



## UvA-DARE (Digital Academic Repository)

### Catenaccio: over Brits constitutioneel onbehagen en de European Union Bill

Reestman, J.H.

**Publication date**

2011

**Document Version**

Author accepted manuscript

**Published in**

De regels en het spel: opstellen over recht, filosofie, literatuur en geschiedenis aangeboden aan Tom Eijsbouts

[Link to publication](#)

**Citation for published version (APA):**

Reestman, J. H. (2011). Catenaccio: over Brits constitutioneel onbehagen en de European Union Bill. In J. H. Reestman, A. Schrauwen, M. van Montfrans, & J. Jans (Eds.), *De regels en het spel: opstellen over recht, filosofie, literatuur en geschiedenis aangeboden aan Tom Eijsbouts* (pp. 323-334). T.M.C. Asser Press.

**General rights**

It is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), other than for strictly personal, individual use, unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

**Disclaimer/Complaints regulations**

If you believe that digital publication of certain material infringes any of your rights or (privacy) interests, please let the Library know, stating your reasons. In case of a legitimate complaint, the Library will make the material inaccessible and/or remove it from the website. Please Ask the Library: <https://uba.uva.nl/en/contact>, or a letter to: Library of the University of Amsterdam, Secretariat, Singel 425, 1012 WP Amsterdam, The Netherlands. You will be contacted as soon as possible.

## Catenaccio

### Over Brits constitutioneel onbehagen en de European Union Bill

Jan-Herman Reestman

*Eventually catenaccio became more than a style of play,  
it became a mentality that dragged Italian soccer down.*<sup>1</sup>

#### INLEIDING

‘Walking backwards to a written constitution’. Dat doet het Verenigd Koninkrijk volgens Larry Siedentop, de beroemde filosoof en kenner van de negentiende-eeuwse Franse ideeëngeschiedenis. Hij vertelde tijdens een voordracht op 5 april 2010 in het P.C. Hoofthuis te Amsterdam dat hij meer dan ooit het gevoel heeft dat de aloude Britse constitutie op haar laatste benen loopt. Als oorzaken van het huidige ‘British constitutional discomfort’ noemde hij niet alleen het Thatcher-liberalisme en de hervorming van de Grammar Schools, die het ‘aristocratische’ substratum (‘good manners and mores’) van de ongeschreven constitutie hebben weggeslagen, maar ook het Britse lidmaatschap van de Europese Unie, en als een van de symptomen van dat onbehagen de Sovereignty Bill.

Deze Sovereignty Bill, een belofte uit het regeerakkoord van de huidige Britse coalitieregering, beoogt de ‘sovereignty of Parliament’ veilig te stellen en is als de zogenoemde ‘sovereignty clause’ geïncorporeerd in de European Union Bill. Dit wetsvoorstel werd op 11 november 2010 bij het House of Commons ingediend en op 7 december van hetzelfde jaar door dat huis aanvaard. Ook uit andere bepalingen van het voorstel, dat zonder enige twijfel wet zal worden,<sup>2</sup> blijkt de ongemakkelijke constitutionele omgang van de Britten met de Europese Unie. De bedoelde bepalingen, die eveneens een vrucht zijn van het regeerakkoord Cameron-Clegg, beogen onder meer iedere nieuwe overdracht van rechten of bevoegdheden aan de Europese Unie te binden aan een zogenoemd ‘referendum-lock’.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> Paul Gardner, *The Simplest Game. The Intelligent Fan's Guide to the World of Soccer* (Macmillan 1996), p. 204; citaat ontleend aan <[texasthinktank.net/KimbroCon1/Whoelse1.html](http://texasthinktank.net/KimbroCon1/Whoelse1.html)>.

<sup>2</sup> Aldus ook Damian Chalmers, op het feestje ter ere van de promotie van Thomas Beukers.

<sup>3</sup> Buiten beschouwing blijft de goedkeuring en implementatie van het op 23 juni 2010 tot stand gekomen protocol tot verhoging van het aantal Europarlementariërs, die de Bill ook beoogt.

In deze beschouwing, een tweeluik, staan we in het eerste deel stil bij de sovereignty of Parliament en de sovereignty clause. In het tweede deel gaan we in op het ‘referendum-lock’ en enkele andere ketenen waaraan de EU Bill Europese Uniebesluiten wil leggen.

#### DE SOVEREIGNTY OF PARLIAMENT REVISITED

Artikel 18 van de EU Bill luidt:

It is only by virtue of an Act of Parliament that directly applicable or directly effective EU law (that is, the rights, powers, liabilities, obligations, restrictions, remedies and procedures referred to in section 2(1) of the European Communities Act 1972) falls to be recognised and available in law in the United Kingdom.

