

CONCLUSIE VAN ADVOCaat-GENERAAL

C. STIX-HACKL

van 18 maart 2004¹

Inhoud

I — Inleiding	I - 9612
II — Rechtskader	I - 9613
A — Gemeenschapsrecht	I - 9613
B — Nationaal recht	I - 9613
III — De feiten en de procedure	I - 9613
IV — De prejudiciële vraag	I - 9617
A — Ontvankelijkheid	I - 9617
1. Belangrijkste argumenten van de politieautoriteit	I - 9617
2. Beoordeling	I - 9617
B — Beoordeling	I - 9618
1. De betrokken fundamentele vrijheid	I - 9618
a) Belangrijkste argumenten van de deelnemers aan de procedure	I - 9618
b) Beoordeling	I - 9619
2. Rechtvaardiging van de belemmering	I - 9621
a) Belangrijkste argumenten van de deelnemers aan de procedure	I - 9621
b) Beoordeling	I - 9622
i) Inleidende opmerkingen	I - 9622
ii) Bescherming van de grondrechten in het gemeenschapsrecht	I - 9623
— Plaats van de grondrechten als algemene beginselen van het gemeenschapsrecht	I - 9623

1 — Oorspronkelijke taal: Duits.

— Functies van de grondrechten in de communautaire rechtsorde	I - 9625
— Conclusies met betrekking tot de verhouding tussen de nationale en de communautaire bescherming van de grondrechten	I - 9629
iii) De menselijke waardigheid in het gemeenschapsrecht	I - 9630
— Contouren van de menselijke waardigheid als rechtsbegrip ...	I - 9630
— De menselijke waardigheid als rechtsnorm en de bescherming ervan in het gemeenschapsrecht	I - 9632
— Conclusies met betrekking tot de onderhavige zaak	I - 9635
iv) Uitlegging van het begrip openbare orde in het licht van het belang en de draagwijdte van de menselijke waardigheid	I - 9636
— Het begrip openbare orde	I - 9636
— Bestaan van een voldoende ernstige bedreiging in het onderhavige geval	I - 9637
V — Conclusie	I - 9640

I — Inleiding

1. In deze zaak moet het Hof een antwoord geven op de vraag in hoeverre een nationale rechter op in zijn nationaal constitutioneel recht opgenomen waarden kan steunen om maatregelen te nemen die weliswaar aan de bescherming van de openbare orde in zijn lidstaat bijdragen, maar ook inbreuk maken op fundamentele vrijheden.

2. Aanleiding tot het geding is een beschikking van een nationale politieautoriteit waarbij een verbod werd gelegd op gesimuleerde dodingshandelingen in het kader van een spel. Als rechtvaardiging van deze verbodsbeschikking werd bedreiging van de openbare orde aangevoerd, waarvan de handhaving ook de bescherming van de menselijke waardigheid zou omvatten.

3. Als wij ervan uitgaan dat de mate van grondrechtenbescherming tussen de lidstaten verschilt, rijst de vraag of en op welke wijze die verschillen gevolgen hebben voor de geoorloofdheid van een dergelijke nationale maatregel uit het oogpunt van het gemeenschapsrecht, mede gelet op de verbintenis die de Gemeenschap op het gebied van de grondrechten is aangegaan.

II — Rechtskader

vaardiging kunnen vinden in het zogenoemde algemeen belang, dat wil zeggen in redenen die niet uitdrukkelijk in het primaire recht worden genoemd.

A — *Gemeenschapsrecht*

4. Volgens artikel 6, lid 1, EU is de Unie gegrondvest op de beginselen van vrijheid, democratie, eerbiediging van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, en van de rechtsstaat, welke beginselen de lidstaten gemeen hebben. Volgens lid 2 eerbiedigt de Unie de grondrechten, zoals die worden gewaarborgd door het op 4 november 1950 te Rome ondertekende Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden en zoals zij uit de gemeenschappelijke constitutionele tradities van de lidstaten voortvloeien, als algemene beginselen van het gemeenschapsrecht.

B — *Nationaal recht*

7. § 14, lid 1, van het Ordnungsbehördengesetz für das Land Nordrhein-Westfalen (politiewet Noord-Rijnland-Westfalen; hierna: „OBG NW”) luidt als volgt: „De politieautoriteiten kunnen de maatregelen nemen die nodig zijn om in specifieke gevallen te voorkomen dat de openbare veiligheid of de openbare orde wordt bedreigd.”

5. Op grond van artikel 30 EG kunnen beperkingen van het vrije goederenverkeer worden aanvaard indien zij uit hoofde van de bescherming van, onder meer, de openbare orde gerechtvaardigd zijn.

III — De feiten en de procedure

6. Met betrekking tot het vrij verrichten van diensten moet in herinnering worden gebracht dat beperkingen daarvan, in het geval van zonder onderscheid toepasselijke nationale bepalingen, volgens vaste rechtspraak van het Hof in beginsel hun recht-

8. Omega Spielhallen- und Automatenaufstellungs-GmbH (hierna: „Omega”) is een vennootschap naar Duits recht die in Bonn een zogeheten „laserdrome” exploiteerde. Deze inrichting is normaal gesproken bestemd voor beoefening van de zogeheten „lasersport”, een op de film Star Wars geïnspireerde vrijetijdsbesteding waarvoor moderne lasertechnieken worden gebruikt.

9. Uit de processtukken blijkt dat de door Omega in haar laserdrome gebruikte uitrusting oorspronkelijk was ontwikkeld op basis van het — onder meer in winkels in Bonn — vrij in de handel verkrijgbare kinderspeelgoed „Laser Hit”. Aangezien deze uitrusting technisch geen voldoening gaf, is Omega vanaf een niet nader bepaalde datum, maar zeker na 2 december 1994, overgestapt op een uitrusting die door de Britse firma Pulsar International Limited (thans Pulsar Advanced Games System Ltd; hierna: „Pulsar”) wordt geleverd. Evenwel werd pas op 29 mei 1997 een franchiseovereenkomst met Pulsar gesloten.

10. Op 7 september 1993 werd een bouwvergunning voor de inrichting van de laserdrome verleend. Nog vóór de laserdrome voor het publiek werd opengesteld, uitte een deel van de bevolking zijn ongenoegen over het project. Bij brief van 22 februari 1994 heeft de Oberbürgermeisterin van Bonn (hierna: „politieautoriteit”) Omega gelast een nauwkeurige beschrijving van de inrichting over te leggen en tegelijkertijd gewaarschuwd dat zij een verbodsbeschikking zou geven indien in de laserdrome het „gesimuleerd doden” van personen plaatsvond. Op 18 maart 1994 heeft Omega verklaard dat het spel erin bestond vaste objecten te treffen die op schietbanen waren geïnstalleerd. De laserdrome ging op 1 augustus 1994 open voor het publiek.

11. Volgens de politieautoriteit ging het om een omvangrijk — uit scheidingswanden opgebouwd — labyrint, waarin niet alleen op de in de zaal geïnstalleerde tien vaste sensorontvangers, maar ook op mensen werd geschoten. De uitrusting voor de spelers bestond uit op machinepistolen lijkende

laservizieren en stoffen vesten waarop ter hoogte van de borst en op de rug een sensorontvanger was bevestigd. Voor de optische weergave van de „schoten” werd samen met een infraroodstraal een laserstraal geprojecteerd. Treffers werden door een akoestisch en een optisch signaal aangeduid. Het doel van de wedstrijd was binnen een speeltijd van 15 minuten een zo hoog mogelijk aantal punten te behalen. Voor iedere treffer op een vast geïnstalleerde ontvanger kregen de spelers punten. Geraakte spelers verloren punten. Een speler die vijf keer was geraakt, moest bij een laadstation zijn vizier weer opladen.

12. Op 14 september 1994 heeft de politieautoriteit een beschikking gegeven waarbij zij Omega verbodt om „in haar [...] bedrijf spelen mogelijk te maken of te gedogen die bestaan in het gericht beschieten van mensen met een laserstraal of andere technische middelen (zoals bijvoorbeeld infraroodstralen), met andere woorden het ‚gesimuleerd doden’ van mensen, gebaseerd op de registratie van treffers”. Ter motivering van de beschikking werd onder meer aangevoerd dat er sprake was van gevaar voor de openbare orde, omdat de gesimuleerde dodingshandelingen en de daarmee gepaard gaande bagatellisering van geweld ingaan tegen wat de publieke opinie als fundamentele waarden beschouwt. In geval van overtreding gold een dwangsom van 10 000 DEM per gespeeld spel.

13. Omega heeft tegen deze beschikking een bezwaarschrift ingediend, dat op 6 november

1995 door de Bezirksregierung Köln (lokale administratieve overheid van Keulen) is afgewezen. Het beroep hiertegen is bij vonnis van 3 september 1998 door het Verwaltungsgericht Köln verworpen. Het door Omega ingestelde hoger beroep, dat wegens het principiële belang van de zaak werd toegestaan, is op 27 september 2000 door het Oberverwaltungsgericht für das Land Nordrhein-Westfalen verworpen. Vervolgens heeft Omega bij het Bundesverwaltungsgericht beroep tot „Revision” ingesteld.

14. Tot staving daarvan voert Omega talrijke proceduregebreken aan. Ten gronde stelt zij dat de verbodsbeschikking inbreuk maakt op haar grondrechten, in het bijzonder het recht haar inrichting te exploiteren en het recht op vrije beroepskeuze. Zij voert aan dat het beginsel van gelijke behandeling wordt geschonden omdat zij wordt benadeeld ten opzichte van andere laserdrome-exploitanten in Duitsland, alsook ten opzichte van de exploitanten van andere spelen zoals „paintball” of „gotcha”. Volgens haar is de beschikking bovendien te onnauwkeurig en berust zij niet op een geldige grondslag, omdat het begrip openbare orde in § 14 OBG NW te vaag is. De verbodsbeschikking maakt ook inbreuk op het gemeenschapsrecht, in het bijzonder het in artikel 49 EG neergelegde beginsel van het vrij verrichten van diensten, aangezien in de laserdrome de door de Britse firma Pulsar geleverde uitrusting en techniek moeten worden gebruikt.

15. Omega vordert vernietiging van de vonnissen van de lagere rechtbanken en nietigverklaring van de tegen haar gerichte beschikking en, subsidiair, verwijzing van de zaak naar het Hof voor een prejudiciële beslissing. De verwerende politieautoriteit vordert verwerping van het beroep tot Revision.

16. Volgens de verwijzende rechter moet het beroep tot Revision van Omega op grond van het nationale recht worden verworpen. Hij vraagt zich echter af of die oplossing verenigbaar is met het gemeenschapsrecht, in het bijzonder de artikelen 49 EG tot en met 55 EG over het vrij verrichten van diensten en de artikelen 28 EG tot en met 30 EG over het vrije goederenverkeer.

17. De verwijzende rechter verklaart dat het Oberverwaltungsgericht het Duitse federale recht, in het bijzonder de beginselen van de federale grondwet, heeft toegepast bij de uitlegging van de algemene bevoegdheid die het recht van de betrokken deelstaat in § 14, lid 1, OBG NW verleent. Het Oberverwaltungsgericht heeft zijns inziens terecht geconcludeerd dat de commerciële exploitatie van een spel dat bestaat in het „gesimuleerd doden” van mensen in de laserdrome van Omega inbreuk maakt op de menselijke waardigheid in de zin van artikel 1, lid 1, eerste zin, van de Duitse grondwet.

