CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL
J. KOKOTT
van 21 maart 2013[1]

Zaak C-431/11

Verenigd Koninkrijk van Groot-Brittannië en Noord-Ierland
tegen

Raad van de Europese Unie

„Externe betrekkingen — Coördinatie van socialezekerheidsstelsels — Voorgenomen overeenkomst inzake wijziging van bijlage VI (Sociale zekerheid) en Protocol 37 bij EER-Overeenkomst — Uitbreiding van regeling van verordening (EG) nr. 883/2004 naar Europese Economische Ruimte — Besluit 2011/407/EU van de Raad over door de Europese Unie in het Gemengd Comité van de EER in te nemen standpunt — Keuze van juiste materiële rechtsgrondslag — Artikel 48 VWEU, artikel 79, lid 2, sub b, VWEU of artikel 217 VWEU”

I – Inleiding

1. Op welke rechtsgrondslag mag de Europese Unie zich baseren om haar interne bepalingen inzake sociale zekerheid uit te breiden naar derde landen? Deze uit politiek oogpunt precaire vraag staat centraal in het onderhavige geschil tussen het Verenigd Koninkrijk van Groot-Brittannië en Noord-Ierland en de Raad van de Europese Unie met hun respectieve interveniënten.

2. Aanleiding voor dit geschil was de uitbreiding van de nieuwe binnen de Unie geldende bepalingen inzake de coördinatie van de socialezekerheidsstelsels naar de Europese Economische Ruimte (EER) bij besluit van het Gemengd Comité van de EER. Met het oog daarop had de Raad reeds eerder bij besluit 2011/407/EU[2] het door de Unie in te nemen standpunt bepaald en zich daarbij gebaseerd op de bepalingen inzake het vrije verkeer van werknemers binnen de Europese interne markt, te weten artikel 48 VWEU.

3. Met het onderhavige beroep tot nietigverklaring komt het Verenigd Koninkrijk op tegen dit besluit. Anders dan de Raad en de Commissie is het Verenigd Koninkrijk, ondersteund door Ierland, van mening dat niet de bepalingen inzake het vrije verkeer van werknemers, maar de bepalingen inzake de rechten van onderdanen van derde landen in het kader van de ruimte van vrijheid, veiligheid en recht dienen te worden toegepast, te weten artikel 79, lid 2, sub b, VWEU.

4. Op het eerste gezicht lijkt de afbakening tussen artikel 48 VWEU en artikel 79, lid 2, sub b, VWEU of ook de verhouding tussen deze twee bepalingen en de algemene bevoegdheid tot het sluiten van associatieovereenkomsten conform artikel 217 VWEU vooral van technische aard te zijn. In werkelijkheid is deze echter van grote praktische betekenis, inzonderheid wat het Verenigd Koninkrijk

1 — Oorspronkelijke taal: Duits.

2 — Besluit 2011/407/EU van de Raad van 6 juni 2011 over het door de Europese Unie in het Gemengd Comité van de EER in te nemen standpunt inzake een wijziging van bijlage VI (Sociale zekerheid) en Protocol 37 bij de EER-overeenkomst (PB L 182, blz. 12).

en Ierland betreft. Want op grond van een uitzonderingsregeling staat het deze twee lidstaten in het kader van artikel 79, lid 2, sub b, VWEU vrij of zij wel of niet willen deelnemen aan wetgevingshandelingen van de Unie (zogenoemde „opt-in-oplossing"), terwijl zij in het kader van artikel 48, eerste alinea, VWEU niet beschikken over enige bijzondere rechten en hooguit ten aanzien van wetgevingshandelingen gebruik kunnen maken van het zogenoemde „noodrem-mechanisme" (artikel 48, tweede alinea, VWEU).

5. Het arrest van het Hof in het onderhavige geval zal richtingwijzend zijn voor andere, vergelijkbare gevallen waarin de Unie in het kader van internationale overeenkomsten bepalingen van sociale wetgeving naar derde landen wenst uit te breiden. In dit verband dienen in het bijzonder de gevallen van Zwitserland en Turkije te worden vermeld die op dit moment eveneens onderwerp van beroepen tot nietigverklaring van het Verenigd Koninkrijk tegen de Raad zijn. [3]

II – Rechtskader

6. Het rechtskader van de onderhavige zaak wordt enerzijds bepaald door het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU) en anderzijds door de Overeenkomst betreffende de Europese Economische Ruimte (EER-Overeenkomst) [4], inclusief de respectieve aanvullende protocollen.

A – *VWEU*

7. In deel III, titel IV, van het VWEU is artikel 48 te vinden waarvan het eerste lid luidt als volgt:

„Het Europees Parlement en de Raad stellen volgens de gewone wetgevingsprocedure de maatregelen vast welke op het gebied van de sociale zekerheid noodzakelijk zijn voor de totstandkoming van het vrije verkeer van werknemers met name door een stelsel in te voeren waardoor het mogelijk is voor al dan niet in loondienst werkzame migrerende werknemers en hun rechthebbenden te waarborgen:

a) cumulatie van de perioden die volgens de verschillende nationale wetgevingen bepalend zijn voor het verkrijgen en behouden van het recht op uitkeringen en voor het berekenen van deze uitkeringen;

b) dat de uitkeringen aan personen die op het grondgebied van de lidstaten verblijven, zullen worden uitbetaald."

8. Artikel 79 VWEU, dat behoort tot de bepalingen inzake „de ruimte van vrijheid, veiligheid en recht" in deel III, titel V, van het VWEU, luidt, voor zover hier van belang, als volgt:

„1. De Unie ontwikkelt een gemeenschappelijk immigratiebeleid, dat erop gericht is in alle stadia te zorgen voor een efficiënt beheer van de migratiestromen, een billijke behandeling van onderdanen van derde landen die legaal op het grondgebied van de lidstaten verblijven, en een preventie en intensievere bestrijding van illegale immigratie en mensenhandel.

2. Voor de toepassing van lid 1 stellen het Europees Parlement en de Raad volgens de gewone wetgevingsprocedure maatregelen vast op de volgende gebieden:

[...]

3 — Aanhangige zaken C-656/11 (Verenigd Koninkrijk/Raad) en C-81/13 (Verenigd Koninkrijk/Raad).

4 — PB L 1, blz. 1.

b) de omschrijving van de rechten van onderdanen van derde landen die legaal in een lidstaat verblijven, alsook de voorwaarden ter regeling van het vrije verkeer en het vrije verblijf in andere lidstaten;

[...]"

9. Volledigheidshalve wijs ik nog op artikel 218, lid 9, VWEU:

„De Raad stelt, op voorstel van de Commissie of van de hoge vertegenwoordiger van de Unie voor buitenlandse zaken en veiligheidsbeleid, 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."

Protocol nr. 21 bij het EU-Verdrag en bij het VWEU

10. Bij het EU-Verdrag en het VWEU is een protocol gevoegd over de positie van het Verenigd Koninkrijk en Ierland ten aanzien van de ruimte van vrijheid, veiligheid en recht (Protocol nr. 21). Wat het Verenigd Koninkrijk betreft, geldt dit Protocol voor de gehele ruimte van vrijheid, veiligheid en recht; wat Ierland betreft, is artikel 75 VWEU van het toepassingsgebied van het Protocol uitgezonderd (zie artikel 9 van Protocol nr. 21).