Duidelijk zal zijn dat hiermee afstand wordt genomen van het Hof van Justitie van de Europese Unie, dat stelt dat het Europese Unierecht op eigen kracht in de nationale rechtsordes van de lidstaten, dus ook in de Britse, doorwerkt. Door een wettelijke basis te geven aan het ‘common law’ beginsel dat Unierecht in het Verenigd Koninkrijk alleen effect sorteert omdat de Britse wetgever dat wil en de Britse wet dat bepaalt, wordt het, aldus de memorie van toelichting, mogelijk om met duidelijk gezag te weerleggen dat de Unierechtsorde een hogere rechtsorde vormt die los van de Britse wet deel uitmaakt van de Britse rechtsorde. Artikel 18 beoogt zodoende, nog steeds volgens de memorie van toelichting, de ongerustheid weg te nemen dat de sovereignty of Parliament in de toekomst door beslissingen van nationale rechters wordt uitgehold.<sup>4</sup>

In dit deel van het tweeluik ga ik eerst in op de bijzondere constitutionele status van de wet die het Unierecht tot nationaal Brits recht heeft gemaakt, de European Communities Act 1972, alsmede op verschillende verklaringen voor die status in het licht van de sovereignty of Parliament. Daarna behandel ik kort noodzaak, nut en mogelijke ongewenste effecten van de sovereignty clause.

#### *De impact van Unierecht op de sovereignty of Parliament*

Met de sovereignty of Parliament heb ik mij een kleine 25 jaar geleden eens bezig gehouden. Ik bestudeerde destijds de impact van het Europese Gemeenschapsrecht op dit centrale leerstuk van het Britse constitutionele recht, dat inhoudt dat de wetgevende bevoegdheid van de Britse formele wetgever, de ‘Queen in Parliament’

<sup>4</sup> Explanatory Notes European Union Bill, Bill 106 EN 2010–2011 p. 24, pt 106.

(voortaan Parlement), juridisch onbeperkt is.<sup>5</sup> In de tussentijd is er niet alleen veel gebeurd, maar ook wel iets veranderd.

Toen was de grote vraag of Parlement met de European Communities Act 1972 heeft gedaan wat volgens de traditionele opvatting het enige is wat het niet kan doen: zijn opvolger binden. De wet uit 1972, die laatstelijk is gewijzigd ten behoeve van het Verdrag van Lissabon en opvallend genoeg nog steeds European Communities Act heet, maakt met één pennestreek van al het direct werkende EG/Unie-recht, ook het toekomstige, Brits nationaal recht en verklaart dat het 'shall be enforced as law' (artikel 2 lid 1). Vervolgens bepaalt artikel 2 lid 4 van de wet dat alle Britse wetgeving, ook toekomstige, 'shall be construed and have effect subject to the foregoing provisions of this act', waaronder artikel 2 lid 1. Bevat artikel 2 lid 4 daarmee een interpretatierichtsnoer voor de rechters inhoudende dat zij, zo mogelijk, latere wetgeving<sup>6</sup> in overeenstemming met direct werkend EU recht moeten interpreteren? Of is de European Communities Act immuun geworden voor 'implied repeal'? Dat zou betekenen dat rechters iedere latere wet die strijdt met direct werkend Unierecht buiten toepassing moeten laten, tenzij deze latere wet uitdrukkelijk zegt de bedoeling te hebben de European Communities Act geheel of gedeeltelijk in te trekken (en dus aan het direct werkende Unierecht in de Britse rechtsorde geheel of gedeeltelijk zijn rechtskracht te ontnemen).

Na de uitspraken van het House of Lords in de zaken *Factortame II* en *Equal Opportunities Commission*<sup>7</sup> uit respectievelijk 1990 en 1994 is wel duidelijk dat Britse rechters iedere met direct werkend Unierecht strijdige latere wet die niet uitdrukkelijk zegt aan het Unierecht te willen derogeren, buiten toepassing laten. Daarvoor worden door wetenschappers en rechters verschillende verklaringen aangevoerd, die soms nauwelijks van elkaar te onderscheiden zijn. Ik noem er vier. Een eerste verklaring is gebaseerd op het idee dat Parlement de wetgevende bevoegdheden van zijn opvolger weliswaar inhoudelijk niet kan beperken, maar deze wel aan procedure- en vormvoorschriften ('manner and form') kan binden. Dat zou Parlement met artikel 2 lid 4 European Communities Act hebben gedaan: zijn opvolgers zouden de wet alleen geheel of gedeeltelijk kunnen intrekken als zij dat met zoveel woorden zouden zeggen te willen.<sup>8</sup> Een andere verklaring is dat Britse rechters in twee verschillende rechtssferen handelen: de Britse (of eigenlijk: Engelse) en de Europese. In de Britse rechtssfeer geldt de sovereignty of Parliament

<sup>5</sup> 'The Sovereignty of Parliament after the Entry of the United Kingdom into the European Communities: Past or Future?', in A. Boxhoorn e.a. (red.), *Britain in Europe* (Yearbook of European Studies 1, Rodopi 1988) p. 149.