18. De menselijke waardigheid is volgens de verwijzende rechter een grondwettelijk beginsel dat kan worden geschonden door de vernederende behandeling van een tegenstrever, waarvan in het onderhavige geval geen sprake is, of door het opwekken of versterken bij de deelnemer aan het spel van een houding die het grondrecht van elke mens op erkenning en respect verloochent, zoals in het onderhavige geval via het ensceneren van geweldsdaden voor speldoel-einden. Van een fundamentele grondwettelijke waarde zoals de menselijke waardigheid, kan geen afstand worden gedaan in het kader van een recreatief spel. De grondrechten waarop Omega zich beroept, kunnen in het licht van het nationale recht niet afdoen aan deze beoordeling.

19. Wat de toepassing van het gemeenschapsrecht betreft, is de verwijzende rechter van oordeel dat de betrokken beschikking in het bijzonder inbreuk maakt op het vrij verrichten van diensten op grond van artikel 49 EG. De verenigbaarheid van de bestreden beschikking met het gemeenschapsrecht hangt volgens hem af van de vraag of en in hoeverre deze inbreuk om redenen van openbare orde kan worden gerechtvaardigd.

20. De kern van de vraag waarop de verwijzende rechter een antwoord verwacht, is of de bevoegdheid van de lidstaten om de in het Verdrag neergelegde fundamentele vrijheden — in casu het vrije diensten- en goederenverkeer — om dwingende redenen van algemeen belang te beperken, is onderworpen aan de voorwaarde dat deze beperking berust op een rechtsopvatting die alle lidstaten gemeen hebben. Volgens de ver-

wijzende rechter kan het bestaan van een dergelijke voorwaarde worden afgeleid uit de overwegingen van het Hof in zaak C-275/92, Schindler, alsook uit bepaalde uitspraken in de Duitse literatuur. Indien die zienswijze juist is, moet het beroep worden toegewezen, aangezien het laserdrome-concept althans in Groot-Brittannië rechtmatig in de handel wordt gebracht. Indien zij niet juist is, moet het beroep volgens de verwijzende rechter in navolging van de lagere rechtbanken worden verworpen en is wegens het fundamentele belang van het geschonden rechtsgoed van de menselijke waardigheid een nader onderzoek van de evenredigheid en in het bijzonder de geschiktheid van de maatregel overbodig.

21. In het licht van het bovenstaande heeft de verwijzende rechter de procedure geschorst en het Hof de volgende prejudiciële vraag gesteld:

„Is het met de regels van het EG-Verdrag betreffende het vrije verkeer van diensten en goederen verenigbaar dat naar nationaal recht een bepaalde commerciële activiteit — in casu de exploitatie van een ‚laserdrome‘ waar het doden van mensen wordt gesimuleerd — wordt verboden, omdat deze activiteit inbreuk maakt op de in de grondwet opgenomen waarden?”

IV — De prejudiciële vraag

2. Beoordeling

A — Ontvankelijkheid

1. Belangrijkste argumenten van de politieautoriteit

22. De *politieautoriteit* beschouwt de prejudiciële vraag als niet-ontvankelijk, omdat er geen sprake is van een grensoverschrijdend element. Zij voert in wezen aan dat de zakelijke contacten met Pulsar pas na de bestreden beschikking van 28 september 1994 plaatsvonden, zodat de zaak tot op dat moment geen enkel grensoverschrijdend element vertoonde. Er kan zelfs worden betwijfeld of de zaak na het opnemen van deze contacten wel een grensoverschrijdend karakter heeft gekregen, omdat de beschikking noch de installatie noch het gebruik van de door Pulsar geleverde en onderhouden uitrusting, maar alleen een spelvariant heeft verboden. Omega heeft weliswaar een franchiseovereenkomst met Pulsar gesloten waarin wordt verwezen naar de verboden spelvariant, maar dat was pas op 29 mei 1997, dus geruime tijd na de bestreden beschikking.

23. Ter terechtzitting heeft de *Duitse regering* zich in wezen aangesloten bij dit standpunt.

24. De door de politieautoriteit geuite bezwaren met betrekking tot de ontvankelijkheid van de prejudiciële vraag kunnen mij niet overtuigen. Volgens vaste rechtspraak van het Hof is het „uitsluitend een zaak van de nationale rechters aan wie een geschil is voorgelegd en die de verantwoordelijkheid dragen voor de te geven rechterlijke beslissing, om, gelet op de bijzonderheden van elk geval, te oordelen over de noodzaak van een prejudiciële beslissing voor het wijzen van hun vonnis alsmede over de relevantie van de vragen die zij het Hof voorleggen”.²

25. Het Hof leidt hieruit het volgende beginsel af: „Wanneer de vragen van de nationale rechter de uitlegging van een bepaling van gemeenschapsrecht betreffen, is het Hof dus in beginsel gehouden er uitspraak over te doen.”³ „Bijgevolg kan het verzoek van een nationale rechter slechts [door het Hof] worden verworpen, wanneer

2 — Arrest van 30 november 1995, *Esso Española* (C-134/94, Jurispr. 1995, blz. I-4223, punt 9). Zie ook de eerdere arresten van 28 juni 1984, *Moser* (180/83, Jurispr. 1984, blz. 2539, punt 6); 5 oktober 1988, *Alsattel* (247/86, Jurispr. 1988, blz. 5987, punt 8); 27 oktober 1993, *Enderby* (C-127/92, Jurispr. 1993, blz. I-5535, punt 10); 2 juni 1994, *AC-ATEL Electronics* (C-30/93, Jurispr. 1994, blz. I-2305, punt 19), en 15 december 1995, *Bosman* (C-415/93, Jurispr. 1995, blz. I-4921, punt 59). Zie voorts arresten van 26 november 1998, *Bronner* (C-7/97, Jurispr. 1998, blz. I-7791, punt 16), en 1 december 1998, *Ecotrade* (C-200/97, Jurispr. 1998, blz. I-7907, punt 25).

3 — Zie met name arresten van 18 oktober 1990, *Dzodzi* (C-297/88 en C-197/89, Jurispr. 1990, blz. I-3763, punten 34 en 35), en 8 november 1990, *Gmurzynska-Bscher* (C-231/89, Jurispr. 1990, blz. I-4003, punten 19 en 20), en arrest *Bronner* (aangehaald in voetnoot 2, punt 16).

duidelijk blijkt dat de door deze rechter gevraagde uitlegging van het gemeenschapsrecht of het onderzoek van de geldigheid van een communautair voorschrift geen verband houdt met een reëel geschil of met het voorwerp van het hoofdgeding.”⁴

28. De prejudiciële vraag moet derhalve worden onderzocht.

B — Beoordeling

26. In dit verband beklemtoont het Hof dat het „niet aan het Hof doch aan de nationale rechter [staat] de aan het geding ten gronde liggende feiten vast te stellen en daaruit de conclusies te trekken voor de door hem te geven beslissing”.⁵

1. De betrokken fundamentele vrijheid

a) Belangrijkste argumenten van de deelnemers aan de procedure

27. Met betrekking tot de argumenten van de politieautoriteit valt dus te constateren dat het niet aan het Hof kan staan de inhoud van de overeenkomsten tussen Omega en Pulsar vast te stellen of het moment waarop deze contractuele betrekkingen zijn ontstaan, te vergelijken met de datum van de beschikking. Bovendien is een dwangsom doorgaans gedurende een zekere periode van toepassing, zodat zelfs indien de contractuele betrekkingen pas na de beschikking tot stand zijn gekomen, een band met het gemeenschapsrecht niet kan worden uitgesloten.

29. Zowel de *politieautoriteit* als de *Commissie* wijst erop dat, als er al van een beperking sprake is, de bestreden nationale maatregel het goederenverkeer en het vrij verrichten van diensten niet op dezelfde wijze beperkt.

30. De *politieautoriteit* en de *Duitse bondsregering* — laatstgenoemde ter terechtzitting — trekken in de lijn van hun argumenten met betrekking tot de ontvankelijkheid in twijfel of het vrije goederenverkeer en het vrij verrichten van diensten eigenlijk wel worden beperkt en wijzen er in dit verband op dat zelfs indien dit wel het geval zou zijn, de beperking van de twee betrokken fundamentele vrijheden verschillend moet worden beoordeeld. Wat het vrije goederenverkeer betreft, moet namelijk worden vastgesteld dat de bestreden beschikking de invoer van

4 — Arrest van 18 januari 1996, SEIM (C-446/93, Jurispr. 1996, blz. I-73, punt 28), en arrest Bronner (aangehaald in voetnoot 2, punt 17).

5 — Arrest van 29 april 1982, Pabst & Richarz (17/81, Jurispr. 1982, blz. I331, punt 12), arrest AC-ATEL (aangehaald in voetnoot 2, punt 17); arresten van 1 december 1998, Levez (C-326/96, Jurispr. 1998, blz. I-7835, punt 26), en 16 september 1999, WWF e.a. (C-435/97, Jurispr. 1999, blz. I-5613, punt 32).

goederen slechts in zoverre verbiedt als zij het gebruik ervan in het kader van de „laserdrome” verbiedt. Zoals in het arrest Schindler⁶ zou kunnen worden gesteld dat ook in het onderhavige geval de „invoer en de verspreiding van voorwerpen [...] geen doel op zich” zijn, maar enkel dienen om de deelname aan het spel mogelijk te maken, zodat de uit de bestreden beschikking voortvloeiende beperking, indien zij al moet worden onderzocht, in de eerste plaats aan het beginsel van het vrij verrichten van diensten moet worden getoetst.

31. Ook de *Commissie* is van mening dat de in het kader van de franchiseovereenkomst verrichte diensten in het hoofdgeding centraal staan, omdat de invoer van goederen uit Groot-Brittannië enkel dient om de exploitatie van het spel mogelijk te maken.

b) Beoordeling

32. Gelet op de vaste rechtspraak van het Hof volgens welke toetsing aan een fundamentele vrijheid overbodig kan zijn indien de beperking van deze fundamentele vrijheid het onvermijdelijke gevolg is van de rechtstoestand met betrekking tot een andere

fundamentele vrijheid die van primair belang is⁷, hoeft in het onderhavige geval geen afzonderlijk onderzoek van de artikelen 28 e.v. EG plaats te vinden. De Commissie en de politieautoriteit wijzen er namelijk terecht op dat de bestreden beschikking de invoer van goederen slechts in zoverre beperkt als deze de deelname aan het omstreden spel mogelijk maken, zodat het vrije verkeer van goederen in het hoofdgeding slechts van secundair belang is.

33. De beperking van het vrij verrichten van diensten kan in casu zonder problemen worden geconstateerd. De bestreden beschikking verbiedt een spelvariant die een essentieel onderdeel is van de contractuele afspraken tussen de in Duitsland gevestigde exploitant van het spel, Omega, en de in Groot-Brittannië gevestigde houder van de intellectuele eigendomsrechten op het spel, Pulsar. De politieautoriteit wijst er in dit verband terecht op dat de bestreden beschikking het ter beschikking stellen van het laserdrome-concept niet principieel verbiedt; de aantasting van het recht van Pulsar op het vrij verrichten van diensten bestaat erin dat het bedrijf haar concept in de Bondsrepubliek Duitsland enkel onder strengere voorwaarden – dat wil zeggen door wezenlijke onderdelen ervan op te geven – ter beschikking kan stellen, wat op zijn beurt het recht van de dienstontvanger om gebruik te maken van de diensten van een buitenlandse dienstverrichter belemmert.

34. Volgens de politieautoriteit is er echter geen sprake van een schending van het beginsel van het vrij verrichten van diensten.