11. Uit artikel 1, lid 1, eerste zin, en artikel 3 van Protocol nr. 21 vloeit voort dat het Verenigd Koninkrijk en Ierland „niet deel[nemen] aan de aanneming door de Raad van overeenkomstig deel III, titel V, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie voorgestelde maatregelen", tenzij zij binnen een termijn van drie maanden na de indiening van een voorstel of een initiatief de voorzitter van de Raad er schriftelijk van in kennis stellen dat zij wensen deel te nemen aan de aanneming en toepassing van de voorgestelde maatregel.

12. Zoals bovendien blijkt uit artikel 2 van Protocol nr. 21 „zijn de bepalingen van deel III, titel V, [VWEU,] de overeenkomstig die titel aangenomen maatregelen, de bepalingen in door de Unie overeenkomstig die titel gesloten internationale overeenkomsten en de beslissingen van het Hof van Justitie van de Europese Unie ter uitlegging van die bepalingen of maatregelen niet bindend voor, noch van toepassing in het Verenigd Koninkrijk en Ierland". Voorts laten „bedoelde bepalingen, maatregelen en beslissingen [...] de bevoegdheden, rechten en verplichtingen van deze staten onverlet".

B – *EER-Overeenkomst*

13. De EER-Overeenkomst werd namens de toenmalige Europese Gemeenschappen op 13 december 1993 goedgekeurd door de Raad en de Commissie waarbij artikel 238 EEG (thans artikel 217 VWEU) als materiële rechtsgrondslag diende.[5] De EER-Overeenkomst is een gemengde overeenkomst waarbij naast de Europese Unie als rechtsopvolger van de Europese Gemeenschappen ook haar lidstaten als overeenkomstsluitende partijen betrokken zijn.

5 — Besluit 94/1/EG van de Raad en de Commissie van 13 december 1993 betreffende de sluiting van de Overeenkomst betreffende de Europese Economische Ruimte tussen de Europese Gemeenschappen, hun lidstaten en de Republiek Oostenrijk, de Republiek Finland, de Republiek IJsland, het Vorstendom Liechtenstein, het Koninkrijk Noorwegen, het Koninkrijk Zweden en de Zwitserse Bondsstaat (PB L 1, blz. 1).

14. Luidens artikel 1, lid 1, is de EER-Overeenkomst een associatieovereenkomst met als doel „de bevordering van een gestadige en evenwichtige versterking van de handel en de economische betrekkingen tussen de overeenkomstsluitende partijen onder gelijke mededingingsvoorwaarden en met inachtneming van dezelfde voorschriften, met het oog op de totstandbrenging van een homogene Europese Economische Ruimte".

15. Om de doelstellingen van de EER-Overeenkomst te realiseren, omvat de associatie niet in de laatste plaats de vier fundamentele vrijheden van de Europese interne markt, inzonderheid „het vrije verkeer van werknemers" (artikel 1, lid 2, sub b, EER-Overeenkomst), alsmede „nauwere samenwerking op andere gebieden, zoals [...] het sociaal beleid" (artikel 1, lid 2, sub f, EER-Overeenkomst).

16. Overeenkomstig artikel 7 van de EER-Overeenkomst zijn „de in de bijlagen bij deze Overeenkomst of in beschikkingen van het Gemengd Comité van de EER vermelde of vervatte besluiten [...] verbindend voor de overeenkomstsluitende partijen en maken deel uit van of worden opgenomen in hun interne rechtsorde", waarbij volgens punt a van deze bepaling „een met een EEG-verordening overeenstemmend besluit [...] als zodanig [wordt] opgenomen in de interne rechtsorde van de overeenkomstsluitende partijen".

17. Artikel 28 van de EER-Overeenkomst bevat een met artikel 45 VWEU overeenstemmende regeling inzake het vrije verkeer van werknemers binnen de EER, en artikel 29 van de EER-Overeenkomst bevat een bepaling die correspondeert met artikel 48 VWEU.

18. In artikel 98 van de EER-Overeenkomst wordt aan het Gemengd Comité van de EER de bevoegdheid verleend om de bijlagen bij de EER-Overeenkomst en enkele protocollen bij de EER-Overeenkomst, onder meer Protocol 37, te wijzigen.

19. In de oorspronkelijke versie van bijlage VI (Sociale zekerheid) bij de EER-Overeenkomst[6] wordt onder het opschrift „Besluiten waarnaar wordt verwezen" verordening (EEG) nr. 1408/71[7] genoemd. Diezelfde verordening wordt ook genoemd in de oorspronkelijke versie van Protocol 37 bij de EER-Overeenkomst[8], in verband met de „Administratieve Commissie voor de sociale zekerheid van migrerende werknemers". Deze twee verwijzingen zullen thans, overeenkomstig het besluit nr. 76/2011 van het Gemengd Comité van de EER[9], in wezen worden vervangen door verwijzingen naar verordening (EG) nr. 883/2004[10] en verordening (EG) nr. 988/2009[11].

III – Achtergrond van het geschil

20. De binnen de Unie geldende bepalingen inzake de coördinatie van de socialezekerheidsstelsels waren lange tijd opgenomen in verordening nr. 1408/71. Per 1 mei 2010 zijn deze vervangen door verordening nr. 883/2004, die later op haar beurt onder meer werd gewijzigd bij verordening nr. 988/2009.

6 — PB L 1, blz. 327.

7 — Verordening (EG) nr. 1408/71 van de Raad van 14 juni 1971 betreffende de toepassing van de socialezekerheidsregelingen op werknemers en zelfstandigen, alsmede op hun gezinsleden, die zich binnen de Gemeenschap verplaatsen (voor het eerst gepubliceerd in PB L 149, blz. 2, en daarna veelvuldig gewijzigd).

8 — PB L 1, blz. 206.

9 — Besluit van het Gemengd Comité van de EER nr. 76/2011 van 1 juli 2011 tot wijziging van bijlage VI (Sociale zekerheid) en Protocol nr. 37 bij de EER-overeenkomst (PB L 262, blz. 33).

10 — Verordening (EG) nr. 883/2004 van het Europees Parlement en de Raad van 29 april 2004 betreffende de coördinatie van de socialezekerheidsstelsels (PB L 166, blz. 1).

11 — Verordening (EG) nr. 988/2009 van het Europees Parlement en de Raad van 16 september 2009 tot wijziging van verordening (EG) nr. 883/2004 betreffende de coördinatie van de socialezekerheidsstelsels, en tot vaststelling van de inhoud van de bijbehorende bijlagen (PB L 284, blz. 43).

21. In het Gemengd Comité van de EER bestond het voornemen om de bepalingen inzake de sociale zekerheid in bijlage VI bij de EER-Overeenkomst en in Protocol 37 bij de EER-Overeenkomst aan te passen aan de gewijzigde rechtssituatie binnen de Unie en verordening nr. 883/2004 op te nemen in de EER-Overeenkomst. Hiervoor moesten inzonderheid de in bijlage VI en in Protocol 37 opgenomen verwijzingen naar verordening nr. 1408/71 worden vervangen door verwijzingen naar verordening nr. 883/2004 en verordening nr. 988/2009.