<sup>6</sup> Voor de goede orde: alle eerdere met Unierecht strijdige wetgeving is door de wet afgeschaft.

<sup>7</sup> *R v Secretary of State for Transport ex p. Factortame Ltd* (No 2), [1990] UKHL 13 (11 oktober 1990); *R v Secretary of State for Employment ex p. Equal Opportunities Commission*, [1994] UKHL 2 (3 maart 1994).

<sup>8</sup> Jeffrey Goldworthy, *Parliamentary Sovereignty* (Cambridge University Press) p. 298.

onverkort, in de Europese moeten de Britse rechters alle met Unierecht strijdende wetten buiten toepassing laten. Dat doen zij dan evenwel niet omdat het Unierecht dat opdraagt, maar op grond van artikel 3 lid 1 van de European Communities Act 1972,<sup>9</sup> dus in opdracht van de Britse wetgever.<sup>10</sup> Een derde verklaring is dat rechters uitgaan van zo'n sterke veronderstelling dat Parlement Unierecht niet wil schenden, dat zij een wet die dat wel doet maar niet expliciet zegt dat te willen, buiten toepassing laten, ook al zouden wet en Unierecht niet via interpretatie met elkaar te verzoenen zijn.<sup>11</sup> De meeste aanhang heeft evenwel de verklaring die een Lord met de achternaam Laws ontvouwde in een obiter dictum in de beroemde uitspraak van het Divisional Court of the Queen's Bench Division in de zaak *Thoburn v. Sunderland City Council* (zie *infra*). Deze visie wordt in de memorie van toelichting bij de EU Bill ook door de Britse regering omhelsd.

Volgens Lord Laws maakt het common law 'in the present state of its maturity' een onderscheid tussen 'constitutional statutes' en 'ordinary statutes'. Constitutioneel zouden die wetten zijn die de relatie tussen de staat en de burgers op een algemene, overkoepelende wijze vastleggen en zij die de reikwijdte van fundamentele rechten bepalen. Tot deze categorie constitutionele wetten zouden bijvoorbeeld niet alleen de Magna Carta van 1215, de Bill of Rights van 1689 en de Human Rights Act 1998 behoren, maar ook de European Communities Act 1972. Constitutionele wetten zouden hoger staan dan gewone wetten en in tegenstelling tot deze laatste niet bij implicatie kunnen worden ingetrokken of gewijzigd:

A constitutional statute can only be repealed, or amended in a way which significantly affects its provisions touching fundamental rights or otherwise the relation between citizen and State, by unambiguous words on the face of the later statute.<sup>12</sup>

#### *Noodzaak, nut en mogelijke ongewenste effecten van de sovereignty clause*

Volgens alle vier bovengenoemde opvattingen kan Parlement, als het de wil daartoe uitdrukkelijk uitspreekt, de European Communities Act 1972 geheel of gedeeltelijk intrekken. Slechts een enkeling ziet alleen dat laatste anders. Geen vuiltje aan de lucht dus, zoals ook het House of Commons European Scrutiny

<sup>9</sup> Art. 3 lid 1: For the purposes of all legal proceedings any question as to the meaning or effect of any of the Treaties, or as to the validity, meaning or effect of any EU instrument, shall be treated as a question of law (and, if not referred to the European Court, be for determination as such in accordance with the principles laid down by and any relevant decision of the European Court).

<sup>10</sup> Adam Tomkins, in zijn 'written evidence' ten behoeve van de House of Commons European Union Scrutiny Committee, <[www.publications.parliament.uk/pa/cm201011/cmselect/cmeuleg/633ii/633we01.htm](http://www.publications.parliament.uk/pa/cm201011/cmselect/cmeuleg/633ii/633we01.htm)>. Alle volgende verwijzingen naar 'written evidence' verwijzen naar deze website.

<sup>11</sup> Goldsworthy, *supra* n. 5, p. 294–298, 313–319.

<sup>12</sup> *Thoburn v. Sunderland City Council*, [2002] EWHC 195 (admin), punt 62–64 (64).