6 — Arrest van 24 maart 1994, Schindler (C-275/92, Jurispr. 1994, blz. I-1039, punt 22).

7 — Naast het in voetnoot 6 genoemde arrest Schindler haalt de Commissie in dit verband het arrest van 1 februari 2001, Mac Quen e. a. (C-108/96, Jurispr. 2001, blz. I-837, punt 21), aan.

Het arrest Keck en Mithouard⁸ kan haars inziens naar analogie op het onderhavige geval worden toegepast, aangezien noch de exploitatie van een laserdrome als zodanig, noch het gebruik van de door Pulsar geleverde diensten in hun geheel, maar slechts een bepaald soort gebruik in de vorm van de exploitatie van een spelvariant verboden wordt. Naar haar mening moet er dus van worden uitgegaan dat de betrokken maatregel een regeling inzake een dienstverrichting is die buiten de werkingssfeer van artikel 49 EG valt.

35. Ik wijs erop dat het Hof zich in het arrest Alpine Investments⁹ reeds over een soortgelijk argument heeft moeten uitspreken: in die zaak heeft het Hof gesteld dat een regeling van aanbiedingsmodaliteiten in de lidstaat van de dienstverrichter de toegang tot de dienstenmarkt rechtstreeks beïnvloedt, omdat zij niet alleen aanbiedingen in die lidstaat betreft, maar ook aanbiedingen in andere staten, terwijl de reden voor de uitsluiting van verkoopmodaliteiten van de werkingssfeer van artikel 28 EG is dat dergelijke regelingen inzake verkoopmodaliteiten de toegang tot de markt voor deze producten in de lidstaat van invoer niet kunnen verhinderen of moeilijker maken dan voor nationale producten.

36. De politieautoriteit merkt echter op dat het arrest Alpine Investments een regeling van de lidstaat van de dienstverrichter betrof, terwijl het in het onderhavige geval gaat om een regeling van de lidstaat van de dienstontvanger, zodat de door het Hof aangevoerde argumenten niet erop kunnen worden toegepast. In deze op zich juiste opmerking wordt evenwel over het hoofd gezien dat de in het arrest Keck en Mithouard gemaakte differentiatie alleen al daarom niet op het vrij verrichten van diensten toepasbaar is omdat, wanneer het grensoverschrijdende karakter voldoende vaststaat, een regeling van de wijze van verrichting bij alle diensten — onafhankelijk van de locatie — juist wegens de onlichamelijke aard van dienstverrichtingen noodzakelijkerwijs een voor het gemeenschapsrecht relevante beperking oplevert, zonder dat zelfs een onderscheid kan worden gemaakt tussen regelingen inzake de wijze waarop een dienst wordt verricht en regelingen die rechtstreeks de diensten betreffen.

37. Een analoge toepassing van het arrest Keck en Mithouard op regelingen van de lidstaat van de dienstontvanger dient ook te worden uitgesloten op grond van het beginsel van het land van herkomst, dat inherent is aan artikel 49 EG. Dit verklaart ook waarom het Hof steeds — zonder een onderscheid te maken zoals in het arrest Keck en Mithouard — ervan is uitgegaan dat arti-

8 — Arrest van 24 november 1993 (C-267/91 en C-268/91, Jurispr. 1993, blz. I-6097).

9 — Arrest van 10 mei 1995 (C-384/93, Jurispr. 1995, blz. I-1141, punten 36 e.v.). Zie arrest van 28 oktober 1999, ARD (C-6/98, Jurispr. 1999, blz. I-7599), waarin het Hof een reclamebeperking tegelijkertijd aanmerkt als een verkoopmodaliteit in de zin van het aangehaalde arrest Keck en Mithouard inzake artikel 30 EG en als een beperking in de zin van artikel 49 EG.

kel 49 EG ook op dergelijke regelingen van toepassing is.¹⁰ Volgens deze vaste rechtspraak vereist „de naleving van het in artikel 49 EG gestelde beginsel [namelijk] niet alleen de afschaffing van iedere discriminatie op grond van nationaliteit [...], maar tevens de opheffing van [alle] beperkingen die anders de werkzaamheden van de dienstverrichter die in een andere lidstaat is gevestigd en aldaar gelijksoortige diensten verricht, zouden verbieden of belemmeren”¹¹ (cursivering van mij).

de betrokken beperking van het vrij verichten van diensten door de in het hoofdingeding bestreden beschikking gerechtvaardigd kan zijn. In dit verband verwijzen zij naar de in artikel 46 EG juncto artikel 55 EG genoemde redenen, alsook naar de door het Hof erkende dwingende redenen van algemeen belang.

38. Er moet dus worden geconstateerd dat de bestreden beschikking een beperking van de door artikel 49 EG gewaarborgde vrijheid van dienstverrichting vormt.

2. Rechtvaardiging van de belemmering

a) Belangrijkste argumenten van de deelnemers aan de procedure

39. De *politieautoriteit*, de *Commissie* en de *Duitse bondsregering* zijn het erover eens dat

40. *Omega* meent daarentegen, zoals zij reeds in de procedure voor de nationale rechter heeft gezegd, dat de betrokken nationale maatregel in tweeërlei opzicht bedenkelijk is: in de eerste plaats is de nationale rechtsgrondslag onvoldoende concreet en nauwkeurig, hetgeen strijdig is met het door het gemeenschapsrecht gewaarborgde beginsel van bescherming van gewettigd vertrouwen; in de tweede plaats kan de uit de bestreden beschikking voortvloeiende beperking van de communautaire fundamentele vrijheden niet om redenen van openbare orde, openbare veiligheid of volksgezondheid worden gerechtvaardigd. *Omega* onderstreept dat de simulatie van doding en geweld wijdverbreid is in films, maar ook in beeldende kunsten, gevechtssporten en kinderspelen, en maatschappelijk aanvaard is; „lasersport” onderscheidt zich in niets van die activiteiten. Volgens *Omega* gaat het bij lasersport bovendien niet om gesimuleerde doding.

10 — Arrest van 3 oktober 2000, Corsten (C-58/98, Jurispr. 2000, blz. I-7919). Zie ook de overwegingen van advocaat-generaal Cosmas in zijn conclusie van 30 november 1999 (voetnoot 22). Zie met betrekking tot dezelfde problematiek ten slotte ook arrest van 11 december 2003, Schnitzer (C-215/01, Jurispr. 2003, blz. I-14847).

11 — Arrest van 6 maart 2003, Commissie/Luxemburg (C-478/01, Jurispr. 2003, blz. I-2351, punt 19). Zie ook arresten van 25 juli 1991, Säger (C-76/90, Jurispr. 1991, blz. I-4221, punt 12); 9 augustus 1994, Vander Elst (C-43/93, Jurispr. 1994, blz. I-3803, punt 14), en 28 maart 1996, Guiot (C-272/94, Jurispr. 1996, blz. I-1905, punt 10); arrest Corsten (aangehaald in voetnoot 10), punt 33; arresten van 11 juli 2002, Gröbner (C-294/00, Jurispr. 2002, blz. I-6515, punt 38), en 13 februari 2003, Commissie/Italië (C-131/01, Jurispr. 2003, blz. I-1659, punt 26).

b) Beoordeling

i) Inleidende opmerkingen

41. Met zijn prejudiciële vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of aan de bevoegdheid van de lidstaten om de door het EG-Verdrag gewaarborgde fundamentele vrijheden om dwingende redenen van algemeen belang — in casu meer bepaald om redenen van bescherming van de openbare veiligheid en de openbare orde — te beperken, de voorwaarde is verbonden dat deze beperking berust op een rechtsopvatting die alle lidstaten gemeen hebben.

42. De verwijzende rechter heeft ter zake opgemerkt dat in het hoofdgeding van een bedreiging van de openbare orde is uitgegaan op grond van de naar nationaal constitutioneel recht vereiste bescherming van de menselijke waardigheid. Dit betekent dat de betrokken beschikking uiteindelijk op de — door het nationale recht — beschermde grondrechten berust. Als men evenwel bedenkt dat de bescherming van grondrechten op het niveau van het gemeenschapsrecht wordt gewaarborgd door de erkenning van algemene rechtsbeginselen die — met name — uit de gemeenschappelijke constitutionele tradities van de lidstaten voortvloeien¹², moet met betrekking tot de prejudiciële vraag worden geconcludeerd dat de onderstelling dat een gemeenschappelijke

rechtsopvatting van alle lidstaten inzake de betrokken grondrechten noodzakelijk is, betekent dat er — op het niveau van het gemeenschapsrecht — een rechtstreeks conflict bestaat tussen fundamentele vrijheden, zoals in dit geval het vrij verrichten van diensten, en de door het gemeenschapsrecht erkende grondrechten. Het bestaan van een dergelijk conflict doet zeer belangrijke vragen rijzen omtrent de rangorde van de fundamentele vrijheden.

43. In het licht van deze overwegingen lijkt het mij aangewezen in te gaan op de verhouding tussen de communautaire fundamentele vrijheden¹³ en de bescherming van de grondrechten in de Gemeenschap, alvorens over te gaan tot de beantwoording van de prejudiciële vraag.

44. Ik merk nog op dat het Hof meer en meer wordt geconfronteerd met zaken die een dergelijk conflict tussen fundamentele vrijheden en door het gemeenschapsrecht erkende grondrechten aan de orde stellen.¹⁴ Het onderhavige geval kan in dat opzicht worden vergeleken met de zaak Schmidberger.¹⁵ Ook in dat geval beriep de lidstaat zich op de noodzaak van bescherming van de grondrechten om een beperking van een van de fundamentele vrijheden van het Verdrag te rechtvaardigen. Ervan uitgaand dat ook de Gemeenschap verplicht is de grondrechten te beschermen en dat de betrokken grond-

13 — In casu is enkel sprake van fundamentele vrijheden van het Verdrag, die niet mogen worden verward met die van het Europese Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM).

14 — Zie in die zin ook advocaat-generaal Jacobs, conclusie van 11 juli 2002, Schmidberger (C-112/00, arrest van 12 juni 2003, Jurispr. 2003, blz. I-5659), punt 89.

15 — Aangehaald in voetnoot 14.

12 — Zie artikel 6 EU.

rechten ook in het gemeenschapsrecht gelding hebben, onderzocht het Hof in die zaak hoe „de vereisten van de bescherming van de grondrechten in de Gemeenschap moeten worden geconcentreerd met de vereisten die voortvloeien uit een in het Verdrag verankerde fundamentele vrijheid”.¹⁶

45. Voor het onderzoek van de verhouding tussen fundamentele vrijheden en communautaire bescherming van de grondrechten in het kader van de onderhavige zaak moet in de eerste plaats een algemeen overzicht worden gegeven van het communautaire stelsel van bescherming van de grondrechten (zie hierna, punt ii) en in het bijzonder van de bescherming van de menselijke waardigheid (punt iii). Pas daarna zal ik onderzoeken of er in het onderhavige geval sprake is van een rechtstreeks conflict tussen het vrij verrichten van diensten en de bescherming van de menselijke waardigheid, dan wel of de bescherming van de menselijke waardigheid kan worden aangevoerd ter rechtvaardiging van de vastgestelde beperking van het vrij verrichten van diensten (punt iv).

ii) Bescherming van de grondrechten in het gemeenschapsrecht

46. De eerbiediging van de grondrechten behoort zonder twiifel tot de hoekstenen van de communautaire rechtsorde. Volgens vaste

rechtspraak maken de grondrechten namelijk deel uit van de algemene rechtsbeginselen waarvan het Hof de eerbiediging moet verzekeren. Daarbij laat het Hof zich leiden door de gemeenschappelijke constitutionele tradities van de lidstaten en de richtsnoeren die zijn vervat in de internationale verdragen inzake de bescherming van de rechten van de mens, waaraan de lidstaten hebben meegewerkt of die zij hebben ondertekend. In dit verband is het EVRM van bijzonder belang.¹⁷

47. De in de rechtspraak uitgewerkte beginselen zijn bekrachtigd in de preambule van de Europese Akte en vervolgens opnieuw in artikel F, lid 2, van het Verdrag betreffende de Europese Unie (thans artikel 6, lid 2, EU).¹⁸

— Plaats van de grondrechten als algemene beginselen van het gemeenschapsrecht

48. Vastgesteld moet worden welke hiërarchische positie de grondrechten als algemene

17 — Zie in het bijzonder arresten van 18 juni 1991, ERT (C-260/89, Jurispr. 1991, blz. I-2925, punt 41), 6 maart 2001, Connolly/Commissie (C-274/99 P, Jurispr. 2001, blz. I-1611, punt 37), en 22 oktober 2002, Roquette Frères (C-94/00, Jurispr. 2002, blz. I-9011, punt 25).