22. Tegen deze achtergrond heeft de Commissie een voorstel voor een besluit van de Raad over het door de Europese Unie in het Gemengd Comité van de EER in te nemen standpunt overgelegd. De oorspronkelijke versie van dit voorstel dateert van 9 september 2010 en was nog gebaseerd op artikel 48 VWEU, artikel 352 VWEU en artikel 218, lid 9, VWEU.[12] Later, op 10 maart 2011, wijzigde de Commissie haar voorstel in die zin dat thans artikel 48 VWEU en artikel 218, lid 9, VWEU als rechtsgrondslagen worden gebruikt.[13] Als reden voor het wegvallen van artikel 352 VWEU als aanvullende rechtsgrondslag voerde de Commissie aan dat het Verdrag van Lissabon de bevoegdheid van de Unie conform artikel 48 VWEU tot buiten het klassieke terrein van de migrerende werknemers heeft uitgebreid naar zelfstandigen.

23. Op 6 juni 2011 nam de Raad besluit 2011/407 aan waarmee hij het standpunt van de Unie in het Gemengd Comité van de EER heeft bepaald (hierna ook: „bestreden besluit"). Dit besluit berust, zoals voorgesteld door de Commissie, op artikel 48 VWEU en artikel 218, lid 9, VWEU.

24. Bij besluit nr. 76/2011 van 1 juli 2011 heeft het Gemengd Comité van de EER de voorgenomen wijzigingen in bijlage VI (Sociale zekerheid) en in Protocol 37 bij de EER-Overeenkomst doorgevoerd. Voor de inwerkingtreding van dit besluit is evenwel vereist dat wordt voldaan aan bepaalde constitutionele vereisten van een van de EER-partijen.

IV – Procesverloop voor het Hof en conclusies van partijen

25. Bij verzoekschrift van 16 augustus 2011 heeft het Verenigd Koninkrijk een beroep tot nietigverklaring van besluit 2011/407 ingesteld. Het Verenigd Koninkrijk is van mening dat het bestreden besluit niet op artikel 48 VWEU, maar op artikel 79, lid 2, sub b, VWEU had moeten worden gebaseerd.

26. De president van het Hof heeft bij beschikking van 10 januari 2012 Ierland als interveniënt aan de zijde van verzoeker en de Europese Commissie als interveniënte aan de zijde van verweerder toegelaten.

27. Het Verenigd Koninkrijk vordert, ondersteund door Ierland,

— besluit 2011/407/EU nietig te verklaren;

— de werking van die nietigverklaring op te schorten totdat de Raad op grond van artikel 79, lid 2, sub b, VWEU een nieuw besluit vaststelt over het door de Europese Unie in het Gemengd Comité van de Europese Economische Ruimte (EER) in te nemen standpunt inzake een wijziging van bijlage VI (Sociale zekerheid) en Protocol 37 bij de EER-Overeenkomst;

— de Raad te verwijzen in de kosten.[14]

28. De Raad vordert, ondersteund door de Commissie,

12 — SEC(2010) 1013 def.

13 — SEC(2011) 261 def.

14 — Ierland heeft als interveniënt geen vordering ten aanzien van de proceskosten ingediend.

— het beroep te verwerpen;

— verzoeker te verwijzen in de kosten.

29. Bij het Hof zijn eerst schriftelijke opmerkingen over het beroep van het Verenigd Koninkrijk ingediend. Vervolgens heeft er op 6 februari 2013 een mondelinge behandeling plaatsgevonden.

V – Beoordeling

30. Het beroep van het Verenigd Koninkrijk is gebaseerd op één enkele nietigheidsgrond, namelijk dat de Raad bij de bepaling van het standpunt van de Unie een onjuiste rechtsgrondslag heeft gebruikt en zodoende het beginsel van attributie van bevoegdheid (artikel 5, lid 1, eerste zin, EU)[15] heeft geschonden.

31. In *procedureel opzicht* zijn alle betrokkenen het erover eens dat het standpunt van de Unie door de Raad van de Europese Unie terecht in de vorm van een besluit overeenkomstig artikel 218, lid 9, VWEU is vastgelegd. Want het Gemengd Comité van de EER is een bij de EER-Overeenkomst ingesteld lichaam dat bevoegd is de bijlagen alsmede een aantal protocollen bij deze overeenkomst bij besluit te wijzigen (artikel 98 van de EER-Overeenkomst).

32. Verder staat vast dat voor een dergelijk besluit van de Raad tot bepaling van het standpunt van de Gemeenschap naast artikel 218, lid 9, VWEU ook een *materiële rechtsgrondslag* vereist is waaruit de omvang van de bevoegdheden en uiteindelijk ook de door de Verdragen afgebakende manoeuvreerruimte van de Unie kan worden opgemaakt.[16] Onderwerp van heftige discussies is evenwel of deze rechtsgrondslag in casu te vinden is in de bepalingen inzake de interne markt of in de bepalingen betreffende de ruimte van vrijheid, veiligheid en recht, of zelfs in de bevoegdheid tot het sluiten van associatieovereenkomsten conform artikel 217 VWEU.

33. Dat de keuze van de juiste rechtsgrondslag van groot praktisch en institutioneel, ja zelfs constitutioneel belang is[17], ligt juist in een geval zoals het onderhavige voor de hand: met de keuze van de rechtsgrondslag wordt bepaald of het Verenigd Koninkrijk en Ierland gebruik kunnen maken van de bijzondere rechten die hun door middel van de „opt-in-regeling" overeenkomstig Protocol nr. 21 bij het EU-Verdrag en bij het VWEU zijn toegekend.

A – *Keuze van de juiste materiële rechtsgrondslag*

34. Volgens vaste rechtspraak dient de keuze van de rechtsgrondslag van een handeling van de Unie te zijn gebaseerd op objectieve, voor rechterlijke toetsing vatbare gegevens, waartoe het doel en de inhoud van de handeling behoren.[18]

15 — In het bijzonder met betrekking tot het beginsel van de bevoegdheidstoedeling op het gebied van het externe optreden van de Unie, zie advies 2/94 van 28 maart 1996 (Jurispr. blz. I-1759, punten 23 en 24), advies 2/00 van 6 december 2001 (Jurispr. blz. I-9713, punt 5), advies 1/08 van 30 november 2009 (Jurispr. blz. I-11129, punt 110) en arrest van 1 oktober 2009, Commissie/Raad (C-370/07, Jurispr. blz. I-8917, punten 46 en 47).

16 — Arrest Commissie/Raad (C-370/07, aangehaald in voetnoot 15); in die zin ook reeds arrest van 14 juli 1976, Kramer e.a. (3/76, 4/76 en 6/76, Jurispr. blz. 1279, punt 19), volgens welk arrest acht dient te worden geslagen „op het systeem van het gemeenschapsrecht evenals op de materiële verdragsbepalingen"; zie verder advies 2/94 (aangehaald in voetnoot 15, punten 23 e.v.).

17 — Zie advies 2/00 (punt 5), advies 1/08 (punt 110) en arrest Commissie/Raad (C-370/07, punt 47), alle aangehaald in voetnoot 15.