Committee in zijn rapport over de sovereignty clause vaststelt.<sup>13</sup> Daar komt nog bij dat artikel 18 van de EU Bill naar de letter alleen maar bevestigt dat het Verenigd Koninkrijk een dualistische staat is, en niets zegt over wat rechters zouden moeten doen als zij worden geconfronteerd met wetten die strijden met direct werkend Unierecht. Verder zou het plaatsen van de leer van de sovereignty of Parliament op 'statutory footing' niet het gewenste effect sorteren als men, met Lord Laws en de Britse regering, aanneemt dat die sovereignty geworteld is in het common law, het aloude Britse rechtersrecht – we komen er zo op terug. Noodzaak en nut van artikel 18 van de EU Bill worden om deze redenen betwijfeld.

Maar kan artikel 18 ook kwaad? Volgens Adam Tomkins en Jeffrey Goldsworthy wel. Beiden zijn verklaarde tegenstanders van wat Tomkins noemt het 'common law radicalism'. Dat is de laatste twintig jaar tot bloei gekomen en houdt in dat de gehele Britse constitutie, inclusief de sovereignty of Parliament, een product is van het common law, dus rechtersrecht of in ieder geval door rechters 'gevonden' recht. Ook leden van het voormalige House of Lords hebben zich obiter wel in die zin uitgelaten. '(T)he supremacy of Parliament is still the general principle of our constitution. The judges created this principle', aldus Lord Steyn.<sup>14</sup> Wat de rechters hebben gegeven, kunnen zij weer terugnemen. De consequentie van deze opvatting is dat het in hun macht ligt om de sovereignty of Parliament aan banden te leggen.

Tomkins meent evenwel dat de sovereignty of Parliament een 'political fact' is dat ook door de rechters wordt erkend. Goldsworthy, een 'Hartiaan', meent dat deze sovereignty gefundeerd is in een sociaal feit, te weten in 'consensus among the senior officials of all branches of government', waaronder ook ministers en parlementariërs.<sup>15</sup> Gemeenschappelijk aan beider opvattingen is dat het niet primair of alleen in handen van de rechters is om de sovereignty of Parliament te wijzigen.

Tomkins – 'as an academic constitutional lawyer and as a citizen and voter I like the doctrine of parliamentary sovereignty' – baseert zijn bezwaar tegen artikel 18 op wat hij noemt 'the most powerful law of constitutional reform, which is the law of unintended consequences'.<sup>16</sup> De sovereignty of Parliament staat, zo gaat zijn redenering, in bepaalde kringen niet alleen ter discussie in relatie tot de Europese Unie, maar ook bijvoorbeeld in relatie tot grondrechten (Human Rights Act 1998), terwijl de sovereignty clause alleen de relatie met de Europese Unie betreft. Daarom zou de bepaling de indruk kunnen wekken dat Parliament accepteert dat zijn sovereignty in die andere relaties niet meer onverkort geldt –

<sup>13</sup> House of Commons European Scrutiny Committee, *The EU Bill and Parliamentary sovereignty*, Tenth Report of Session 2010–11, Volume I: Report, together with formal minutes, p. 27–28.

<sup>14</sup> *Jackson v. Attorney General* [2005] UKHL 56 (13 oktober 2005), punt 102.

<sup>15</sup> Goldsworthy, *supra* n. 5, op p 52–54.

<sup>16</sup> House of Commons European Scrutiny Committee, *supra* n. 13, p. 24.

olie op het vuur van het 'common law radicalism' dus: 'Partial legislation on sovereignty, such as clause 18, may yet be the most dangerous option of all'.<sup>17</sup>

Ook Goldsworthy is, in eerste instantie tot mijn verrassing, een fel tegenstander van artikel 18. Niet verrassend is dat hij het idee dat de sovereignty of Parliament haar basis vindt in het common law 'dangerous and false' noemt.<sup>18</sup> Maar als men artikel 18 welwillend leest én op zichzelf beschouwt, geeft het uitdrukking aan de opvatting van in ieder geval een deel van de 'senior officials' op wier consensus in zijn visie de leer is gebouwd, dat de sovereignty vooralsnog niet gewijzigd moet worden. Daarom verwachtte ik dat Goldsworthy de clause wel zou omhelzen. Maar blijkbaar weegt voor hem de 'officiële' erkenning van de common law grondslag van de sovereignty of Parliament in de memorie van toelichting zwaarder. Dat is begrijpelijk, omdat Britse rechters voor de interpretatie van wetten steeds vaker te rade gaan bij parlementaire stukken. Zij zouden in de memorie van toelichting op artikel 18 daarom de aanleiding of, waarschijnlijker, de bevestiging kunnen vinden om de sovereignty of Parliament te zien als een common law constructie.