18 — Artikel 6, lid 2, EU luidt: „De Unie eerbiedigt de grondrechten, zoals die worden gewaarborgd door het op 4 november 1950 te Rome ondertekende Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden en zoals zij uit de gemeenschappelijke constitutionele tradities van de lidstaten voortvloeien, als algemene beginselen van het gemeenschapsrecht.”

16 — Ibidem, punt 77.

beginselen van het gemeenschapsrecht innemen. Er moet in het bijzonder worden nagegaan of er een rangorde tussen de als algemene rechtsbeginselen geldende grondrechten en de in het Verdrag neergelegde fundamentele vrijheden bestaat.

49. In dit verband is het belangrijk erop te wijzen dat het Hof op grond van artikel 220 EG en artikel 6, lid 2, EU de eerbiediging van de grondrechten als algemene rechtsbeginselen van de Gemeenschap verzekert. Zij moeten als een bestanddeel van het primaire recht worden beschouwd; hierdoor bevinden zij zich hiërarchisch op dezelfde hoogte als het overige primaire recht, en met name de fundamentele vrijheden.¹⁹

50. Op zich zou het interessant zijn zich te verdiepen in de vraag of men — gelet op de in het algemeen door de grond- en mensenrechten beschermde fundamentele rechtsgoederen, het beeld dat de Gemeenschap van zichzelf heeft als een op de eerbiediging van deze rechten gegrondveste gemeenschap en bovenal de tegenwoordig als een noodzakelijke voorwaarde voor de legitimiteit van elke staatsorde beschouwde verbintenis tot bescherming van de mensenrechten — de grond- en mensenrechten in het algemeen niet een zekere voorrang boven het „alge-

mene” primaire recht kan geven. Juist de fundamentele vrijheden kunnen evenwel ook — althans in bepaalde opzichten — materieel zeer wel als grondrechten worden aangemerkt. Voorzover zij bijvoorbeeld discriminatieverboden inhouden, moeten zij als bijzondere uitdrukkingvormen van het algemene gelijkheidsbeginsel worden beschouwd.²⁰ Aldus kan een conflict tussen in het Verdrag verankerde fundamentele vrijheden enerzijds en grond- en mensenrechten anderzijds, althans in sommige gevallen, ook een conflict tussen grondrechten zijn.

51. In de praktijk doet dit probleem zich echter bijna nooit zo scherp voor, omdat op zowel de fundamentele vrijheden als de — meeste — grondrechten beperkingen mogelijk zijn.

52. In de zaak Schmidberger had de verwijzende rechter de vraag opgeworpen of het in het EG-Verdrag neergelegde beginsel van het vrije goederenverkeer voorrang heeft boven bepaalde door de nationale rechtsorde gewaarborgde grondrechten.²¹ In zijn onderzoek hoe „de vereisten van de bescherming van de grondrechten in de Gemeenschap moeten worden geconcilieerd met de ver-

¹⁹ — Daarvan gaat blijkbaar ook het arrest Schmidberger (aangehaald in voetnoot 14) uit, aangezien volgens punt 77 „de vereisten van de bescherming van de grondrechten in de Gemeenschap moeten worden geconcilieerd met de vereisten die voortvloeien uit een in het Verdrag verankerde fundamentele vrijheid”. Indien er een hiërarchische verhouding zou bestaan tussen de communautaire bescherming van de grondrechten en van de fundamentele vrijheden, dan zou een conciliatie van de respectieve vereisten uitgesloten zijn.

²⁰ — De fundamentele vrijheden sluiten in het bijzonder iedere discriminatie op grond van nationaliteit uit. Zie Schwarze, *EU-Kommentar*, eerste druk, 2000, artikel 12 EG, punt 9.

²¹ — Arrest aangehaald in voetnoot 14, punt 70.

eisten die voortvloeien uit een in het Verdrag verankerde fundamentele vrijheid”²², heeft het Hof de in artikel 36 EG-Verdrag opgesomde of als dwingende vereisten van algemeen belang erkende gronden die een beperking van het vrije goederenverkeer kunnen rechtvaardigen, vergeleken met de gerechtvaardigde beperkingen waaraan de vrijheden van meningsuiting en van vergadering op grond van lid 2 van de artikelen 10 en 11 EVRM kunnen worden onderworpen.²³ Het Hof heeft niet nader bepaald in hoeverre een beperking van de beschermingsomvang van een nationaal grondrecht in een beperking van de beschermingsomvang van de overeenkomstige communautaire waarborg resulteert.

53. Hoewel het Hof de genoemde beperkingen van de grondrechten op een bepaalde, op de behoeften van de Gemeenschap toegesneden wijze uitlegt²⁴, lijkt het mij belangrijk dat in een geval als het onderhavige de noodzakelijke afweging van de betrokken belangen uiteindelijk geschiedt in het licht van de omstandigheden waarin de beperking van de betrokken grondrechten plaatsvindt. Met de vereisten van de bescherming van de grondrechten „conciliëren” kan namelijk niet betekenen dat fundamentele vrijheden worden afgewogen tegen grondrechten als zodanig, aangezien dat zou impliceren dat de bescherming van de grondrechten kan worden opgeheven. Er moet veeleer worden onderzocht in hoeverre de betrokken grondrechten kunnen worden beperkt. De bepalingen inzake de betrokken fundamentele vrijheid, en in het bijzonder de uitzonde-

ringen daarop, moeten vervolgens zoveel mogelijk in die zin worden uitgelegd dat zij zich verzetten tegen maatregelen die verder gaan dan een geoorloofde beperking van de betrokken grondrechten en derhalve geen maatregelen toelaten die niet verenigbaar zijn met deze grondrechten.

— Functies van de grondrechten in de communautaire rechtsorde

54. Uit de door de communautaire rechtsorde gewaarborgde bescherming van de grondrechten volgt enerzijds dat de eerbiediging van de grondrechten een voorwaarde voor de wettigheid van gemeenschapshandelingen vormt²⁵, anderzijds echter ook dat de lidstaten bij de uitvoering — in de ruime zin — van de communautaire regelingen de eisen in acht moeten nemen die uit de bescherming van de grondrechten in de communautaire rechtsorde voortvloeien.²⁶

55. Voorzover de Gemeenschap zich als een op de eerbiediging van de grond- en mensenrechten gegrondveste rechtsgemeenschap

22 — Ibidem, punt 77.

23 — Ibidem, punten 78 en 79.

24 — Ibidem, punt 80.

25 — Zie onder meer advies 2/94 van 28 maart 1996 (Jurispr. 1996, blz. I-1759, punt 34), alsook arresten van 17 februari 1998, Grant (C-249/96, Jurispr. 1998, blz. I-621, punt 45), en 9 september 2003, Rinke (C-25/02, Jurispr. 2003, blz. I-8349, punt 26).

26 — Arresten van 24 maart 1994, Bostock (C-2/92, Jurispr. 1994, blz. I-955, punt 16); 13 april 2000, Karlsson e. a (C-292/97, Jurispr. 2000, blz. I-2737, punt 37); 12 december 2002, Caballero (C-442/00, Jurispr. 2002, blz. I-11915, punt 30), en arrest ERT (aangehaald in voetnoot 17, punten 41 e.v.).

beschouwt²⁷, kan zij noch van de communautaire instellingen noch van de lidstaten maatregelen accepteren die zich binnen de werkingssfeer van het gemeenschapsrecht „niet verdragen met de eerbiediging van de aldus erkende rechten van de mens”.²⁸ Dit wordt bevestigd door artikel 51, lid 1, van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie.²⁹

recht waar mogelijk zo uit te leggen dat ze met de betrokken grondrechten worden gereconcilieerd.

56. Uit het oogpunt van de rechtsmethodiek wordt de eis tot eerbiediging van de grondrechten, die de Europese Gemeenschappen en de Europese Unie als geheel zichzelf stellen, in de rechtspraak van het Hof op nogal uiteenlopende wijzen verwezenlijkt.

57. Het belangrijkste basisbeginsel is dat de uitlegging altijd conform de grondrechten moet zijn; een dergelijke uitlegging kan ook worden opgevat als een vorm van uitlegging conform het primaire recht³⁰ of het constitutionele recht. Hierbij wordt ernaar gestreefd de bepalingen van gemeenschaps-

58. Zo heeft het Hof bijvoorbeeld in zijn arrest Johnston vastgesteld dat in de in artikel 6 van richtlijn 76/207/EEG voorgescreven rechterlijke controle het in de gemeenschappelijke constitutionele tradities van de lidstaten en in de artikelen 6 en 13 EVRM verankerde recht op een effectieve rechtsbescherming „tot uiting komt”, en heeft het deze bepaling van de richtlijn vervolgens „met inachtneming van” dit beginsel uitgelegd.³¹ Ook artikel 11 van richtlijn 89/552/EEG, dat de frequentie van reclameonderbrekingen regelt, moet worden uitgelegd „in het licht van” artikel 10, lid 1, EVRM, waarnaar uitdrukkelijk wordt verwezen in de achtste overweging van die richtlijn.³² Volgens de rechtspraak moeten bijvoorbeeld ook de bepalingen van het Verdrag en van de verordeningen en richtlijnen op het gebied van het vrije verkeer van werknemers en zelfstandigen, waaronder verordening (EEG) nr. 1612/68, worden uitgelegd in het licht van het recht op eerbiediging van het gezins- en familieleven van artikel 8 EVRM.³³

27 — Zie met name artikel 6, lid 1, EU.

28 — Arrest Schmidberger (aangehaald in voetnoot 14, punt 73); arrest van 29 mei 1997, Kremzow (C-299/95, Jurispr. 1997, blz. I-2629, punt 14), en arrest ERT (aangehaald in voetnoot 17, punt 41).

29 — „De bepalingen van dit Handvest zijn gericht tot de instellingen, organen en instanties van de Unie met inachtneming van het subsidiariteitsbeginsel, alsmede, uitsluitend wanneer zij het recht van de Unie ten uitvoer brengen, tot de lidstaten. Derhalve eerbiedigen zij de rechten, leven zij de beginselen na en bevorderen zij de toepassing ervan overeenkomstig hun respectieve bevoegdheden [...]” Uit de toelichting bij dit artikel blijkt dat de werkingssfeer van de communautaire bescherming van de grondrechten is vastgesteld op basis van de eerder aangehaalde rechtspraak van het Hof van Justitie.

30 — Aangezien de grondrechten deel uitmaken van het primaire recht, zie boven punt 49.

