mocht duidelijk worden dat de sluiting van het gehele verdrag „gevolgen kan hebben voor gemeenschappelijke regels of de strekking daarvan kan wijzigen” in de zin van artikel 3, lid 2, VWEU.

Tweede middel: artikel 218, lid 2, VWEU juncto artikel 13, lid 2, VEU

Argumenten

167. Volgens de Commissie schendt het bestreden besluit zowel artikel 218, lid 2, VWEU, waarin is bepaald dat alleen de Raad bevoegd is machtiging tot het openen van onderhandelingen over een internationale overeenkomst te verlenen en onderhandelingsrichtsnoeren vast te stellen, als artikel 13, lid 2, VEU, dat door het Hof in het arrest in zaak C-27/04 aldus is uitgelegd, dat de Raad niet voor een andere procedure kan kiezen.¹¹⁸ De Raad kan niet eenzijdig afwijken van de procedure van artikel 218, lid 2, VWEU door de lidstaten, gezamenlijk optredend in de Raad, in zijn besluitvormingsproces te betrekken. Het Parlement ondersteunt de conclusie van de Commissie.

168. De Raad, ondersteund door de interveniërende lidstaten, betoogt dat het geen verschil maakt of de machtiging om onderhandelingen te openen is vervat in één enkel „hybride” besluit, dan wel twee afzonderlijke besluiten van respectievelijk de Raad en de lidstaten. In deze context is de beslissing van de lidstaten om verdragsonderhandelingen aan te gaan, gebaseerd op internationaal publiekrecht, met name het beginsel van toestemming, en niet op artikel 218 VWEU of een andere verdragsbepaling. In deze omstandigheden strookt het gebruik van een hybride besluit ook met het vereiste van eenheid in de internationale vertegenwoordiging van de Europese Unie en het beginsel van loyale samenwerking.

116 — Zie mijn conclusie in zaak OSA (C-351/12, punt 25). Zie in dat verband ook arrest SCF, aangehaald in voetnoot 45, punten 75-77.

117 — Zie bijvoorbeeld arrest OSA, aangehaald in voetnoot 116, punten 35-41.

118 — Arrest Commissie/Raad, aangehaald in voetnoot 31, punt 81.

169. Het Verenigd Koninkrijk merkt nog op dat de Commissie voorbijgaat aan het feit dat de lidstaten, wanneer zij een gedeelde bevoegdheid uitoefenen, eveneens moeten instemmen met deelneming aan de onderhandelingen voor de sluiting van een gemengde overeenkomst. De Commissie stelt dus ten onrechte dat het bestreden besluit uitsluitend door de Raad had moeten worden genomen. Ook zou niet meer duidelijkheid bestaan over de vraag welke gebieden tot de bevoegdheid van de lidstaten behoren indien er twee afzonderlijke besluiten van respectievelijk de Raad en de lidstaten waren geweest. Bovendien belet artikel 218, lid 2, VWEU de lidstaten niet om met de Europese Unie samen te werken bij de onderhandelingen over een internationale overeenkomst betreffende aangelegenheden die onder een gedeelde bevoegdheid vallen.

Beoordeling

170. Naar mijn mening bieden de Verdragen geen ruimte voor vaststelling van het bestreden besluit door middel van de toegepaste methode.¹¹⁹

171. Uit de verdeling van de externe bevoegdheden volgt dat de Europese Unie en de lidstaten moeten samenwerken bij de onderhandeling, sluiting en uitvoering van de internationale overeenkomst. Die verplichting vloeit voort uit het vereiste van eenheid in de internationale vertegenwoordiging van de Europese Unie.¹²⁰ Elk van hen moet echter bij de onderhandeling, ondertekening, sluiting en bekrachtiging van internationale overeenkomsten zijn eigen constitutionele procedures volgen. De verplichting tot samenwerking verandert niets aan dat feit. Indien een internationale overeenkomst onder de exclusieve bevoegdheid van de Unie valt, kunnen enkel de constitutionele procedures van de Europese Unie van toepassing zijn. Indien ook de lidstaten bevoegd blijven, is op hun deelneming aan de internationale overeenkomst (en de onderhandelingen daarover) hun nationaal recht van toepassing en is op de rol van de Europese Unie het Unierecht van toepassing. Dat een internationale overeenkomst gemengd is, doet niet af aan het feit dat met betrekking tot de deelneming van de Unie aan die overeenkomst (en de onderhandelingen daarover) uitsluitend het Unierecht kan gelden.