18 — Arresten van 11 juni 1991, Commissie/Raad (C-300/89, Jurispr. blz. I-2867, punt 10); 3 september 2008, Kadi en Al Barakaat International Foundation/Raad en Commissie (C-402/05 P en C-415/05 P, Jurispr. blz. I-6351, punt 182), en 19 juli 2012, Parlement/Raad (C-130/10, punt 42).

35. Met het bestreden besluit werd het door de Unie in het Gemengd Comité van de EER in te nemen standpunt in wezen in die zin bepaald dat de nieuwe, tot dusver slechts binnen de Unie geldende bepalingen inzake de coördinatie van de socialezekerheidsstelsels conform verordeningen nr. 883/2004 en nr. 988/2009 [19] worden uitgebreid naar de gehele EER. [20]

1. Artikel 79 VWEU is geen geschikte rechtsgrondslag.

36. Door de verruiming van verordening nr. 883/2004 naar de gehele EER wordt haar territoriale werkingssfeer uitgebreid naar buiten de grenzen van de Unie, te weten naar de drie EVA-staten Noorwegen, IJsland en Liechtenstein. Dit heeft noodzakelijkerwijs tot gevolg dat ook de personele werkingssfeer van deze verordening voortaan personen zal omvatten die geen burgers van de Unie, maar onderdanen van derde landen zijn. Hierop is uitdrukkelijk gewezen door het Verenigd Koninkrijk en Ierland.

37. Op het eerste gezicht zou derhalve artikel 79, lid 2, sub b, VWEU sedes materiae kunnen zijn, aangezien deze bepaling uitdrukkelijk „de omschrijving van de rechten van onderdanen van derde landen die legaal in een lidstaat verblijven, alsook de voorwaarden ter regeling van het vrije verkeer en het vrije verblijf in andere lidstaten" mogelijk maakt. Daartoe kunnen ook regelingen behoren inzake de sociale zekerheid van onderdanen van derde landen. [21]

38. Het staat vast dat op deze bepaling reeds meermaals handelingen zijn gebaseerd waarmee werd beoogd in het kader van overeenkomsten met derde landen de onderdanen van dergelijke landen binnen het toepassingsgebied van de bepalingen van sociale wetgeving van de Unie te laten vallen. [22] Dit alleen kan echter niet doorslaggevend zijn als het erom gaat de juiste rechtsgrondslag voor het in casu bestreden besluit van de Raad te bepalen. [23]

39. Van belang is dat artikel 79 VWEU onderdeel is van de bepalingen inzake de ruimte van vrijheid, veiligheid en recht en onder het hoofdstuk over het beleid inzake grenscontroles, asiel en immigratie valt. Luidens lid 1 van artikel 79 VWEU heeft deze bepaling dus ook een specifiek doel: met de bepaling wordt beoogd een gemeenschappelijk immigratiebeleid te ontwikkelen, „dat erop gericht is [...] te zorgen voor een efficiënt beheer van de migratiestromen, een billijke behandeling van onderdanen van derde landen [...] en een preventie en intensievere bestrijding van illegale immigratie en mensenhandel". Alle op artikel 79, lid 2, sub b, VWEU gebaseerde maatregelen moeten in deze context worden gezien en worden voor het overige uitdrukkelijk uitsluitend vastgesteld „voor de toepassing van lid 1".

19 — Hierna zal ik ter vereenvoudiging uitsluitend verordening nr. 883/2004 noemen.

20 — Zie inzonderheid punt 2 van de considerans van het bestreden besluit: „Het is wenselijk [verordeningen nr. 883/2004 en nr. 988/2009] in de EER-overeenkomst op te nemen [...]".

21 — Dit blijkt niet in de laatste plaats uit de verklaring bij de artikelen 48 en 79 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (verklaring nr. 22 gehecht aan de slotakte van de Intergouvernementele Conferentie die het Verdrag van Lissabon heeft aangenomen, ondertekend op 13 december 2007; PB C 115, blz. 346, en PB C 326, blz. 348).

22 — Het gaat om de zes besluiten van de Raad 2010/697/EU (PB L 306, blz. 1), 2010/698/EU (PB L 306, blz. 8), 2010/699/EU (PB L 306, blz. 14), 2010/700/EU (PB L 306, blz. 21), 2010/701/EU (PB L 306, blz. 28) en 2010/702/EU (PB L 306, blz. 35) van 21 oktober 2010 betreffende het standpunt dat de Europese Unie zal innemen in de Associatieraden met Marokko, Tunesië, Algerije en Israël alsmede in de Stabilisatie- en associatieraden met Macedonië en Kroatië, en anderzijds om de drie besluiten 2012/773/EU (PB L 340, blz. 1), 2012/774/EU (PB L 340, blz. 7) en 2012/775/EU (PB L 340, blz. 13) van de Raad van 6 december 2012 betreffende het standpunt dat namens de Europese Unie zal worden ingenomen in de Stabilisatie- en associatieraden met Albanië en Montenegro alsmede in het samenwerkingscomité met San Marino. Binnen de Unie diende artikel 79, lid 2, sub b, VWEU (voorheen artikel 63, punt 4, EG) bovendien als rechtsgrondslag voor de vaststelling van verordening (EG) nr. 859/2003 van de Raad van 14 mei 2003 tot uitbreiding van de bepalingen van verordening (EEG) nr. 1408/71 en verordening (EEG) nr. 574/72 tot de onderdanen van derde landen die enkel door hun nationaliteit nog niet onder deze bepalingen vallen (PB L 124, blz. 1) en verordening (EU) nr. 1231/2010 van het Europees Parlement en de Raad van 24 november 2010 tot uitbreiding van verordening (EG) nr. 883/2004 en verordening (EG) nr. 987/2009 tot onderdanen van derde landen die enkel door hun nationaliteit nog niet onder deze verordeningen vallen (PB L 344, blz. 1).

23 — Arresten van 6 november 2008, Parlement/Raad (C-155/07, Jurispr. blz. I-8103, punt 34), en 8 september 2009, Commissie/Parlement en Raad (C-411/06, Jurispr. blz. I-7585, punt 77), alsmede advies 1/94 van het Hof van 15 november 1994 (Jurispr. blz. I-5267, punt 52) en advies 1/08 (aangehaald in voetnoot 15, punt 172).

40. Deze doelstelling en deze context van de regeling van artikel 79, lid 2, sub b, VWEU passen niet bij een maatregel zoals die waar het in het onderhavige geschil om gaat.

41. Met het bestreden besluit wordt namelijk niet beoogd in het kader van een gemeenschappelijk immigratiebeleid aan bepaalde onderdanen van derde landen die legaal op het grondgebied van de Unie verblijven, bepaalde sociale rechten toe te kennen om hen in de zin van artikel 79, lid 1, VWEU „billijk te behandelen". Dit besluit gaat juist veel verder. Het dient ter verdere ontwikkeling van de door de EER-Overeenkomst in het leven geroepen associatie met de drie EVA-staten Noorwegen, IJsland en Liechtenstein en is onderdeel van de maatregelen waarbij de op het grondgebied van de Unie verwezenlijkte interne markt zoveel mogelijk wordt uitgebreid naar de EER.[24] De onderdanen van de drie EVA-staten Noorwegen, IJsland en Liechtenstein moeten onder dezelfde sociale omstandigheden in het genot van het vrije verkeer van personen kunnen komen als de burgers van de Unie.