31 — Arrest van 15 mei 1986, Johnston (222/84, Jurispr. 1986, blz. 1651, punten 18 e.v.); zie ook arrest van 28 oktober 1975, Rutili (36/75, Jurispr. 1975, blz. 1219, punt 32).

32 — Arrest van 23 oktober 2003, RTL Television (C-245/01, Jurispr. 2003, blz. I-12489, punt 41).

33 — Onder meer arresten van 11 juli 2002, Carpenter (C-60/00, Jurispr. 2002, blz. I-6279, punt 38), en 17 september 2002, Baumbast en R (C-413/99, Jurispr. 2002, blz. I-7091, punt 72).

59. Als uitgangs- en aanknopingspunt neemt het Hof vaak een reeds aan de uit te leggen gemeenschapsregeling inherent verband met een bepaald grondrecht, maar dit verband kan ook uit de algemene feitelijke context van het geval resulteren.³⁴

60. Een nog verdergaande uiting van deze interpretatieve functie van de grondrechten in het kader van de uitlegging van het gemeenschapsrecht is te vinden in het arrest ERT³⁵, volgens hetwelk de lidstaten zich ook aan de vereisten van de communautaire bescherming van de grondrechten dienen te houden wanneer zij zich, zoals in het onderhavige geval, op uitzonderingen op de fundamentele vrijheden beroepen. Indien een lidstaat zich op een dwingend vereiste van algemeen belang of op een door het Verdrag geboden rechtvaardigingsgrond beroept ter rechtvaardiging van een nationale regeling die de uitoefening van een in het Verdrag vervatte fundamentele vrijheid kan belemmeren, dan moet volgens deze rechtspraak die rechtvaardiging „worden uitgelegd in het licht van de algemene rechtsbeginselen en met name de fundamentele rechten”.³⁶

61. Heel in het algemeen dienen de grond- en mensenrechten in het kader van de bescherming van de grondrechten in de

Gemeenschap echter niet alleen als interpretatieve criteria, maar ook, veel rechtstreeks, als directe toetssteen voor de wettigheid van gemeenschapshandelingen.³⁷ Het voorwerp van een dergelijke toetsing kan ook een grondrecht zijn, waarop bijvoorbeeld in het kader van een hogere voorziening of een beroep tot nietigverklaring aanspraak kan worden gemaakt.^{38 39}

62. Uit methodologisch oogpunt is op te merken dat een bepaling van het (secundaire) gemeenschapsrecht echter slechts strijdig met de grondrechten — en derhalve onwettig — is, wanneer een uitlegging van die bepaling conform de grondrechten onmogelijk is. Indien wordt aangevoerd dat een bepaling van gemeenschapsrecht in strijd is met een door het gemeenschapsrecht beschermd grondrecht, onderzoekt het Hof dus eerst of die bepaling zo kan worden uitgelegd dat beide bepalingen met elkaar worden geconcentreerd. Indien dit niet mogelijk is, moet de bepaling nietig worden verklaard. Blijkt echter dat een regeling die wel aldus kan worden uitgelegd, als zodanig

37 — Zie bijvoorbeeld arrest van 5 oktober 1994 *X/Commissie* (C-404/92 P, Jurispr. 1994, blz. 1-4737, punten 8 e.v.), over het recht op eerbiediging van het privé-leven krachtens artikel 8 EVRM; in deze zaak was in het kader van een aanwervingsprocedure rekening gehouden met de uitslag van een HIV-test, hoewel de betrokkene, naar zijn zeggen, geen toestemming voor het verrichten van die test had gegeven. Het Hof heeft in die zaak een besluit van de Commissie — en het bevestigende arrest van het gerecht — nietig verklaard wegens schending van artikel 8 EVRM.

38 — Arrest van 17 december 1998, *Baustahlgewebe/Commissie* (C-185/95 P, Jurispr. 1998, blz. 1-8417). In die zaak heeft het Hof de grief betreffende de schending van het in artikel 6, lid 1, EVRM neergelegde recht op een proces binnen een redelijke termijn als een geldig middel betreffende de procedure voor het Gerecht van eerste aanleg aanvaard en heeft het de opgelegde geldboete dienovereenkomstig verlaagd.

39 — Zie J. H. H. Weiler/Nicolas J. S. Lockhart, *Taking Rights Seriously: The European Court and its Fundamental Rights Jurisprudence — Part II*, CML Rev. 32/1995, 579 (589).

34 — Zie bijvoorbeeld betreffende de verenigbaarheid van een regeling of maatregelen ter bestrijding van visziekten met het fundamentele eigendomsrecht, arrest van 10 juli 2003, *Booker Aquacultur en Hydro Seafood* (C-20/00 en C-64/00, Jurispr. 2003, blz. 1-7411, punten 64 e.v.).

35 — Aangehaald in voetnoot 17.

36 — Ibidem (aangehaald in voetnoot 17, punten 42 e.v.). Zie ook arrest van 26 juni 1997, *Familiapress* (C-368/95, Jurispr. 1997, blz. 1-3689, punt 24).

geen schending inhoudt van de door de communautaire rechtsorde beschermde grondrechten, dan is zij geldig en staat het aan de autoriteiten en rechters op nationaal niveau om er in voorkomend geval voor te zorgen dat de regeling conform het beginsel van bescherming van de grondrechten wordt toegepast.⁴⁰

63. Met betrekking tot dit nationale niveau van de — communautaire — bescherming van de grondrechten mag niet uit het oog worden verloren dat ook nationale bepalingen of maatregelen die tot uitvoering van het gemeenschapsrecht strekken, aan de communautaire grondrechten moeten worden getoetst. Het Hof heeft ter zake herhaaldelijk vastgesteld dat dergelijke bepalingen en maatregelen door de nationale rechters zoveel mogelijk in overeenstemming met deze — conform de grondrechten uitgelegde — gemeenschapsregeling moeten worden uitgelegd.⁴¹ Anders is de nationale rechter op grond van de voorrang van het gemeenschapsrecht verplicht die nationale bepalingen of maatregelen niet toe te passen of nietig te verklaren.

64. Als een gemeenschapsregeling de lidstaten een beoordelingsmarge of de keuze tussen verschillende uitvoeringsmodaliteiten laat, moeten de lidstaten bovendien die

discretionaire bevoegdheid met inachtneming van de communautaire grondrechten uitoefenen, zodat de betrokken nationale regeling op een met de communautaire bescherming van de grondrechten verenigbare wijze wordt toegepast. De grondrechten zijn zelfs binnen het kader van de zogenoemde procesautonomie bindend voor de nationale autoriteiten en rechters of vormen bakens die deze autonomie beperken.⁴²

65. Geconstateerd moet echter worden dat in al deze gevallen de inhoud van de uit te voeren gemeenschapsbepaling — ongeacht of het gaat om een specifieke bepaling van een richtlijn of om een rechtvaardigingsgrond voor een afwijking van een fundamentele vrijheid waarop een lidstaat zich beroept — vaak niet meer wordt geconcretiseerd of gesubstantieerd, maar veeleer wordt aangevuld met nieuwe elementen. De grondrechten vormen dus bijkomende elementen, die echter inherent zijn aan de betrokken gemeenschapsbepalingen.

66. Tot slot merk ik nog op dat er een nauw verband bestaat tussen de functie van grondrechten als interpretatief criterium en hun rol als directe toetssteen voor de wettigheid

40 — Arrest Rinke (aangehaald in voetnoot 25, punten 28 en 42), en arrest van 26 november 2002, Oteiza Olazabal (C-100/01, Jurispr. 2002, blz. I-10981, punt 90).

41 — Zie onder meer arrest van 20 mei 2003, Österreichischer Rundfunk e. a. (C-465/00, C-138/01 en C-139/01, Jurispr. 2003, blz. I-4989, punt 93).

42 — Zie arrest van 10 april 2003, Steffensen (C-276/01, Jurispr. 2003, blz. I-3735, punten 60 en 96 e.v.).

van een gemeenschapsregeling⁴³ of een nationale uitvoeringsmaatregel.

— Conclusies met betrekking tot de verhouding tussen de nationale en de communautaire bescherming van de grondrechten

67. Op basis van de hierboven beschreven beginselen zal ik thans nagaan wat, in verband met de oplossing van de onderhavige zaak, gemeenschappelijk de betekenis is van een nationale beoordeling van grondrechten.

68. Ik moet er in dit verband allereerst in het algemeen op wijzen dat het Hof al in zijn eerste arresten bezwaren van nationale constitutionele aard tegen de geldigheid van gemeenschapsrecht heeft afgewezen.⁴⁴

43 — In het arrest Connolly/Commissie (aangehaald in voetnoot 17), punten 37-64), waarin het onder meer ging om de vraag of het recht op vrije meningsuiting van de heer Connolly was geschonden door een besluit dat de Commissie op grond van artikel 17, tweede alinea, van het ambtenarenstatuut had genomen, heeft het Hof eerst de inhoud onderzocht van het fundamentele recht op vrije meningsuiting, zoals dat is neergelegd in artikel 10 EVRM, en vervolgens onderzocht of het bestreden besluit verenigbaar was met artikel 17, lid 2, van het ambtenarenstatuut, uitgelegd en toegepast in het licht van dit grondrecht.

44 — Zie met name arresten van 4 februari 1959, Stork/Hoge Autoriteit (11/58, Jurispr. 1959, blz. 45), en 1 april 1965, Sgarlata e.a./Commissie (40/64, Jurispr. 1965, blz. 296).

69. De redenen daarvoor — die nog altijd overtuigend zijn vanuit principieel oogpunt — heeft het Hof in zijn standaardarrest Internationale Handelsgesellschaft uiteengezet: „Overwegende dat het te baat nemen van aan het nationale recht ontleende regelen of begrippen ter beoordeling van de rechtsgeldigheid der handelingen van de instellingen der Gemeenschap de eenheid en het tot gelding komen van het gemeenschapsrecht aantast; dat de geldigheid van zulke handelingen alleen aan het gemeenschapsrecht mag worden getoetst; dat immers de aard van het verdragsrecht, dat zijn oorsprong in een autonome rechtsbron vindt, medebrengt dat daartegenover, wil het zijn communautaire aard niet verliezen en de rechtsgrondslag van de gemeenschap zelf niet in gevaar worden gebracht, in rechte geen beroep op enige nationale rechtsregel mag worden gedaan; dat derhalve beweerde inbreuken op grondrechten zoals die in de constitutie van een lidstaat zijn neergelegd of op de beginselen van het constitutioneel bestel van een lidstaat, aan de rechtsgeldigheid van een handeling der gemeenschap of aan de werking dier handeling op het grondgebied van die staat niet kunnen afdoen.”⁴⁵

70. De weigering om het gemeenschapsrecht af te stemmen op nationale bepalingen op het gebied van de grondrechten moet echter meteen worden gerelativeerd. Ten eerste zijn, de als algemene rechtsbeginselen van het gemeenschapsrecht erkende grond- en

45 — Arrest van 17 december 1970, Internationale Handelsgesellschaft (11/70, Jurispr. 1970, blz. 1125, punt 3). Deze overwegingen hebben de stoot gegeven tot de ontwikkeling van de autonome communautaire bescherming van de grondrechten; overigens vormde de formulering van het beginsel van een passende eigen communautaire bescherming van de grondrechten een voorwaarde voor de aanvaarding van de onvoorwaardelijke voorrang van het gemeenschapsrecht, zoals bijvoorbeeld blijkt uit de twee „Solange”-arresten van het Bundesverfassungsgericht.

mensenrechten — zoals uit de bovengenoemde vaste rechtspraak blijkt — inhoudelijk geënt op de constitutionele tradities die de lidstaten gemeen hebben en in het bijzonder op het EVRM. Ten tweede omvat het Verdrag rechtvaardigingsgronden voor de beperking van de fundamentele vrijheden die het waarborgt, zodat nationale constitutionele overwegingen uiteindelijk toch meespelen, zoals ook uit het onderhavige geval blijkt.