#### HET REFERENDUM-LOCK EN ANDERE SLOTEN OP DE DEUR NAAR EUROPESE UNIEBESLUITEN

Traditioneel kan de Britse regering het Verenigd Koninkrijk aan verdragen binden zonder dat deze door het parlement zijn goedgekeurd. De keerzijde daarvan is dat, zoals we al zagen, verdragen in de Britse rechtsorde alleen effect kunnen sorteren als zij door Parliament tot nationaal recht zijn getransformeerd. Zeker als het verdragen betreft die hun belang primair ontlenen aan hun werkzaamheid in de nationale rechtsorde, zoals de Europese Unieverdragen, was de praktijk ongetwijfeld altijd al anders. Het was altijd al moeilijk denkbaar dat de Britse regering een Unieverdrag zou ratificeren waar het parlement niet mee zou instemmen en dat het dus niet zou willen transformeren tot nationaal recht.

Sinds de European Union (Amendment) Act 2008 is dat onmogelijk. Deze wet bepaalt dat de regering verdragen die de Europese Unieverdragen wijzigen slechts mag ratificeren als zij bij wet zijn goedgekeurd (artikel 5). Daarmee is niet alleen de theorie aan de praktijk aangepast, maar ook de positie van het parlement ten opzichte van de regering versterkt. Dat laatste althans weer in theorie, want het blijft moeilijk denkbaar dat de regering een Unieverdrag ondertekent zonder dat zij bijkans weet dat het dat, met alle haar ter beschikking staande drukmiddelen, door het parlement zal weten te loodsen.

De bepalingen in de EU Bill over de nationale goedkeuring van Europese Uniebesluiten liggen in het verlengde van de European Union (Amendment) 2008.

<sup>17</sup>Tomkins, 'Written evidence', *supra* n. 10.

<sup>18</sup>House of Commons European Scrutiny Committee, *supra* n. 13, p. 23.

In hun regeerakkoord hebben David Cameron en Nick Clegg niet alleen beloofd tijdens de huidige zittingsperiode van het Britse parlement, dat wil zeggen tot uiterlijk 2015, niet te zullen instemmen met nieuwe overdrachten van soevereiniteit naar de Europese Unie, maar ook wetgeving te zullen initiëren die iedere toekomstige verdragsherziening die beoogt nieuwe rechten of bevoegdheden aan de Unie over te dragen, te onderwerpen aan een referendum. Daarnaast zou het gebruik van iedere 'passerelle' door de Britse wetgever moeten worden goedgekeurd. De EU Bill, waarmee Cameron en Clegg deze voornemens in wetgeving willen omzetten, doet nog meer dan beloofd werd. Volgens Paul Craig staat de regeling deels op gespannen voet met het Unierecht (zie *infra*). Voordat ik die kwestie behandel, geef ik kort de verschillende goedkeuringsprocedures die de Bill kent weer, deel ik met het oog op die behandeling de 'getroffen' Uniebesluiten in twee categorieën in, en trek ik een parallel met een Duitse wet van 22 september 2009.

#### *De nationale goedkeuringsregeling in de EU Bill*

De Bill kent drie soorten goedkeuringsprocedures: goedkeuring bij wet én referendum, goedkeuring bij wet alleen en goedkeuring bij gelijklopende, door een minister van de Kroon ingediende resoluties van House of Commons en House of Lords. Ingeval van goedkeuring bij wet én referendum dient het (ontwerp-) besluit eerst bij wet en vervolgens bij referendum te worden goedgekeurd; de wet treedt pas in werking als een meerderheid van de kiezers ermee instemt (artikel 3 lid 2 EU Bill). Het betreft dus een correctief beslissend referendum. Er is geen opkomstdrempel.<sup>19</sup> Dat betekent dat een kleine meerderheid van een kleine minderheid van de kiezers een besluit kan wegstemmen waar regering en parlement mee hebben ingestemd.

De Uniebesluiten waarop de Bill betrekking heeft, kunnen worden onderverdeeld in twee categorieën. Het onderscheidend criterium is daarbij dat de nationale goedkeuring van besluiten uit de eerste categorie plaatsvindt nádat Britse ministers er in de (Europese) Raad mee hebben ingestemd, terwijl de (ontwerp-) besluiten uit de tweede categorie dienen te zijn goedgekeurd vóórdát Britse ministers er mee mogen instemmen.<sup>20</sup> Dat onderscheid is gebaseerd op een onderscheid in de Verdragen. In de volgende alinea's vul ik deze categorieën in en koppel ik er de voorziene goedkeuringsprocedures aan.

In de eerste categorie vallen de besluiten die volgens de Verdragen zelf voordat ze in werking kunnen treden nog door alle lidstaten volgens hun grondwettelijke

<sup>19</sup> Dat is in rechtsvergelijkend perspectief niet uitzonderlijk. Bij nationale referenda in Frankrijk, waaronder constitutionele, geldt evenmin een opkomstdrempel.