42. Bovendien wordt, zoals de Commissie terecht benadrukt, met het bestreden besluit geenszins alleen beoogd de sociale rechten van *onderdanen van derde landen* – Noorwegen, IJsland en Liechtenstein – in de Unie te regelen, maar ook omgekeerd de sociale rechten van de *burgers van de Unie* in de drie betrokken EVA-staten. Door de met het bestreden besluit beoogde wijziging van de EER-Overeenkomst komt dus, om een voorbeeld te noemen, niet slechts een Noorse onderdaan op het grondgebied van de Unie, maar ook een burger van de Unie op het grondgebied van Noorwegen in het genot van de bij verordening nr. 883/2004 gerealiseerde coördinatie van de socialezekerheidsstelsels. Want conform artikel 7, sub a, van de EER-Overeenkomst is een verordening van de Unie waaraan in een bijlage bij de EER-Overeenkomst wordt gerefereerd, voor alle overeenkomstsluitende partijen – dus ook voor de drie betrokken EVA-staten – verbindend en wordt als zodanig opgenomen in hun interne rechtsorde. Daarvoor is, in tegenstelling tot de opvatting van Ierland, geen nationale omzettingsmaatregel vereist.

43. Tegen deze achtergrond kan het betoog van het Verenigd Koninkrijk en Ierland dat artikel 79, lid 2, sub b, VWEU de juiste rechtsgrondslag voor het bestreden besluit is, niet worden gevolgd.

2. Artikel 48 VWEU is evenmin een geschikte rechtsgrondslag.

44. Mijns inziens kan het bestreden besluit echter ook niet worden gebaseerd op het door de Raad en de Commissie genoemde artikel 48 VWEU.

45. Dit ligt niet zozeer aan het feit dat de bepalingen inzake de coördinatie van de sociale zekerheidsstelsels overeenkomstig verordening nr. 883/2004 ook van toepassing zijn op economisch niet-actieve personen.[25] Deze verordening behandelt namelijk niet in hoofdzaak de sociale zekerheid van personen die zelf geen betaald werk verrichten. De verordening heeft veeleer vooral betrekking op de sociale zekerheid van werkenden, namelijk van werknemers en zelfstandigen. De sociale zekerheid van economisch niet-actieve personen is een gebied dat in verordening nr. 883/2004 hooguit zijdelings

24 — Met betrekking tot deze doelstelling van de EER zie in het algemeen arresten van 23 september 2003, Ospelt en Schlössle Weissenberg (C-452/01, Jurispr. blz. I-9743, punt 29), en 22 januari 1997, Opel Austria/Raad (T-115/94, Jurispr. blz. II-39, punt 107), alsmede de vijfde overweging van de preambule van de EER-Overeenkomst.

25 — Zoals blijkt uit het dossier en ook uit de opmerkingen ter terechtzitting, is het eigenlijke struikelblok voor het Verenigd Koninkrijk uit *politiek oogpunt* juist het feit dat wordt beoogd ook economisch niet-actieve personen onder het voor de EER geldende coördinatiesysteem voor de socialezekerheidsstelsels te laten vallen. In de procedure voor het Hof heeft het Verenigd Koninkrijk weliswaar blijk gegeven van zijn bereidheid om met de drie EVA-staten Noorwegen, IJsland en Liechtenstein tot een met verordening nr. 883/2004 vergelijkbare bilaterale oplossing te komen, maar alleen onder uitsluiting van de categorie van economisch niet-actieve personen.

wordt meegeregeld, maar zeker niet het voornaamste onderwerp van de regeling vormt. Dientengevolge is dit aspect niet doorslaggevend voor de keuze van de rechtsgrondslag.[26] Bij de keuze van de rechtsgrondslag voor een handeling van de Unie is immers beslissend waar het accent van de normatieve inhoud ervan ligt.[27]

46. Volledig terecht wijzen echter het Verenigd Koninkrijk en Ierland erop dat artikel 48 VWEU alleen als grondslag kan dienen voor de vaststelling van interne maatregelen van de Unie en dat dit artikel bovendien alleen de sociale zekerheid van de burgers van de Unie betreft, maar niet die van onderdanen van derde landen.

47. Artikel 48 EG voorziet uitsluitend in de vaststelling van „de maatregelen [...] welke op het gebied van de sociale zekerheid noodzakelijk zijn voor de totstandkoming van het vrije verkeer van [migrerende] werknemers". Dit artikel valt onder hetzelfde hoofdstuk van het Verdrag als artikel 45, lid 1, VWEU dat bepaalt dat het vrije verkeer van werknemers alleen „binnen de Unie" gewaarborgd is. Verder heeft het Hof reeds vastgesteld dat artikel 45 VWEU (voorheen artikel 48 EEG) het vrije verkeer alleen verzekert voor „werknemers [...] die onderdanen van een der lidstaten [...] zijn"[28], dus burgers van de Unie.[29]

48. Bijgevolg kunnen onderdanen van derde landen binnen de Unie geen beroep doen op het vrije verkeer van werknemers conform artikel 45 VWEU[30], en is de Uniewetgever niet bevoegd uitsluitend op grond van artikel 48 VWEU specifieke maatregelen ter coördinatie van de sociale zekerheidsstelsels tussen de Unie en derde landen vast te stellen. Dergelijke maatregelen zijn namelijk niet noodzakelijk voor de totstandkoming van het vrije verkeer van werknemers (binnen de Unie) in de zin van artikel 45 VWEU en artikel 48 VWEU.

49. Weliswaar acht ik het – in tegenstelling tot de opvatting van het Verenigd Koninkrijk en Ierland – geenszins uitgesloten dat de organen van de Unie de aan hen voor de totstandbrenging van de interne markt verleende bevoegdheden mogen gebruiken om bij de vaststelling van regelingen voor EU-burgers en -ondernemingen ook de positie van onderdanen van derde landen te regelen, bijvoorbeeld als dit voor het bevorderen van dezelfde mededingingsvoorwaarden binnen de interne markt noodzakelijk is.[31]

50. In casu gaat het er echter niet uitsluitend om dat de situatie van onderdanen van derde landen bij de vaststelling van een sociale regeling mede wordt geregeld *voor het grondgebied van de Unie*. Veeleer wordt met het bestreden besluit in eerste instantie de uitbreiding beoogd van een bestaande sociale regeling, te weten verordening nr. 883/2004, naar derde landen – de drie EVA-staten Noorwegen, IJsland en Liechtenstein.[32]

51. Tegen deze achtergrond kan noch artikel 48 VWEU noch artikel 79 VWEU als rechtsgrondslag dienen voor het bestreden besluit.

26 — In die zin arrest van 11 oktober 2001, Khalil e.a. (C-95/99-C-98/99 en C-180/99, Jurispr. blz. I-7413, punten 55-58, inzonderheid punt 56), waarin het gaat om het betrekken van staatlozen en vluchtelingen in het systeem van verordening nr. 1408/71.