71. Met betrekking tot de prejudiciële vraag volgt uit het bovenstaande dat de geconstateerde beperking van het vrij verrichten van diensten niet zonder meer kan worden gerechtvaardigd door de bescherming van specifieke, in de grondwet van een lidstaat gewaarborgde grondrechten. Er moet veeleer worden onderzocht in hoeverre deze beperking kan worden gerechtvaardigd door redenen die door het gemeenschapsrecht zijn erkend, zoals met name de bescherming van de openbare orde. Voor een dergelijke rechtvaardiging is een gemeenschappelijke rechtsopvatting van de lidstaten inzake de bescherming van de openbare orde geen vereiste.

72. Mocht in het kader van dit onderzoek echter blijken dat de aan de orde zijnde beperkende nationale maatregel op een beoordeling van de nationale grondrechtenbescherming berust die overeenstemt met de rechtsopvatting die de lidstaten gemeen hebben, dan zou een overeenkomstig beschermingsvereiste (ook) uit de communautaire grondrechtenbescherming kunnen worden afgeleid, wat methodologisch gezien zou betekenen dat niet meer onderzocht zou moeten worden of de nationale maatregel als een aanvaardbare — want gerechtvaardigde — uitzondering op de in het Verdrag

neergelegde fundamentele vrijheden kan worden aangemerkt, maar wel — om het met de woorden van het arrest Schmidberger te zeggen — hoe „de vereisten van de bescherming van de grondrechten in de Gemeenschap moeten worden geconcilieerd met de vereisten die voortvloeien uit een in het Verdrag verankerde fundamentele vrijheid”.

73. In casu moet dus worden vastgesteld of de door de Duitse grondwet geboden bescherming van de menselijke waardigheid moet worden betrokken bij de rechtvaardiging van de omstreden beschikking, dan wel of door het eventuele bestaan van een overeenkomstige waarborg in het gemeenschapsrecht een afweging op het niveau van het gemeenschapsrecht vereist is. Voor de beantwoording van die vraag moeten wij eerst ingaan op het begrip menselijke waardigheid.

iii) De menselijke waardigheid in het gemeenschapsrecht

— Contouren van de menselijke waardigheid als rechtsbegrip

74. Er zijn maar weinig rechtsbegrippen die zo moeilijk juridisch te bevatten zijn als dat van de menselijke waardigheid. Ik zal hierna proberen er althans enkele contouren van aan te geven.⁴⁶

⁴⁶ — Zie hierover in het algemeen onder meer Enders, *Die Menschenwürde in der Verfassungsordnung*, 1997, blz. 5 e.v.; Maurer, *Le principe de la dignité humaine et la Convention européenne des droits de l'homme*, 1999, blz. 30-40; Brugger, *Menschenwürde, Menschenrechte, Grundrechte*, 1997, blz. 29 e.v.; Brieskorn, *Rechtsphilosophie*, 1990, blz. 150 e.v.

75. De „menselijke waardigheid” geeft uitdrukking aan het respect en de erkenning waarop ieder mens op grond van zijn menszijn recht heeft. Het gaat om de bescherming en de eerbiediging van het wezen of de natuur van de mens op zich, om de „substantie” van de menselijke persoon. In de menselijke waardigheid weerspiegelt zich derhalve de mens zelf; zij staat voor dat wat hem tot mens maakt. De vraag wat de mens tot mens maakt, verplicht ons echter het juridische terrein te verlaten; anders gezegd, de inhoud van de menselijke waardigheid wordt uiteindelijk bepaald door het „mensbeeld” waarvan wordt uitgegaan.⁴⁷

76. Als fundamentele uitdrukking van hetgeen de mens alleen al op grond van zijn menszijn toekomt, is de menselijke waardigheid het substraat en het uitgangspunt waaruit alle mensenrechten zich afzonderlijk hebben ontwikkeld; tegelijkertijd is zij het perspectivische vluchtpunt van de verschillende mensenrechten in het licht waarvan die rechten moeten worden verstaan en uitgelegd. Zo wordt in de Duitse rechtsleer gesproken van de menselijke waardigheid als het „dragende grondwettelijke beginsel” van de mensenrechten.⁴⁸

77. Als primaire grondslag van de mensenrechten deelt zij ook in elk opzicht hun historisch-conceptuele achtergrond en is zij op dezelfde gronden gebaseerd. De eis van eerbiediging van de mensenrechten is in zoverre gericht tegen de idee dat de staat, het volk, de meerderheid, kan beschikken over de waardigheid en de waarde van de mens,

met andere woorden tegen de idee dat het individu door de gemeenschap wordt bepaald en als functie daarvan wordt gezien.⁴⁹ Zij beantwoordt aan de gedachte dat ieder individu afzonderlijk veeleer moet worden gezien als een bron van inherente en onvervreembare rechten.

78. Deze kwalificatie vindt steun in verschillende religieuze, filosofische of wereldbeschouwelijke bronnen.⁵⁰ De menselijke waardigheid heeft zijn wortels diep in het in de Europese cultuurkring gegroeide mensbeeld waarbij de mens wordt gezien als een zelfhandelend en zelfbeschikkend wezen. Op grond van zijn vermogen tot eigen, vrije wilsvorming is hij een subject en mag hij niet tot een zaak, een object worden herleid.⁵¹

79. De band die hier tussen het begrip waardigheid en de begrippen zelfbeschikking en vrijheid van de mens wordt gelegd, maakt duidelijk waarom de idee van de waardigheid

49 — Rechtshistorisch werd het begrip van de menselijke waardigheid vooral ontwikkeld als reactie op ervaringen met ongebreidelde staatsmacht in perioden van absolutisme, nationaal-socialisme en totalitarisme.

50 — Uit religieus oogpunt is de waardigheid van de mens gebaseerd op de redenering dat hij naar het evenbeeld van God is geschapen en de universele heilsbelofte aan alle mensen is gericht. In de politieke ideeën van de 18de eeuw vormde vooral het inzicht dat alle mensen hun natuur en rede gemeen hebben, het uitgangspunt van de eis tot erkenning van de menselijke waardigheid en de mensenrechten. Zie met name Brieskorn (aangehaald in voetnoot 46), blz. 139 e.v.

51 — Met betrekking tot deze door de Duitse rechtsleer van Kant overgenomen „Objektformel”, zie bijvoorbeeld Enders (aangehaald in voetnoot 46), blz. 20.

47 — Zie Enders (aangehaald in voetnoot 46), blz. 17 e.v.

48 — Jarass/Pieroth, *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland: Kommentar*, 2000, blz. 41.

van de mens vaak ook tot uitdrukking komt in andere begrippen en andere te beschermen rechtsgoederen zoals de persoonlijkheid of de identiteit.⁵²

— De menselijke waardigheid als rechtscnorm en de bescherming ervan in het gemeenschapsrecht

80. Daarnaast is ook de idee van de gelijke waardigheid van allen inherent aan de gedachte van de mensenrechten in het algemeen en van de menselijke waardigheid in het bijzonder, zodat ook vaak wordt gesproken van „égale dignité”, een begrip waarin beide concepten verenigd zijn.⁵³

81. Als uitvloeisel en bijzondere uitdruktingsvorm van de menselijke waardigheid zijn alle (specifieke) mensenrechten uiteindelijk op de verwezenlijking en bescherming van de menselijke waardigheid gericht, wat mij bij de vraag brengt welke relatie er tussen de menselijke waardigheid en de specifieke mensenrechten bestaat, anders gezegd of de menselijke waardigheid een algemeen beginsel, een evaluatiebeginsel of ook een auto-noom afdwingbaar grondrecht is.

82. De idee van de bescherming van de menselijke waardigheid heeft vooral dankzij de mensenrechtenbeweging van de tweede helft van de twintigste eeuw ingang gevonden in het internationale en nationale positieve recht, zij het in zeer verschillende vormen. Zo wordt in de preambules van de Universele Verklaring van de rechten van de mens van 10 december 1948 en van de twee VN-Verdragen inzake burgerlijke en politieke rechten, respectievelijk economische, sociale en culturele rechten verwezen naar de inherente waardigheid van alle mensen als grondslag voor de mensenrechten, zonder dat die menselijke waardigheid echter als een afzonderlijk mensenrecht wordt genoemd. Het EVRM maakt geen uitdrukkelijke vermelding van de menselijke waardigheid, hoewel de preambule ervan naar de Universele Verklaring van de rechten van de mens verwijst. Volgens de rechtspraak van het Europese Hof voor de rechten van de mens (EHRM) is de eerbiediging van de menselijke waardigheid en vrijheid echter „de essentie zelf van het EVRM”.⁵⁴

52 — Als voorbeeld van een op het persoonsbegrip berustend waardigheidsconcept verwijs ik naar § 16 van het Oostenrijkse Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (burgerlijk wetboek, ABGB), waarin wordt bepaald dat „ieder mens, zoals reeds het gezonde verstand zegt, aangeboren rechten heeft en derhalve als een persoon moet worden beschouwd. Slavernij en lijfeigenschap en de uitoefening van daarop gebaseerde macht zijn op Oostenrijks grondgebied niet toegelaten.” Als houder van rechten die hem niet zijn verleend, maar van nature eigen zijn, is de mens een rechtssubject en mag hij bijgevolg niet worden verlaagd tot de rang van rechtsobject.

53 — Zie Meyer, *Kommentar zur Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, 2003, blz. 55.

83. In de constitutionele stelsels van de lidstaten heeft het begrip menselijke waardigheid in de een of andere vorm volledige erkenning gevonden, zeker als men

54 — Zie met name EHRM, arrest *Pretty/Verenigd Koninkrijk* van 29 april 2002, *Recueil des arrêts et décisions*, punt 65.

er — zoals ik hierboven heb uitgelegd — rekening mee houdt dat dit begrip op verschillende wijzen tot uitdrukking kan worden gebracht.⁵⁵

waarnaar het rechtstreeks verwijst — een generiek begrip dat zich als zodanig niet leent voor een klassieke juridische definitie of uitlegging in de strikte zin van het woord, maar dat vooral door rechterlijke uitspraken in individuele gevallen inhoudelijk geconcretiseerd kan worden.

84. Zoals in de bovengenoemde volkenrechtelijke instrumenten komt de menselijke waardigheid in de nationale rechtsorden van de lidstaten overwegend ter sprake in het kader van algemene beginselverklaringen of als een — vaak in de rechtspraak ontwikkeld — grond-, evaluatie- of constitutioneel beginsel, maar niet als een zelfstandige rechtsnorm die juridisch afdwingbaar is.⁵⁶ Een regeling als in de Duitse grondwet, volgens welke — althans volgens het meerderheidsstandpunt in de literatuur — de eerbiediging en bescherming van de menselijke waardigheid zoals neergelegd in artikel 1 van de grondwet, niet alleen een „dragend constitutioneel beginsel”, maar ook een autonoom grondrecht is, moet dus als uitzondering worden beschouwd.

86. Codificatie en toepassing van concrete individuele grondrechten lijken — uit het oogpunt van afdwingbaarheid en juridische methodiek in het algemeen — derhalve meer aangewezen dan een rechtstreeks beroep op de menselijke waardigheid.