<sup>20</sup> Daarnaast onderwerpt art. 9 een drietal 'opt-ins', dat wil zeggen regeringsbesluiten tot deelneming aan Uniebesluiten in de Ruimte van Vrijheid, Veiligheid en Recht terzake waarvan het Verenigd Koninkrijk een 'opt-out' heeft bedongen, aan goedkeuring bij parlementaire resoluties.



bepalingen moeten worden goedgekeurd. Het betreft allereerst verdragsherzieningen op basis van de gewone verdragsherzieningsprocedure (artikel 48 lid 2 t/m 5 VEU), die ik voor het gemak ook maar even tot de Uniebesluiten reken, en verdragsherzieningen volgens de vereenvoudigde herzieningsprocedure van artikel 48 lid 6 VEU. Beide soorten herzieningen zijn onderworpen aan goedkeuring bij wet en in beginsel referendumplichtig (artikel 2 en 3 EU Bill).<sup>21</sup> In deze eerste categorie valt ook een reeks andere Uniebesluiten, waaronder besluiten ex artikel 25 lid 2 VEU (uitbreiding rechten Unieburgers), artikel 42(2) VEU (invoering gemeenschappelijke defensie), artikel 140 lid 3 VWEU (toetreding tot de Euro), artikel 223 lid 1 VWEU (eenvormig kiesstelsel Europees Parlement) en artikel 311, derde alinea (eigen middelenbesluiten). In bepaalde gevallen dienen deze besluiten bij wet én referendum, in andere alleen bij wet te worden goedgekeurd (artikel 6 en 7 EU Bill). In nationale goedkeuring van deze categorie besluiten ziet Craig geen probleem.

In de tweede categorie vallen wat ik noem de semi-autonome en autonome Uniebesluiten, dat wil zeggen de besluiten die volgens de Verdragen aan een heel lichte of aan geen enkele nationale goedkeuring zijn onderworpen. Semi-autonome Uniebesluiten zijn besluiten ex artikel 48 lid 7 VEU (vereenvoudigde herzieningsprocedure tot invoering van gekwalificeerde meerderheidsbesluitvorming in de Raad of van de gewone wetgevingsprocedure) en artikel 81 lid 3 VWEU (invoering gekwalificeerde meerderheidsbesluitvorming inzake grensoverschrijdend familierecht). Deze besluiten dienen aan de nationale parlementen te worden toegezonden en treden pas in werking als geen van deze er bezwaar tegen heeft. Daarnaast betreft de tweede categorie een reeks autonome Uniebesluiten. Het gaat bijvoorbeeld om de besluiten ex artikel 86 lid 1 en lid 4 VWEU (deelneming in Europees Openbaar Ministerie en uitbreiding van diens bevoegdheden), artikel 153 lid 2, vierde alinea VWEU en artikel 192 lid 2, tweede alinea VWEU (invoering gekwalificeerde meerderheidsbesluitvorming/gewone wetgevingsprocedure inzake respectievelijk sociaal beleid en milieu), artikel 218 lid 6, sub a, onder iii VWEU (toetreding tot EVRM) en artikel 352 VWEU (uitbreiding bevoegdheden indien nodig voor bereiken Verdragsdoelstellingen). Voor al deze besluiten uit de tweede categorie geldt dat een Britse minister alleen mee mag instemmen met 'or

<sup>21</sup> Het referendumvereiste vervalt als de 'exemption condition' vervuld is. Daaraan is voldaan als de verdragsherziening volgens de wet die haar goedkeurt valt *buiten* de door art. 4 getrokken grenzen. Art. 4 maakt herzieningen onder meer referendumplichtig als zij nieuwe 'competences' overdragen, van welke aard dan ook, dan wel nieuwe 'powers'; van dat laatste is onder meer sprake als het VK een vetorecht verliest ten gevolge van invoering van gekwalificeerde meerderheidsbesluitvorming in de Raad of door invoering van de gewone wetgevingsprocedure. Voor herzieningen ex art. 48 lid 6 VEU vervalt het referendumvereiste in bepaalde gevallen ook als de 'significance condition' vervuld is, dat wil zeggen als de consequenties van het voorstel volgens de wet die het besluit goedkeurt niet zwaarwegend zijn (art. 3 lid 4 EU Bill).

otherwise support a decision'<sup>22</sup> als het ontwerp-besluit, soms bij wet én referendum, soms bij wet alleen en in een enkel geval bij gelijklopende resoluties door beide kamers van het parlement, is goedgekeurd (artikelen 6, 7, 8 en 10 EU Bill). De nationale goedkeuring van deze categorie besluiten is, zoals we zo zullen zien, volgens Craig in Unieperspectief problematisch.