27 — Indien na onderzoek van een maatregel blijkt dat hij een tweeledig doel heeft of dat er sprake is van twee componenten, waarvan er een kan worden gezien als hoofddoel of overwegende component, terwijl het andere doel of de andere component slechts ondergeschikt is, moet hij op één rechtsgrondslag worden gebaseerd, namelijk die welke vereist is gelet op het hoofddoel of de overwegende component (arresten Parlement/Raad, C-155/07, aangehaald in voetnoot 23, punt 35, en Parlement/Raad, C-130/10, aangehaald in voetnoot 18, punt 43; in dezelfde zin reeds arrest van 17 maart 1993, Commissie/Raad, C-155/91, Jurispr. blz. I-939, punten 19 en 21).

28 — Arrest van 5 juli 1984, Meade (238/83, Jurispr. blz. 2631, punt 7).

29 — Conclusie van advocaat-generaal Mancini van 30 mei 1984 in zaak Meade (aangehaald in voetnoot 28) en van advocaat-generaal Jacobs van 30 november 2000 in zaak Khalil e.a. (aangehaald in voetnoot 26, punt 19).

30 — Het vrije verkeer van werknemers binnen de EER wordt veeleer verzekerd door artikel 28 van de EER-Overeenkomst.

31 — In die zin arrest Khalil e.a. (aangehaald in voetnoot 26, punt 56); zie bovendien mijn conclusie van 26 maart 2009 in de zaak Commissie/Raad („Vietnam", C-13/07, punt 149), waarin ik de hier door het Verenigd Koninkrijk en Ierland aangevoerde alinea uit het advies 1/94 (aangehaald in voetnoot 23, inzonderheid punten 81 en 86) bespreek.

32 — Zie hierboven, punt 42 van deze conclusie.

3. Artikel 217 VWEU was de juiste materiële rechtsgrondslag geweest.

52. Voor de bepaling van de juiste rechtsgrondslag van het bestreden besluit is beslissend dat dit besluit binnen de Unie de eerste noodzakelijke stap op weg naar een wijziging en verdere ontwikkeling van de EER-Overeenkomst is. Hiervoor dient dezelfde *materiële* grondslag te worden gebruikt als oorspronkelijk bij de vaststelling van de EER-Overeenkomst, te weten de bevoegdheid tot het sluiten van associatieovereenkomsten conform artikel 217 VWEU.

53. Op het moment van sluiting van de EER-Overeenkomst werd in bijlage VI (Sociale zekerheid) en in Protocol 37 bij deze overeenkomst de toen geldende verordening nr. 1408/71 opgenomen, waardoor het daarin neergelegde systeem van regels voor de coördinatie van de sociale zekerheidsstelsels werd uitgebreid naar de gehele EER.

54. Enkel de gelding van verordening nr. 1408/71 binnen de Unie berustte destijds op artikel 48 VWEU (voorheen artikel 51 EEG), terwijl de uitbreiding van het bij deze verordening in het leven geroepen systeem naar de EER werd gerealiseerd door de EER-Overeenkomst zelf en dus gebaseerd was op de bevoegdheid tot het sluiten van associatieovereenkomsten conform artikel 217 VWEU (voorheen artikel 238 EEG).

55. Het zou paradoxaal zijn als thans voor de vervanging van verordening nr. 1408/71 door de opvolgster ervan, verordening nr. 883/2004, iets anders zou gelden.

56. Veeleer kan ten aanzien van verordening nr. 883/2004 ervan uit worden gegaan dat alleen haar gelding binnen de Unie op artikel 48 VWEU berust. Daarentegen vloeit de legitimatie van het besluit van het Gemengd Comité van de EER, waarmee deze verordening in de toekomst in plaats van verordening nr. 1408/71 wordt opgenomen in bijlage VI (Sociale zekerheid) en in Protocol 37 bij de EER-Overeenkomst en daardoor wordt uitgebreid naar de gehele EER, uit het oogpunt van het Unierecht voort uit de bevoegdheid tot het sluiten van associatieovereenkomsten conform artikel 217 VWEU. Iets anders kan ook niet gelden voor het bestreden besluit, dat voorafgaand aan het optreden van het Gemengd Comité van de EER het standpunt van de Unie vastlegt en daarmee uiteindelijk het optreden van de Unie op internationaal vlak alsmede de voorgenomen aanpassingen van de EER-Overeenkomst voorbereidt.

57. Anders dan artikel 48 VWEU maakt artikel 217 VWEU het zonder meer mogelijk om regelingen in de verhouding tussen de Unie en derde landen te treffen en ook andere personen dan de burgers van de Unie, inclusief economisch niet-actieve personen, in het genot van deze regelingen te brengen. Een associatieovereenkomst wordt juist gekenmerkt door dergelijke regelingen, die de verhouding tussen de Unie en derde landen alsmede de rechtspositie van de onderdanen van deze derde landen betreffen. In die zin heeft het Hof reeds geruime tijd geleden vastgesteld dat artikel 217 VWEU (voorheen artikel 238 EEG) de Unie noodzakelijkerwijs de bevoegdheid verleent om de nakoming van de jegens derde staten aangegane verplichtingen op alle onder de Verdragen vallende gebieden te verzekeren. [33]

58. Ook al zouden dezelfde of tenminste vergelijkbare regelingen voor de coördinatie van de sociale zekerheidsstelsels met betrekking tot onderdanen van derde landen ook op basis van artikel 79, lid 2, sub b, VWEU kunnen worden vastgesteld, dan nog zou artikel 217 VWEU in de context van een associatieovereenkomst met derde landen, inzonderheid in de context van een dusdanig nauwe associatie zoals die van de EER-Overeenkomst, als lex specialis moeten worden aangemerkt. [34]

33 — Arrest van 30 september 1987, Demirel (12/86, Jurispr. blz. 3719, punt 9).

34 — In die zin ook arrest Parlement/Raad (C-155/07, aangehaald in voetnoot 23, punt 34), waarin het Hof heeft vastgesteld dat een handeling steeds moet worden gebaseerd op de specifiekere van twee mogelijke rechtsgrondslagen.

59. Tegen het gebruik van artikel 217 VWEU als rechtsgrondslag voor een besluit zoals het onderhavige bestreden besluit kan niet worden aangevoerd dat de procedure voor de totstandkoming van besluiten van het Gemengd Comité van de EER op deze wijze uiterst moeilijk wordt gemaakt.

60. Enerzijds zijn het immers niet de procedures die de rechtsgrondslag van een handeling bepalen, maar bepaalt de rechtsgrondslag de procedures die voor de vaststelling van die handeling moeten worden gevolgd. [35]

61. Anderzijds leidt het gebruik van artikel 217 VWEU als materiële rechtsgrondslag in casu niet tot enige wijziging in de procedure. In procedureel opzicht blijft namelijk artikel 218, lid 9, VWEU doorslaggevend. Binnen de werkingssfeer van dit artikel besluit de Raad met gekwalificeerde meerderheid van stemmen (artikel 16, lid 3, EU). Het vereiste van eenparigheid van stemmen in de Raad (artikel 218, lid 8, tweede alinea, VWEU) betreft naar zijn doel en strekking, net als het vereiste van goedkeuring van het Europees Parlement (artikel 218, lid 6, sub a-i, VWEU), uitsluitend de eerste sluiting van een associatieovereenkomst of structurele wijzigingen in een dergelijke overeenkomst, waarop artikel 218, lid 9, VWEU overeenkomstig de laatste deelzin ervan („met uitzondering van [...]") niet van toepassing is.