85. Een belangrijke reden daarvoor is waarschijnlijk dat de menselijke waardigheid inhoudelijk pas concreter vorm krijgt via de uitwerking en formulering van de verschillende grondrechten en als interpretatief en evaluatiecriterium voor deze grondrechten fungeert. Het begrip menselijke waardigheid zelf is namelijk — net als het begrip mens,

87. Wat de menselijke waardigheid in het gemeenschapsrecht betreft, valt te constateren dat zij niet uitdrukkelijk (schriftelijk) wordt vermeld in het heersende primaire recht. In ten minste een aantal handelingen van afgeleid recht — bijvoorbeeld in de overwegingen van verordening (EEG) nr. 1612/68⁵⁷ en in artikel 12 van richtlijn 89/552/EEG⁵⁸ — wordt er wel naar verwezen en dankzij deze vermeldingen is dit begrip in de rechtspraak terechtgekomen.⁵⁹

55 — Voor een analyse van de rol van de menselijke waardigheid in het constitutionele recht van de lidstaten, zie Meyer (aangehaald in voetnoot 53), blz. 48 e.v.; voor verwijzingen hiernaar in het constitutionele recht van de lidstaten, zie ook Rau/Schorkopf, *Der EuGH und die Menschenwürde*, NJW, 2002, blz. 2448 (2449).

56 — Zie met name Brugger (aangehaald in voetnoot 46, blz. 9 e.v.).

57 — „Overwegende dat het recht van het vrije verkeer, om volgens objectieve maatstaven van waardigheid en vrijheid te kunnen worden uitgeoefend [...]”.

58 — „Televisiereclame mag niet [...] de menselijke waardigheid aantasten.”

59 — Zie met name arresten van 9 juli 1997, *De Agostini e.a.* (C-34/95, C-35/95 en C-36/95, Jurispr. 1997, blz. I-3843, punt 31), en *Baumast en R* (aangehaald in voetnoot 33), punt 59.

88. In enkele gevallen hebben het Hof of zijn advocaten-generaal ook onafhankelijk daarvan naar de menselijke waardigheid verwezen, en wel in verband met het beginsel van gelijkheid of non-discriminatie, met andere woorden in het kader van de koppeling gelijkheid-waardigheid of „égale dignité”.⁶⁰

89. In het arrest van 9 oktober 2001 in de zaak Nederland/Parlement en Raad⁶¹ heeft het Hof de gelegenheid gehad om de plaats van de menselijke waardigheid en de bescherming ervan in het gemeenschapsrecht nader te omschrijven. Het ging in deze zaak om een beroep tot nietigverklaring van richtlijn 98/44/EG van het Europees Parlement en de Raad van 6 juli 1998 betreffende de rechtsbescherming van biotechnologische uitvindingen.⁶² Verzoeker voerde – geheel in de lijn van de bovengenoemde „Objekt-formel” van de menselijke waardigheid – onder meer aan dat de octrooieerbaarheid van geïsoleerde delen van het menselijk lichaam, die voortvloeit uit artikel 5, lid 2, van de richtlijn, neerkomt op een instru-

mentaliserings van menselijke levende materie die de menselijke waardigheid aantast. Het Hof merkte in dat verband op: „Het is de taak van het Hof om bij zijn toetsing van de overeenstemming van de handelingen van de instellingen met de algemene beginselen van gemeenschapsrecht toe te zien op de eerbiediging van het fundamentele recht op menselijke waardigheid en op menselijke integriteit.” Vervolgens ontkende het Hof dat er in casu sprake was van onwettigheid op grond van aantasting van de menselijke waardigheid.⁶³

90. Aldus heeft het Hof het respect voor de menselijke waardigheid in ieder geval als onderdeel van de algemene rechtsbeginselen van het gemeenschapsrecht en als toetssteen en voorwaarde voor de wettigheid van communautaire handelingen erkend. De vraag is echter of ook in dit geval kan worden gesteld dat het om een vorm van uitlegging van bepalingen van het gemeenschapsrecht conform de grondrechten gaat en de bescherming van de menselijke waardigheid enkel als interpretatief beginsel geldt. De opvatting dat het Hof de menselijke waardigheid erkent als algemeen rechtsbeginsel – in de zin van evaluatiebeginsel – maar niet als een zelfstandig grondrecht of een zelfstandige grondslag waarop aanspraken kunnen worden gebaseerd, lijkt op het eerste gezicht aannemelijk door het onderscheid dat in de Duitstalige versie van het arrest wordt gemaakt tussen „eerbiediging”

⁶⁰ — In arrest van 30 april 1996, P./S. (C-13/94, Jurispr. 1996, blz. I-2143, punt 22), heeft het Hof met betrekking tot discriminatie (op grond van het geslacht) van een transseksueel het volgende opgemerkt: „Door een dergelijke discriminatie te gedogen, zou afbreuk worden gedaan aan het respect voor de waardigheid en de vrijheid, waarop de betrokkene recht heeft en dat het Hof dient te beschermen.” Zie ook de opmerkingen die advocaat-generaal Ruiz-Jarabo Colomer onder verwijzing naar dit arrest heeft gemaakt in zijn conclusie van 10 juni 2003 in de zaak K.B. (arrest van 7 januari 2004, C-117/01, Jurispr. 2004, blz. I-541, punt 77). Met betrekking tot het recht op gelijke beloning van mannen en vrouwen heeft advocaat-generaal Cosmas in zijn gevoegde conclusies van 8 oktober 1998 in de zaken C-50/96 e. a. (Lilli Schröder e. a., arrest van 10 februari 2000, Jurispr. 2000, blz. I-743), punt 80, het volgende vastgesteld: „In een rechtsgemeenschap waarin de rechten van de mens worden gerespecteerd en beschermd, komt het streven naar gelijke beloning van mannen en vrouwen voornamelijk voort uit de beginselen van de menselijke waardigheid en van de gelijkheid van mannen en vrouwen, alsmede [uit] de verplichting de arbeidsvoorwaarden te verbeteren, en niet uit economische aspiraties stricto sensu [...]”.

⁶¹ — C-377/98, Jurispr. 2001, blz. I-7079.

⁶² — PB L 213, blz. 13.

⁶³ — Ibidem, punten 69 e.v.

(van de menselijke waardigheid) en het „fundamentele recht” (op integriteit).⁶⁴ Dit wordt echter niet bevestigd door de andere taalversies, ook niet door de procestaal (Nederlands), waarin dit onderscheid niet wordt gemaakt en enkel wordt gesproken van het „fundamentele recht” op eerbiediging van de menselijke waardigheid.

91. Het Hof lijkt de menselijke waardigheid dus een even ruime betekenis⁶⁵ te geven als die welke tot uitdrukking komt in artikel 1 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie.⁶⁶ Dit artikel luidt als volgt: „De menselijke waardigheid is onschendbaar. Zij moet worden geëerbiedigd en beschermd.”

— Conclusies met betrekking tot de onderhavige zaak

92. Omdat de menselijke waardigheid een begrip is dat nadere invulling behoeft, is het voor het Hof in het onderhavige geval — anders dan in het arrest Schmidberger — haast onmogelijk om de door de Duitse

grondwet geboden waarborgen op het gebied van de menselijke waardigheid inhoudelijk gelijk te stellen met de door het gemeenschapsrecht geboden waarborgen.

93. Het verdient dan ook aanbeveling de betrokken nationale maatregel uit het oogpunt van het gemeenschapsrecht te beoordelen. Hiervoor is een uitlegging vereist van de door de lidstaat als rechtvaardigingsgrond aangevoerde openbare orde in het licht van het belang en de draagwijdte die de menselijke waardigheid in de communautaire rechtsorde heeft. In dit verband is van belang dat de bescherming van de menselijke waardigheid als algemeen rechtsbeginsel — en derhalve als een bestanddeel van het primaire recht — is erkend. Hieruit volgt dat het Hof, voorzover mogelijk, geen uitlegging van de fundamentele vrijheden mag toelaten die een lidstaat dwingt met de menselijke waardigheid strijdige handelingen of activiteiten toe te staan; het moet met andere woorden mogelijk zijn bij de toepassing van de uitzondering op grond van de openbare orde rekening te houden met een rechtsgoed waarvan het gemeenschapsrecht zelf de bescherming en eerbiediging gebiedt.

94. Tot slot verwijs ik ter illustratie nog naar een vergelijkbaar geval waarover de VN-mensenrechtencommissie in het kader van het Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten heeft moeten beslissen. Het ging in deze procedure om de wettigheid van het verbod op „dwergwerpen”, dat door de Franse autoriteiten vooral ter bescherming van de menselijke waardigheid was ingesteld. Verzoeker, zelf klein van gestalte, verdiende

64 — Zie Rau/Schorkopf (aangehaald in voetnoot 55, blz. 2449) en Jones, *Common Constitutional Traditions: Can the Meaning of Human Dignity under German Law Guide the European Court of Justice?*, Public Law, voorjaar 2004, 167 e.v.

65 — Naar Duits voorbeeld vat het deze dus op als grondwettelijk beginsel van de Unie én als grondrecht op zich.

66 — Zie Bernsdorff/Borowsky, *Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union: Handreichungen und Sitzungsprotokolle*, 2002, blz. 142 e.v., 169 e.v. en 260 e.v.; Meyer (aangehaald in voetnoot 53), blz. 55 e.v.

zijn brood met dwergwerpen. Op de vraag of dit verbod een onaanvaardbare discriminatie in de zin van artikel 26 van het VN-Verdrag vormde, stelde de commissie vast dat het gemaakte onderscheid — tussen dwergen en niet-dwergen — op objectieve gronden berustte en geen discriminatie tot doel had. Zij overwoog in dit verband dat „de verdragsstaat in casu [had] aangetoond dat het verbod op dwergwerpen, zoals door verzoeker beoefend, geen ongerechtvaardigde maar een voor de bescherming van de openbare orde noodzakelijke maatregel was. Hierdoor konden overwegingen inzake de menselijke waardigheid die verenigbaar zijn met de doelstellingen van het verdrag mee een rol spelen.”⁶⁷

iv) Uitlegging van het begrip openbare orde in het licht van het belang en de draagwijdte van de menselijke waardigheid

95. Na de inleidende opmerkingen over het begrip openbare orde zal ik in het licht van de hierboven uiteengezette beginselen onderzoeken in hoeverre de bestreden beschikking een erkend doel van algemeen belang nastreeft en, zo ja, of zij in een passende verhouding tot het nagestreefde doel staat.

— Het begrip openbare orde

96. In zijn rechtspraak met betrekking tot het begrip openbare orde — als gemeenschapsrechtelijk begrip — probeert het Hof een evenwicht te vinden tussen de noodzakelijke limitering van afwijkingen van de door het primaire recht gewaarborgde fundamentele vrijheden en van de mogelijke gronden ter rechtvaardiging van dergelijke afwijkingen enerzijds en de beoordelingsmarge van de lidstaten anderzijds.

97. In die zin heeft het Hof opgemerkt dat de lidstaten „in hoofdzaak vrij blijven de eisen van openbare orde en openbare veiligheid op hun nationale behoeften af te stemmen”.⁶⁸ Daarnaast heeft het Hof erkend dat de specifieke omstandigheden die een beroep op de begrippen openbare veiligheid en openbare orde zouden kunnen rechtvaardigen „naar land en tijd kunnen verschillen en dat mitsdien ten deze aan de bevoegde nationale autoriteiten een beoordelingsmarge, binnen de door het Verdrag gestelde grenzen, moet worden toegekend”.⁶⁹

98. Anderzijds heeft het Hof altijd beklemtoond dat de onder het begrip openbare orde

⁶⁷ — Zie mededeling nr. 854/1999: Frankrijk, 26/07/2002. CCPR/C/75/D/854/1999, in het bijzonder § 7.4.