172. Uit artikel 218, lid 2, VWEU blijkt volgens mij duidelijk dat uitsluitend de Raad bevoegd is om de Europese Unie machtiging te verlenen tot het openen van de onderhandelingen, de onderhandelingsrichtsnoeren vast te stellen en machtiging te verlenen tot ondertekening en sluiting van een internationale overeenkomst tussen de Europese Unie en derde landen of internationale organisaties. Artikel 218 geldt voor alle internationale overeenkomsten, ongeacht of de inhoud ervan onder de exclusieve bevoegdheid van de Unie valt, dan wel onder een met de lidstaten gedeelde bevoegdheid. Dit artikel bepaalt onder welke voorwaarden de Verdragen de Unie machtigen om internationale overeenkomsten aan te gaan.

173. Het specifieke instrument waarmee die machtiging wordt verleend, is een besluit in de zin van artikel 288, vierde alinea, VWEU: het is verbindend in al zijn onderdelen en, voor zover het is gericht tot de Commissie, is het alleen verbindend voor de Commissie. De vaststelling van zo'n besluit in de context van artikel 218 VWEU is voorbehouden aan de Raad. De lidstaten kunnen niets van de inhoud van het besluit bepalen en geen rol spelen bij de vaststelling ervan, net zoals de Raad niet kan beslissen hoe de lidstaten vorm geven aan hun participatie aan de onderhandelingen over een gemengde overeenkomst.

119 — Het besluit is niet het enige voorbeeld van een dergelijke hybride handeling. Zie bijvoorbeeld het besluit dat ter discussie staat in de aanhangige procedure in zaak C-28/12, Commissie/Raad (in die zaak is de aan het besluit ten grondslag liggende internationale overeenkomst een gemengde overeenkomst).

120 — Zie bijvoorbeeld Commissie/Zweden, aangehaald in voetnoot 3, punt 73 en de daarin aangehaalde rechtspraak.

174. Deze uitlegging vindt steun in andere onderdelen van artikel 218 VWEU, dat zowel op gemengde als op exclusieve overeenkomsten van toepassing is. Lid 3, bijvoorbeeld, schrijft voor dat de Commissie met betrekking tot de machtiging aanbevelingen doet aan de Raad (niet aan de lidstaten). Met uitzondering van artikel 218, lid 11, VWEU (betreffende een verzoek om advies aan het Hof), wordt in geen van de andere leden van artikel 218 melding gemaakt van (een rol voor) de lidstaten.

175. Het Hof heeft uitgemaakt dat de regels in de Verdragen betreffende de besluitvorming van de instellingen van de Unie „niet ter beschikking staan van de lidstaten of van de instellingen zelf”.¹²¹ Overeenkomstig het beginsel van attributie van artikel 13, lid 2, VEU¹²², moet de Raad dus handelen binnen de grenzen van de aan hem toegedeelde bevoegdheden en kan hij niet op eigen initiatief de lidstaten bij een besluitvormingsprocedure betrekken wanneer de Verdragen anders bepalen. De Raad kan evenmin een beroep doen op het beginsel van de organisatorische vrijheid om dat te bewerkstelligen. Dat beginsel (net als het beginsel van loyale samenwerking) kan uitsluitend worden ingeroepen door een instelling die binnen de grenzen van zijn bevoegdheid handelt. Ergo, een besluit in de zin van artikel 218, lid 2, VWEU kan alleen maar door de Raad worden genomen.

176. Het argument dat het bestreden besluit niet meer is dan de som van een besluit van de Raad en een intergouvernementele handeling van de lidstaten overtuigt mij niet. Dat argument veronderstelt dat aan de procedurele voorschriften van artikel 218 VWEU is voldaan door ieder formeel instrument dat de Raad een „besluit” noemt, zolang het maar een element bevat van een besluit dat onder dat artikel moet worden vastgesteld. In de Verdragen wordt er echter van uitgegaan dat de instelling die een besluit neemt verantwoordelijk is voor de gehele inhoud daarvan.