62. Gezien het bovenstaande kom ik tot de conclusie dat artikel 217 VWEU de juiste materiële rechtsgrondslag voor het bestreden besluit was geweest, waarbij procedureel gezien artikel 218, lid 9, VWEU van toepassing was gebleven.

63. In procedureel opzicht staat niets het Hof overigens in de weg om in casu artikel 217 VWEU als de juiste rechtsgrondslag voor het bestreden besluit aan te merken. De grief van de onjuiste rechtsgrondslag werd door het Verenigd Koninkrijk, ondersteund door Ierland, uitdrukkelijk opgeworpen en is daarmee voorwerp van het geding geworden. Ook kan het Hof bij zijn onafhankelijke beoordeling van de problematiek van de rechtsgrondslag niet worden beperkt tot de door partijen aangevoerde primairrechtelijke bepalingen (artikel 79 VWEU enerzijds en artikel 48 VWEU anderzijds). De rechter is immers niet „de mond van partijen". [36] Dienovereenkomstig hoeft hij zich niet te beperken tot de argumenten die de partijen tot staving van hun betoog hebben aangevoerd, aangezien hij zich in voorkomend geval gedwongen zou zien zijn beslissing te baseren op onjuiste overwegingen rechtens. [37] Verder bestaan ook geen bezwaren ten aanzien van hoor en wederhoor en de vereisten van een procedure op tegenspraak [38], aangezien de mogelijkheid van een gebruik van artikel 217 VWEU als materiële rechtsgrondslag ter terechtzitting uitdrukkelijk met alle partijen is besproken.

4. Subsidiair: beroep op artikel 216, lid 1, VWEU

64. Alleen voor het geval dat het Hof mijn betoog ten aanzien van artikel 217 VWEU niet volgt, wil ik er aanvullend op wijzen dat in casu ook een beroep op artikel 216, lid 1, VWEU in aanmerking komt. In deze bepaling wordt in wezen de zogenoemde AETR-doctrine [39] gecodificeerd, waar met name de Raad in zijn schriftelijke opmerkingen voor het Hof op heeft gewezen en waar ook de andere partijen zich over konden uitspreken.

35 — Arrest Parlement/Raad (C-130/10, aangehaald in voetnoot 18, punt 80).

36 — In die zin reeds advocaat-generaal Léger in zijn conclusie van 2 april 1998 in de zaak Parlement/Gutiérrez de Quijano y Lloréns (C-252/96 P, Jurispr. blz. I-7421, punt 36).

37 — In die zin beschikking van 27 september 2004, UER/M6 e.a. (C-470/02 P, punt 69), en arrest van 21 september 2010, Zweden/API en Commissie (C-514/07 P, C-528/07 P en C-532/07 P, Jurispr. blz. I-8533, punt 65).

38 — Arresten van 2 december 2009, Commissie/Ierland e.a. (C-89/08 P, Jurispr. blz. I-11245, inzonderheid punten 50 en 51), en 17 december 2009, heroverweging M/EMEA (C-197/09 RX-II, Jurispr. blz. I-12033, punten 39-42).

39 — De AETR-doctrine heeft haar oorsprong in het arrest van 31 maart 1971, Commissie/Raad („AETR", 22/70, Jurispr. blz. 263, punten 15 tot en met 19); een samenvatting van recentere datum is bijvoorbeeld te vinden in advies 1/03 van 7 februari 2006 (Jurispr. blz. I-1145, punten 114-133).

65. Overeenkomstig artikel 216, lid 1, VWEU kan de Unie een internationale overeenkomst met een of meer derde landen 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".

66. De EER-Overeenkomst is een door de Europese Gemeenschappen als rechtsvoorganger van de Unie gesloten internationale overeenkomst met derde landen. Volgens artikel 216, lid 2, VWEU is deze overeenkomst verbindend voor zowel de Unie als de lidstaten en dient derhalve te worden aangemerkt als een juridisch bindende handeling in de zin van artikel 216, lid 1, VWEU.

67. Inhoudelijk wordt met de EER-Overeenkomst beoogd gelijke mededingingsvoorwaarden en de inachtneming van dezelfde voorschriften te bevorderen met het oog op de totstandbrenging van een homogene Europese Economische Ruimte (artikel 1, lid 1, EER-Overeenkomst). Het doel van de EER is niet in de laatste plaats het vrije verkeer van personen te waarborgen (artikel 1, lid 2, sub b, EER-Overeenkomst), geflankeerd door een nauwe samenwerking onder meer op het gebied van het sociaal beleid (artikel 1, lid 2, sub f, EER-Overeenkomst).

68. Om deze doelstellingen van de EER-Overeenkomst te verwezenlijken, is het noodzakelijk dat een eventuele modernisering en vereenvoudiging van het binnen de Unie geldende systeem voor de coördinatie van de socialezekerheidsstelsels, zoals deze heeft plaatsgevonden bij vervanging van verordening nr. 1408/71 door verordening nr. 883/2004[40], ook op het niveau van de EER tot stand wordt gebracht. Indien de verwijzing naar de oude verordening niet wordt vervangen door een verwijzing naar de nieuwe verordening in bijlage VI (Sociale zekerheid) en in Protocol 37 bij de EER-Overeenkomst, vindt de uitoefening van het vrije verkeer van personen binnen de EER niet onder dezelfde sociale omstandigheden plaats als binnen de Unie. In dat geval bestaat het gevaar dat het fundamentele doel van de EER, te weten de bevordering van gelijke mededingingsvoorwaarden met inachtneming van dezelfde voorschriften in een homogene economische ruimte, wordt aangetast.

69. Per saldo waarborgt de met het bestreden besluit beoogde uitbreiding van verordening nr. 883/2004 naar de gehele EER dat „gemeenschappelijke regels" in de zin van artikel 216, lid 1, VWEU – hier de voor de Unie en alle lidstaten bindende EER-Overeenkomst – niet worden aangetast.[41]

70. Bijgevolg zou het bestreden besluit ook kunnen worden gebaseerd op de in artikel 216, lid 1, VWEU gecodificeerde AETR-doctrine. Aangezien er echter een andere, specifiekere materiële rechtsgrondslag voor het bestreden besluit is[42], namelijk artikel 217 VWEU, dient uiteindelijk niet artikel 216, lid 1, VWEU, maar artikel 217 VWEU als rechtsgrondslag te worden gebruikt.[43]

B – *Nuttig effect van Protocol nr. 21 bij het EU-Verdrag en het VWEU*

71. Aanvullend veroorloof ik mij op te merken dat de toepassing van artikel 217 VWEU – evenals die van artikel 48 VWEU of ook die van artikel 216, lid 1, VWEU – in een geval zoals het onderhavige niet ertoe zou leiden dat Protocol nr. 21 bij het EU-Verdrag en het VWEU zijn nuttig effect verliest.