Al met al kent deze regeling in de EU Bill grote gelijkens met de regeling in de Duitse Gesetz über die Ausweitung und Stärkung der Rechte des Bundestages und des Bundesrates in Angelegenheiten der Europäischen Union (Begleitgesetz) van 22 september 2009. Die Duitse wet is het gevolg van de uitspraak van het Bundesverfassungsgericht over het Verdrag van Lissabon. Volgens dat hof dient het Duitse parlement uitdrukkelijk en meestal bij wet in te stemmen met een reeks (semi-)autonome Uniebesluiten die vrijwel gelijk is aan de reeks die de Bill aan nationale goedkeuring beoogt te onderwerpen. Als de lidstaten de Verdragen zodanig vormgeven dat de instellingen van de Unie, alleen of in beslissende mate, de verdragen kunnen wijzigen, zij het dan met eenparigheid in de (Europese) Raad maar zonder dat een (nationale) ratificatie vereist is, dan kan dat Duitse parlement zijn 'Integrationsverantwortung', zijn grondwettelijke plicht om over de voortgang van de Europese integratie aan de Duitse kiezer verantwoording af te leggen, alleen op die manier gestalte geven, aldus het Duitse hof.<sup>23</sup> Ook wat betreft doelstelling is er daarmee overeenkomst, want de Britse regeling heeft eveneens een democratisch motief: 'restoring trust and enhancing democratic accountability of the EU among the British people'.<sup>24</sup>

#### *Onverdragsmatig?*

In zijn 'written evidence' voor het European Scrutiny Committee van het House of Commons heeft Paul Craig betwijfeld of de Britse goedkeuringsregeling wel verdragsmatig is voor zover zij betrekking heeft op (semi-)autonome Uniebesluiten.<sup>25</sup> Jean-Claude Piris heeft zich in vergelijkbare zin uitgelaten.<sup>26</sup> Hun redenering is de volgende. Het Verdrag van Lissabon heeft heel bewust en duidelijk een onderscheid gemaakt tussen enerzijds besluiten die door de lidstaten moeten worden goedgekeurd volgens hun nationale grondwettelijke procedures en anderzijds

<sup>22</sup> Aangezien de betreffende besluiten bij eenparigheid moeten worden genomen en onthouding niet in de weg staat aan een eenparig besluit, dient de minister dus tegen te stemmen als het besluit niet wordt goedgekeurd.

<sup>23</sup> BVerG, 2 BvE 2/08 van 30 juni 2009 (Lissabon Urteil), rn 409 e.v.

<sup>24</sup> House of Commons European Scrutiny Committee, *The EU Bill: Restrictions on Treaties and Decisions relating to the EU*, Fifteenth report of Session 2010–2011, p. 25.

<sup>25</sup> Craig, 'written evidence', *supra* n. 10.

<sup>26</sup> Piris, *idem*.

besluiten die door instellingen (semi-) autonoom kunnen worden genomen. De tweede categorie besluiten behoeft niet alleen niet aan een (extra) nationale goedkeuringsprocedure te worden onderworpen, zij *mag* dat zelfs niet. Daarbij werpt Craig ook artikel 16 lid 2 VEU in de strijd, dat bepaalt dat de Raad bestaat uit vertegenwoordigers van de lidstaten die gemachtigd zijn hun regering te binden en om het stemrecht uit te oefenen. Het is, aldus Craig, moeilijk in te zien hoe een Britse minister in de Raad gemachtigd is om zijn regering te binden als een prealable voor zijn instemming met bepaalde besluiten een nationale goedkeuringsprocedure is. Al met al laten zich volgens hem heel gemakkelijk de contouren schetsen van een uitspraak van het Hof van Justitie waarin deze de goedkeuringsregeling deels onverdragmatig acht.

Craig en Piris hebben een punt. In de aanloop naar de Europese Grondwet is door verschillende instanties geopperd om in die Grondwet een hiërarchie aan te brengen. De hoofdbepalingen over de Unie-instellingen en de besluitvorming zouden, als zijnde van constitutionele aard, in een apart basis- of constitutioneel verdrag ondergebracht worden. Deze bepalingen zouden alleen volgens de normale verdragsherzieningsprocedure kunnen worden gewijzigd. De bepalingen inzake de beleidsdoelstellingen zouden in een apart verdrag of in aan het basisverdrag gekoppelde protocollen worden neergelegd en bijvoorbeeld autonoom kunnen worden gewijzigd door de Unie-instellingen. Daarmee zou de Unie een zeker vermogen krijgen tot autonome verdere ontwikkeling. Dat idee vindt zijn neerslag in het Verdrag van Lissabon, in de vereenvoudigde verdragsherzieningsprocedures, de ontelbare passerelles en in tal van andere artikelen die, hoewel zij niet zo heten, toch te beschouwen zijn als vereenvoudigde verdragsherzieningsprocedures. Het zijn vooral deze bepalingen waarop de Bill betrekking heeft en het wetsvoorstel beoogt aldus de Unie haar vermogen tot zelfstandige verdere ontwikkeling te ontnemen, op een vergelijkbare wijze als de *Begleitgesetz* dat doet.