177. Wat de inhoud van het besluit betreft, belet artikel 218, lid 2, VWEU niet dat de Raad de Commissie machtiging verleent tot het openen van onderhandelingen over een internationale overeenkomst in overeenstemming met de verdeling van de bevoegdheden ten aanzien van een bepaald gebied, en te voorzien dat die overeenkomst een gemengde kan zijn. Het machtigt de Raad echter niet te bepalen hoe de lidstaten over de internationale overeenkomst zullen onderhandelen in het geval dat het om een gemengde overeenkomst gaat.¹²³ Toch is dat precies de strekking van het derde lid van het bestreden besluit.

178. Ik ben daarom van mening dat het tweede middel gegrond is.

Derde middel: artikel 218, lid 8, eerste alinea, VWEU en artikel 16, lid 3, VEU

Argumenten

179. De Commissie, ondersteund door het Parlement, stelt dat de Raad door het bestreden besluit in onderling overleg vast te stellen artikel 218, lid 8, VWEU heeft geschonden, nu het bestreden besluit met gekwalificeerde meerderheid van stemmen moest worden vastgesteld. Die algemene regel is ook neergelegd in artikel 16, lid 3, VEU. Door een besluit van de Unie en een intergouvernementeel besluit samen te voegen in een hybride handeling, heeft de Raad in feite de procedure van artikel 218, lid 8, VWEU uitgehold, afbreuk gedaan aan de nuttige werking van het besluitvormingsproces, mogelijk de inhoud van het bestreden besluit beïnvloed en de vaststelling van het bestreden besluit onderworpen aan de strengere meerderheid die is vereist voor de vaststelling van een intergouvernementele handeling. Harmonisatiemaatregelen in het intellectuele eigendomsrecht die de

121 — Arrest van 23 februari 1988, Verenigd Koninkrijk/Raad (68/86, Jurispr. blz. 855, punt 38), en arrest van 6 mei 2008, Parlement/Raad (C-133/06, Jurispr. blz. I-3189, punt 54). Zie ook arrest C-27/04, aangehaald in voetnoot 31, punt 81.

122 — Zie met betrekking tot het beginsel van attributie bijvoorbeeld arrest Parlement/Raad, aangehaald in voetnoot 121, punt 44 en de daarin aangehaalde rechtspraak.

123 — Ik wil in dit verband verduidelijken dat het in casu niet gaat om de situatie waarin de lidstaten de instellingen taken hebben opgedragen die buiten het kader van de Unie vallen [zie dienaangaande arrest van 27 november 2012, Pringle (C-370/12, punten 158-169)].

bescherming van de rechten van omroeporganisaties verbeteren, moeten worden vastgesteld in overeenstemming met de gewone wetgevingsprocedure (gekwalificeerde meerderheid van stemmen). Het standpunt van de Raad dat hetzelfde resultaat kan worden bereikt door middel van onderhandelingen over een internationale overeenkomst waaraan alle lidstaten deelnemen en waarop dus eenparigheid van stemmen van toepassing is, is paradoxaal.

180. Het Parlement merkt nog op dat een hybride handeling niet louter een samenvoeging is van twee besluiten. Lidstaten kunnen verschillende standpunten over de bevoegdheid van de Europese Unie hebben wanneer zij optreden als leden van de Raad, en over hun eigen bevoegdheden wanneer zij optreden als individuele staten. Bij een dergelijke praktijk bestaat ook het risico dat afbreuk wordt gedaan aan de institutionele balans die is weerspiegeld in artikel 218 VWEU (met name de leden 6 en 10) en het Kaderakkoord over de betrekkingen tussen het Europees Parlement en de Europese Commissie¹²⁴, volgens welke het Parlement in alle fasen van de onderhandelingen over en de sluiting van internationale overeenkomsten onmiddellijk en volledig wordt ingelicht, en ook voldoende tijdig opdat het zijn standpunt kenbaar kan maken en de Commissie met dat standpunt rekening kan houden.