40 — Zie in dit verband punt 3 van de considerans van verordening nr. 883/2004.

41 — Voor wat betreft de externe bevoegdheid van de Unie, indien gemeenschappelijke regels zijn vastgesteld waaraan afbreuk kan worden gedaan, zie ook advies 1/03 (aangehaald in voetnoot 39, punt 116).

42 — Zie hierboven, punten 52-63 van deze conclusie.

43 — Zie in dit verband nogmaals arrest Parlement/Raad (C-155/07, aangehaald in voetnoot 23, punt 34) waarin is bepaald dat een handeling steeds moet worden gebaseerd op de specifiekere van twee mogelijke rechtsgrondslagen.

72. Protocol nr. 21 bevat bijzondere regelingen voor het Verenigd Koninkrijk en Ierland met betrekking tot de ruimte van vrijheid, veiligheid en recht. Op grond daarvan gelden maatregelen die overeenkomstig deel III, titel V, VWEU worden voorgesteld, alleen voor het Verenigd Koninkrijk en Ierland, voor zover deze twee lidstaten uitdrukkelijk en schriftelijk meedelen dat zij willen deelnemen aan deze maatregelen („opt-in-regeling", zie artikel 1, lid 1, eerste zin, juncto artikel 3 van Protocol nr. 21).

73. De materiële werkingssfeer van deze bijzondere regeling is uitdrukkelijk beperkt tot de ruimte van vrijheid, veiligheid en recht. Aangezien het om een uitzonderingsregeling gaat, dient deze bovendien strikt te worden uitgelegd.

74. Doel en strekking van Protocol nr. 21 is niet om het Verenigd Koninkrijk en Ierland op andere deelgebieden van het Unierecht, inzonderheid in het kader van de interne markt of de associatie van derde landen, naar eigen goeddunken te laten bepalen of zij willen deelnemen aan door de Uniewetgever besloten maatregelen en of deze voor hen bindende werking hebben.

75. De opt-in-regeling kan dan ook niet van toepassing zijn op de vaststelling van maatregelen die – zoals het litigieuze besluit van de Raad – de uitbreiding van de in het kader van de interne markt geldende regels naar derde landen betreffen.

76. Indien afzonderlijke lidstaten van de Unie in de verhouding tot de geassocieerde staten of hun onderdanen slechts een gedeelte van het acquis communautaire zouden toepassen en op deze wijze een bijzondere behandeling zouden kunnen afdwingen, zou dit het functioneren van een associatieovereenkomst – vooral dat van de EER-Overeenkomst die op het gebied van de interne markt en het vrije verkeer van personen een volledige associatie bewerkstelligt – aanzienlijk aantasten.

77. Indien men ook voor maatregelen zoals het bestreden besluit de opt-in-regeling en daarmee uiteindelijk de idee van een Europa à la carte mogelijk zou maken, zou niet alleen de interne markt als één van de hoofdpijlers van de Europese Unie in gevaar worden gebracht, maar zou ook het bestaan van de EER fundamenteel op losse schroeven worden gezet. Het gevolg zou een versplintering kunnen zijn van deze met de drie EVA-staten Noorwegen, IJsland en Liechtenstein uitgebreide interne markt, met alle negatieve gevolgen van dien voor de gelijke behandeling van alle op deze interne markt werkzame personen en ondernemingen en voor de uniformiteit van de op hen toepasselijke mededingingsvoorwaarden.

C – *Gevolgen van de keuze van een onjuiste rechtsgrondslag voor de geldigheid van het bestreden besluit*

78. Zoals hierboven vastgesteld, heeft de Raad voor het litigieuze besluit de onjuiste rechtsgrondslag gekozen. De juiste materiële rechtsgrondslag was de bevoegdheid tot het sluiten van associatieovereenkomsten conform artikel 217 VWEU geweest, in combinatie met de procedurele rechtsgrondslag van artikel 218, lid 9, VWEU.

79. De keuze van een onjuiste rechtsgrondslag voor een handeling van de Unie betekent evenwel niet noodzakelijkerwijs dat deze handeling nietig dient te worden verklaard. Volgens de rechtspraak kan worden afgezien van een nietigverklaring, indien het gebruik van de onjuiste rechtsgrondslag geen invloed heeft gehad op de inhoud van de handeling of de voor de vaststelling van die handeling toepasselijke procedure en het derhalve gaat om een zuiver formeel gebrek.[44]

44 — Arresten van 27 september 1988, Commissie/Raad (165/87, Jurispr. blz. 5545, punten 18-21); 9 september 2004, Spanje en Finland/Parlement en Raad (C-184/02 en C-223/02, Jurispr. blz. I-7789, punten 42-44), en 14 december 2004, Swedish Match (C-210/03, Jurispr. blz. I-11893, punt 44); zie bovendien mijn conclusie van 26 mei 2005 in zaak Commissie/Raad (C-94/03, Jurispr. blz. I-1, punt 53).

80. Dit is in casu het geval. Conform artikel 218, lid 9, VWEU moest het bestreden besluit in de Raad met gekwalificeerde meerderheid en zonder deelneming van het Europees Parlement worden genomen [45], ongeacht of artikel 217 VWEU, artikel 216, lid 1, VWEU of artikel 48 VWEU als de juiste rechtsgrondslag wordt aangemerkt. Verder geeft geen enkele van de genoemde materiële rechtsgrondslagen het Verenigd Koninkrijk en Ierland het recht om gebruik te maken van de in Protocol nr. 21 bij het EU-Verdrag en het VWEU voorziene bijzondere regeling.

81. Derhalve kan de nietigverklaring van het bestreden besluit in casu niet worden gerechtvaardigd met de gekozen onjuiste rechtsgrondslag.

82. Indien het Hof niettemin – in tegenstelling tot mijn bovenstaande betoog – het beroep van het Verenigd Koninkrijk toewijst, moeten de gevolgen van het bestreden besluit mijns inziens worden gehandhaafd totdat een nieuw, inhoudelijk overeenstemmend besluit van de Raad op basis van de juiste rechtsgrondslag is vastgesteld (artikel 264, lid 2, VWEU). Hiervoor hebben overigens ook het Verenigd Koninkrijk en Ierland zelf gepleit.

VI – Kosten

83. Op grond van artikel 138, lid 1, van het Reglement voor de procesvoering van 25 september 2012 dient de in het ongelijk gestelde partij in de kosten te worden verwezen, voor zover dit is gevorderd. Aangezien in de door mij voorgestelde oplossing het Verenigd Koninkrijk de in het ongelijk gestelde partij is en de Raad dit heeft gevorderd, dient het Verenigd Koninkrijk te worden verwezen in de kosten. Conform artikel 140, lid 1, van het Reglement voor de procesvoering dragen Ierland en de Commissie evenwel als interveniënten elk hun eigen kosten.

VII – Conclusie

84. Op grond van het bovenstaande geef ik het Hof in overweging te beslissen als volgt:

„1) Het beroep wordt verworpen.

2) Ierland en de Europese Commissie dragen elk hun eigen kosten.

3) Het Verenigd Koninkrijk van Groot-Brittannië en Noord-Ierland wordt verwezen in de overige kosten.”

45 — Zie boven, punt 61 van deze conclusie.