⁶⁸ — Arrest van 14 maart 2000, *Église de scientologie* (C-54/99, Jurispr. blz. I-1335, punt 17).

⁶⁹ — Arrest van 4 december 1974, *Van Duyn* (41/74, Jurispr. 1974, blz. 1337, punten 18-19).

vallende rechtvaardigingsgronden in het gemeenschapsrecht strikt moeten worden uitgelegd, zodat de draagwijdte ervan niet door iedere lidstaat eenzijdig zonder controle door de instellingen van de Gemeenschap kan worden bepaald.⁷⁰ Voor de prejudiciële vraag kan uit deze rechtspraak worden afgeleid dat een afwijkende beoordeling van lidstaat tot lidstaat weliswaar mogelijk is, maar dat het gemeenschapsrecht strikte grenzen aan deze beoordeling door de individuele lidstaten stelt.

worden vastgesteld, geen aanleiding geven tot repressieve maatregelen, noch ook tot andere daadwerkelijke, op bestrijding van zulke gedragingen gerichte maatregelen”.⁷³

— Bestaan van een voldoende ernstige bedreiging in het onderhavige geval

99. Deze controle door het Hof heeft met name tot gevolg dat niet iedere overtreding van nationale rechtsregels als een schending van de openbare orde kan worden aange merkt. Voor het Hof moet er sprake zijn van „een werkelijke en genoegzaam ernstige bedreiging, die een fundamenteel belang van de samenleving aantast”.⁷¹ Het bestaan van zo'n bedreiging moet met name worden uitgesloten wanneer aan de redenen van openbare orde een oneigenlijke functie wordt toegekend en zij in feite voor economische doeleinden worden aangevoerd.⁷² Een lidstaat kan evenmin maatregelen jegens een onderdaan van een andere lidstaat nemen „wegens gedragingen die, indien zij bij onderdanen van eerstgenoemde lidstaat

100. De bovengenoemde rechtspraak betekent voor het onderhavige geval dat redenen van openbare orde slechts een rechtvaardigingsgrond voor de vastgestelde beperking van het vrij verrichten van diensten kunnen vormen indien de bij beschikking verboden spelvariant een werkelijke en voldoende ernstige bedreiging van een fundamenteel belang van de samenleving vormt.

101. In het kader van deze beoordeling beschikken de nationale autoriteiten over een discretionaire marge. Het Hof erkent dit waar het vaststelt dat „het gemeenschapsrecht niet medebrengt dat de lidstaten bij de beoordeling van mogelijkermijns met het openbaar belang strijdig te achten gedragingen een uniforme waardenschaal hantieren”.⁷⁴

70 — Zie bijvoorbeeld arresten Rutili (aangehaald in voetnoot 31), punten 26-28, en Van Duyn (aangehaald in voetnoot 69), punten 18-19.

71 — Arrest van 27 oktober 1977 Bouchereau (30/77, Jurispr. 1977, blz. 1999, punten 33-35). Zie ook arrest van 19 januari 1999, Calfa (C-348/96, Jurispr. 1999, blz. I-11, punt 21).

72 — Arresten Rutili (aangehaald in voetnoot 31), punt 30, en Eglise de scientologie (aangehaald in voetnoot 68), punt 17.

73 — Arrest Otzeia Olazabal (aangehaald in voetnoot 40), punt 42. Zie ook arresten van 18 mei 1982, Adoui en Cornuaille (115/81 en 116/81, Jurispr. 1982, blz. 1665, punt 9), en 6 november 2003, Gambelli e. a. (C-243/01, Jurispr. 2003, blz. I-13031, punt 69). Zie ook mijn conclusie van 10 april 2003 in de zaak Lindman (arrest van 13 november 2003, C-42/02, Jurispr. 2003, blz. I-13519), punt 114.

74 — Arrest Adoui en Cornuaille (aangehaald in voetnoot 73), punt 8.

102. Uit de rechtspraak blijkt dat het Hof de lidstaten vooral voor kwesties die wereld-beschouwelijk gevoeliger liggen of bijzondere maatschappelijke gevaren met zich brengen, een discretionaire marge punt. Zo heeft het, gelet op de bijzondere maatschappelijke implicaties en gevaren van kansspelen, de lidstaten beoordelingsvrijheid gelaten voor „het bepalen van de omvang van de bescherming [...] ter zake van loterijen en andere kansspelen”⁷⁵ die zij op hun grondgebied wensen te bieden. Zoals de Commissie terecht heeft opgemerkt, bevestigt dit dat de rechtvaardigingsgronden de lidstaten een marge laten voor discretionaire of op waardeoordelen gebaseerde beslissingen.

103. Ook nationale beperkende maatregelen, bijvoorbeeld op het gebied van kansspelen, moeten echter, zoals uit de recentere rechtspraak blijkt, onder meer geschikt en evenredig zijn.⁷⁶

75 — Zie arresten van 21 september 1999, Läära e. a. (C-124/97, Jurispr. 1999, blz. I-6067, punt 14), en 21 oktober 1999, Zenatti (C-67/98, Jurispr. 1999, blz. I-7289, punt 33), waarin telkens wordt verwezen naar het arrest Schindler (aangehaald in voetnoot 6).

76 — Onder meer arrest Lindman (aangehaald in voetnoot 73), punt 25. Ik wijs erop dat het navolgende onderzoek (punten 111 e.v.) naar de evenredigheid van de maatregel niet de menselijke waardigheid betreft, aangezien die als zodanig niet het voorwerp van een beperking kan zijn, maar veeleer de vraag of het in het hoofdgeding aan de orde zijnde verbod in het licht van het doel van bescherming van de openbare orde — rekening houdend met de op de menselijke waardigheid gebaseerde argumenten — een passende, noodzakelijke en evenredige beperking van het vrij verrichten van diensten vormt.

104. Voorzover de lidstaat de eerbiediging van de menselijke waardigheid aanvoert om aan te tonen dat er een bijzonder gevaar bestaat, moet worden vastgesteld dat die waardigheid ongetwijfeld behoort tot de fundamentele belangen van iedere samenleving die zich tot de bescherming en eerbiediging van de grondrechten heeft verbonden.

105. Methodologisch gezien moet ik opmerken dat het antwoord op de vraag of een fundamenteel maatschappelijk belang is aangetast, afhankelijk is van de waarden van het betrokken land. Op dit gebied hoeven de lidstaten geen gemeenschappelijke opvatting te hebben.⁷⁷

106. Het door de verwijzende rechter aangehaalde arrest Schindler⁷⁸ is daar niet mee in tegenspraak. In dat arrest heeft het Hof immers verklaard dat „overwegingen van zedelijke, religieuze of culturele aard, die [...] in alle lidstaten een rol spelen, niet buiten beschouwing [kunnen] worden gelaten”. Hiermee zegt het Hof dat het bestaan van een dergelijke gemeenschappelijke opvatting over de noodzaak van een beperking van een fundamentele vrijheid een indicatie voor de wettigheid van die beperking is, maar niet dat die gemeenschappelijke opvatting een voorwaarde voor de erkenning van die wettigheid is.⁷⁹

77 — Zie boven, punt 71.

78 — Arrest Schindler (aangehaald in voetnoot 6), punt 60.

79 — De Commissie wijst er in dit verband terecht op dat deze uitspraak van het Hof betrekking had op de geldigheid van de door de lidstaat aangevoerde rechtvaardigingsgrond.

107. In de onderhavige zaak moet de gemeenschappelijke opvatting van de lidstaten niet worden gezocht in de concrete — nationale — vorm die de bescherming van de menselijke waardigheid, die in casu tot de bestreden beschikking heeft geleid, aanneemt, maar in de principiële overeenstemming tussen het nationale recht en het gemeenschapsrecht over de plaats van de menselijke waardigheid.

108. Gelet op het fundamentele belang dat in de communautaire rechtsorde aan de menselijke waardigheid wordt gehecht, meen ik dat, uitgaande van de door de verwijzende rechter aangegeven feiten, de in casu aangevoerde ernstige bedreiging van fundamentele maatschappelijke belangen aanwezig moet worden geacht. Zo wordt in de feitelijke vaststellingen van de verwijzingsbeschikking bijvoorbeeld gezegd dat de exploitatie van het spel door Omega ongenoegen bij de publieke opinie had gewekt. Uit juridisch oogpunt moet worden gewezen op de afwijzing, op grond van de bescherming en de eerbiediging van de menselijke waardigheid, van gedragingen of diensten die geweld verheerlijken of bevorderen.⁸⁰

109. Het staat in ieder geval vast dat de betrokken beschikking een zonder onderscheid toepasselijke maatregel is.

110. Met betrekking tot de twijfels die omtrent de nationale rechtsgrondslag zijn geuit, kan worden volstaan met de vaststelling dat de idee dat ter beperking van de in het Verdrag neergelegde fundamentele vrijheden een wet vereist is, onbekend is in het gemeenschapsrecht. Of de rechtsgrondslag van de beschikking nauwkeurig genoeg is, is dus een vraag van nationaal recht.

111. De geschiktheid van de betrokken beschikking om de geconstateerde bedreiging van fundamentele belangen van de samenleving het hoofd te bieden, is noch in de schriftelijke procedure noch op de terechtzitting in twijfel getrokken.

112. Dat het verbod noodzakelijk is om de gevaren voor de openbare orde, in het bijzonder voor de bescherming van de menselijke waardigheid, te keren, kan evenmin worden betwijfeld. De politieautoriteit wijst er terecht op dat de bestreden beschikking slechts een spelvariant verbodt, zodat een minder dwingend middel moeilijk denkbaar is.

80 — Bij het onderzoek of de nationale autoriteiten uit het oogpunt van het gemeenschapsrecht wettig gebruik hebben gemaakt van hun discretionaire marge, kunnen bijzondere omstandigheden in de lidstaten niet buiten beschouwing worden gelaten. Ik denk in dit verband bijvoorbeeld aan de gevoeligheid van de publieke opinie in Duitsland na het bloedbad in het gymnasium in Erfurt op 26 april 2002.

113. De betrokken beschikking betekent evenmin een onevenredige inbreuk op een rechtsgoed van Omega. Aangezien de beperking van de betrokken fundamentele vrijheid bij een individuele maatregel is opgelegd, is de vraag in hoeverre er in andere gevallen al dan niet maatregelen zijn genomen irrelevant voor de gemeenschapsrechtelijke beoordeling van de evenredigheid van deze maatregel, omdat deze beoordeling afhankelijk is van alle omstandigheden van het concrete geval, zoals zij door de verwijzende rechter zijn vastgesteld. Uit de stukken blijkt in ieder geval niet dat de Duitse autoriteiten zich ten aanzien van lasersportspelen inconsequent hebben gedragen.

V — Conclusie

114. Gelet op het bovenstaande, stel ik voor de prejudiciële vraag van het Bundesverwaltungsgericht als volgt te beantwoorden:

„Een nationale beschikking tegen een commerciële activiteit die door de nationale rechter onverenigbaar is verklaard met fundamentele waarden van het constitutioneel recht, is verenigbaar met de bepalingen van het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap over het vrij verrichten van diensten, indien zij werkelijk haar rechtvaardiging vindt in redenen van openbare orde verband houdend met het algemeen belang en vaststaat dat dit doel niet kan worden bereikt door maatregelen die het vrij verrichten van diensten minder beperken.”