181. De Raad, ondersteund door de interveniërende lidstaten, antwoordt dat het bestreden besluit is vastgesteld met een gekwalificeerde meerderheid op het punt van de exclusieve bevoegdheid van de Europese Unie, en in onderling overleg tussen de vertegenwoordigers van de lidstaten op het punt van hun bevoegdheden. Dit betekent niet dat de gekwalificeerde meerderheid is vervangen door eenparigheid van stemmen en aldus afbreuk is gedaan aan de stemprocedure van artikel 218 VWEU. Bovendien betekent het feit dat geen enkele delegatie in de Raad tegen het bestreden besluit was niet dat de stemprocedure niet is geëerbiedigd. Ook indien het bestreden besluit uitsluitend door de Raad was vastgesteld, hadden de onderhandelingen over het verdrag niet kunnen aanvangen zonder een afzonderlijk(e) besluit of machtiging van de lidstaten.

Beoordeling

182. Besluiten waarbij machtiging wordt verleend tot het openen van onderhandelingen over een internationale overeenkomst tussen de Europese Unie en derden moeten worden vastgesteld door de Raad met een gekwalificeerde meerderheid van stemmen. Die stemprocedure betreft de inhoud van het besluit. Een onderscheid op basis van een gedeelde of exclusieve bevoegdheid van de Unie wordt daarbij niet gemaakt. De stemprocedure kan echter niet gelden voor de vaststelling van een besluit waarvan de inhoud niet onder de bevoegdheid van de Unie valt.

183. Niets in de stukken wijst erop dat de stemming binnen de Raad geen betrekking had op de volledige inhoud van het bestreden besluit. Met andere woorden, de Raad heeft de stemprocedure toegepast op een onlosmakelijk geheel van bepalingen. In die zin is dit soort hybride handeling niet vergelijkbaar met een handeling die, vanwege haar inhoud, een dubbele rechtsgrondslag heeft waarvan de ene eenparigheid vereist en de andere een gekwalificeerde meerderheid. De Verdragen voorzien één enkele stemprocedure die geldt voor het besluit waarbij de Raad machtiging verleent tot het openen van onderhandelingen.

184. Het bestreden besluit kon in beginsel op drie verschillende manieren worden vastgesteld. Hebben de Raad en de lidstaten afzonderlijk over het bestreden besluit gestemd, met inachtneming van afzonderlijke stemprocedures? Is uitsluitend eenparigheid toegepast, zoals de Commissie stelt? Of is het besluit in zijn geheel vastgesteld met slechts een gekwalificeerde meerderheid van stemmen?

185. Hoe het antwoord ook luidt, de vaststelling van het bestreden besluit kan mijns inziens onmogelijk zijn geschied volgens de stemprocedure van artikel 218, lid 8, VWEU.

124 — PB 2010, L 304, blz. 47.

186. De derde optie kan worden uitgesloten: het bestreden besluit kan niet een intergouvernementele handeling bevatten en niettemin met een gekwalificeerde meerderheid zijn aangenomen.

187. De Raad is niet bevoegd om de lidstaten machtiging te verlenen tot het openen van onderhandelingen over een gemengde overeenkomst en de details van de bij die onderhandelingen te volgen methode vast te stellen. De Verdragen staan dan ook niet de toepassing van de stemprocedure van artikel 218, lid 8, VWEU toe op een dergelijk besluit, en een afzonderlijke stemming (de eerste optie) is daarmee ook uitgesloten.

188. Aangezien het bestreden besluit inderdaad zowel een intergouvernementele handeling als een handeling van de Unie omvat, en niettemin in één enkele stemprocedure is vastgesteld, kan het niet met een gekwalificeerde meerderheid zijn aangenomen. Het moet met eenparigheid van stemmen zijn vastgesteld (de tweede optie).

189. Het is natuurlijk wel zo dat bij eenparigheid ook sprake is van gekwalificeerde meerderheid. Dat wil echter niet zeggen dat de eenparigheid geen enkel verschil maakt voor de inhoud van een besluit. Een besluit waar eenieder zich in kan vinden of waar niemand tegen is, is niet noodzakelijkerwijs hetzelfde als een besluit waar een gekwalificeerde meerderheid achter staat. Zo kan het zijn dat de inhoud van een besluit dat op een gekwalificeerde meerderheid kan rekenen, moet worden afgezwakt om zonder tegenstand met eenparigheid van stemmen te kunnen worden goedgekeurd.

190. Het derde middel is dus eveneens gegrond.

Vierde middel: Verdragsdoelstellingen en de verplichting tot loyale samenwerking van artikel 13, lid 2, VEU juncto artikel 218, lid 2, VWEU

Argumenten

191. De Commissie, ondersteund door het Parlement, stelt dat de Raad door het bestreden besluit vast te stellen artikel 13, lid 2, VEU, juncto artikel 218, lid 2, VWEU heeft geschonden, omdat de Raad niet in overeenstemming met de doelstellingen van de Verdragen heeft gehandeld en een besluit heeft genomen in strijd met het beginsel van loyale samenwerking. In het kader van die doelstellingen moet worden gespecificeerd hoe en door wie de bevoegdheden van de Unie in de externe betrekkingen moeten worden uitgeoefend, en moet de eenheid in de internationale vertegenwoordiging van de Europese Unie zijn gegarandeerd. Volgens de Commissie houdt de enkele vaststelling van een hybride besluit op zich een schending in van de Verdragsdoelstellingen. De Raad heeft door dit handelen de persoonlijkheid van de Europese Unie en haar presentie en positie in de internationale betrekkingen vertroebeld. Bovendien had de Raad, in overeenstemming met de verplichting tot samenwerking tussen de instellingen, zijn bevoegdheden moeten uitoefenen zonder voorbij te gaan aan de procedures van artikel 218 VWEU en had hij de lidstaten niet een rol mogen toebedelen die niet in de Verdragen is voorzien.

192. De Raad, ondersteund door de interveniërende lidstaten, ontkent dat het bestreden besluit de internationale gemeenschap kan verwarren en stelt dat een eventuele verwarring juist voortkomt uit het feit dat de Commissie de enige onderhandelingspartner is, zelfs voor zaken die onder de bevoegdheden van de lidstaten vallen. De Raad stelt verder dat artikel 218, lid 2, VWEU niet kan worden toegepast op internationale overeenkomsten die onder de bevoegdheid van de lidstaten vallen en ontkent dat hij heeft gehandeld in strijd met het beginsel van loyale samenwerking. De verplichting tot samenwerking noopte juist tot een gezamenlijk optreden van de Raad en de lidstaten. De Raad stelt voorts meer in het algemeen dat het vierde middel van de Commissie voornamelijk is gebaseerd op speculaties of veronderstellingen.

Beoordeling

193. Het Hof heeft erkend dat een verband bestaat tussen, enerzijds, de noodzaak van eenheid en samenhang in de externe betrekkingen van de Europese Unie en, anderzijds, het beginsel van loyale samenwerking. Het beginsel volgens hetwelk de lidstaten en de instellingen van de Unie moeten zorgen voor een nauwe samenwerking bij de onderhandeling, sluiting en uitvoering van internationale overeenkomsten „vloeit voort uit het vereiste van eenheid in de internationale vertegenwoordiging van de Gemeenschap”.¹²⁵ Het beginsel van loyale samenwerking is van toepassing op zowel intern als extern optreden, en ook op interinstitutionele betrekkingen.¹²⁶ Het is van toepassing ongeacht of de externe bevoegdheid van de Europese Unie gedeeld is dan wel exclusief¹²⁷, hoewel de noodzaak van samenwerking des te sterker geldt wanneer het om de onderhandelingen over en sluiting van een gemengde overeenkomst gaat.¹²⁸ De instellingen van de Unie en de lidstaten moeten dus al in een vroeg stadium van de onderhandelingen alert zijn op de toepasselijke bevoegdheidsverdeling. De noodzaak om eenheid en samenhang in de externe betrekkingen van de Unie te garanderen ligt ten grondslag aan het gehele gebied van de externe betrekkingen (en was ook de ratio achter het AETR-beginsel). Het ziet met name op externe betrekkingen, maar kan niettemin gevolgen hebben voor het interne optreden van de Unie.

194. Indien de Europese Unie krachtens artikel 3, lid 2, VWEU exclusief bevoegd is om over het verdrag te onderhandelen, compromitteert een besluit dat ertoe strekt dat ook de lidstaten over (een deel van) die overeenkomst onderhandelen noodzakelijkerwijs artikel 218 VWEU en doet het afbreuk aan de bevoegdheden en handelingen van de instellingen van de Unie. Het besluit zou daarmee ook in strijd zijn met de doelstellingen van de Verdragen. De verplichting om de bevoegdheidsverdeling (met inbegrip van die van artikel 2, lid 1, VWEU) te eerbiedigen en het beginsel van attributie zijn een uitdrukking van het beginsel van loyale samenwerking, zodat geen afzonderlijke vaststelling in het kader van artikel 13, lid 2, VEU is vereist.¹²⁹

195. Indien de Europese Unie geen exclusieve bevoegdheid heeft om over het gehele verdrag te onderhandelen, is de samenwerking tussen de instellingen van de Unie en de lidstaten ontegenzeggelijk een essentiële voorwaarde om een gemengde overeenkomst te kunnen sluiten. Hoewel een gezamenlijk besluit inderdaad een uiting is van misschien wel de nauwste vorm van samenwerking, kunnen procedurele voorschriften niet opzij worden gezet omwille van het beginsel van loyale samenwerking. Ik heb in dat verband al toegelicht waarom de Verdragen volgens mij geen ruimte bieden voor de vaststelling van een hybride handeling. Ik acht het dan ook niet noodzakelijk om ten aanzien van het vierde middel tot een afzonderlijke vaststelling te komen.

Kosten

196. De Commissie is in het gelijk gesteld en heeft gevorderd dat de Raad wordt verwezen in de kosten. Volgens artikel 138, lid 1, van het Reglement voor de procesvoering wordt de in het ongelijk gestelde partij verwezen in de kosten, voor zover dit is gevorderd. Artikel 140, lid 1, van het Reglement voor de procesvoering bepaalt dat de instellingen die in het geding zijn tussengekomen hun eigen kosten dragen.

125 — Arrest Commissie/Zweden, aangehaald in voetnoot 3, punt 73 en de daarin aangehaalde rechtspraak.

126 — Zie bijvoorbeeld arrest van 10 december 2002, Commissie/Raad (C-29/99, Jurispr. blz. I-11221, punt 69 en de daarin aangehaalde rechtspraak).

127 — Arrest Commissie/Zweden, aangehaald in voetnoot 3, punt 71 en de daarin aangehaalde rechtspraak.

128 — Arrest Commissie/Zweden, aangehaald in voetnoot 3, punt 73 en de daarin aangehaalde rechtspraak, en advies 1/94, aangehaald in voetnoot 62, punt 108 en de daarin aangehaalde rechtspraak.

129 — Zie bijvoorbeeld ook arresten van 30 mei 2006, Commissie/Ierland („MOX Plant”, C-459/03, Jurispr. blz. I-4635, punten 169-171); 19 mei 1992, Commissie/Duitsland (C-195/90, Jurispr. blz. I-3141, punten 36-38), en 11 maart 1992, Compagnie Commerciale de l'Ouest e.a. (C-78/90-C-83/90, Jurispr. blz. I-1847, punt 19).

Conclusie

197. Gelet op het voorgaande geef ik het Hof in overweging:

- het besluit van 19 december 2011 van de Raad en de vertegenwoordigers van de regeringen van de lidstaten in de Raad bijeen inzake de deelname van de Europese Unie en haar lidstaten aan de onderhandelingen over een verdrag van de Raad van Europa voor de bescherming van de rechten van omroeporganisaties, nietig te verklaren;
- te bepalen dat de Raad van de Europese Unie de eigen kosten en die van de Commissie draagt; en tevens
- te bepalen dat de Tsjechische, de Duitse, de Nederlandse, de Poolse en de Britse regering en het Parlement de eigen kosten dragen.