Toch denk ik niet dat het Hof van Justitie de door Craig bedoelde uitspraak zal wijzen. Daarvoor zijn de constitutionele consequenties van Craigs en Piris' redenering te verstrekkend. Zij is gebaseerd op de veronderstelling dat de lidstaten met het Verdrag van Lissabon hebben aanvaard dat de regeringen bij het nemen van Uniebesluiten formeel onafhankelijk van de nationale parlementen en nationale bevolkingen moeten kunnen opereren. Hier lopen we m.i. zelfs in Unieperspectief op tegen de grenzen van de veelbezongen autonomie van de Unierechtsorde.

De (Europese) Raad is weliswaar een autonome Unie-instelling, maar zijn leden staan *niet* los van de nationale rechtsordes. Zij zijn daar met hun hele politieke wezen aan verbonden. Zij vertegenwoordigen de lidstaten in de Raad, zitten daar op basis van nationaal recht en een nationaal mandaat: zij worden door hun regeringen gemachtigd om al dan niet met bepaalde besluiten in te stemmen. Zou nu

door het Verdrag van Lissabon de lidstaten de bevoegdheid zijn ontnomen om het stemgedrag van hun ministers verder te conditioneren? Mocht de kwestie ooit voor het Hof van Justitie komen, dan zal de Britse regering, wel zeker gesteund door de Duitse, ongetwijfeld een beroep doen op de beginselen van institutionele autonomie en van respect voor de nationale identiteit die besloten ligt in de constitutionele basisstructuren van de lidstaten (artikel 4 lid 2 VEU). Nu zijn die beginselen volgens het Hof van Justitie niet absoluut, men denke maar aan de door het Hof ontwikkelde leerstukken van directe werking en voorrang van Unierecht. Maar als het Hof wat waarschijnlijk gaat worden de EU Act 2011 zou veroordelen, en daarmee tegelijkertijd impliciet de Begleitgesetz, zou van de institutionele autonomie van de lidstaten en van hun (resterende) statelijkheid maar bar weinig overblijven. Het Verdrag van Lissabon zou dan hebben voorgeschreven hoe de lidstaten inzake het nemen van Uniebesluiten de relaties tussen regering, parlement, volk en rechter moeten regelen, kortom de centrale relaties van ieder constitutioneel bestel. Nog daargelaten dat een dergelijke uitspraak zou getuigen van ‘imperial overstretch’ – enig gezag zou deze in het Verenigd Koninkrijk en Duitsland niet krijgen – denk ik niet dat het Verdrag van Lissabon, dat meer nog dan de Europese Grondwet getuigt van het idee dat ‘(t)he Member-States are here to stay and to hold centre stage’,<sup>27</sup> zo’n uitspraak kan dragen.

Een andere kwestie is of een Uniebesluit ongeldig c.q. vernietigbaar is als een Britse minister er in strijd met de goedkeuringsregeling mee instemt. Ik sluit dat niet geheel uit. In zo’n geval is immers moeilijk vol te houden dat de Britse minister naar nationaal recht gemachtigd was om de regering van zijn lidstaat te binden in de zin van artikel 16 lid 2 VEU. Ook artikel 46 van het Weens Verdragenverdrag zou, *mutatis mutandis*, ter ondersteuning van ongeldigheid of vernietigbaarheid kunnen worden aangehaald. Volgens die bepaling kan een Staat zich alleen maar beroepen op het feit dat de instemming van die Staat om door een verdrag te worden gebonden, gegeven is in strijd met een bepaling van nationaal recht, als die strijd onmiskenbaar is, dat wil zeggen bij objectieve beschouwing voor andere Staten duidelijk, en als zij een regel van fundamenteel belang betreft. Aan die voorwaarden zal m.i. (vrijwel) altijd voldaan zijn als een Britse minister in strijd handelt met de EU Act 2011.

#### TOT SLOT

Of de EU Act 2011 over enkele decennia een stapje blijkt te zijn geweest in een proces naar een geschreven Britse grondwet durf ik niet te zeggen. Wel durf ik te

<sup>27</sup> W.T. Eijsbouts, ‘The Member States under the Constitution: Preliminary Investigations’, in J. W. de Zwaan, J.H. Jans & F.A. Nelissen (eds.), *The European Union. An Ongoing Process of Integration* (T.M.C. Asser Press 2004) p. 87.

betwijfelen of zo'n grondwet het Britse constitutionele ongemak kan wegnemen waarvan de EU Bill zo onmiskenbaar getuigt. Het is verder op zijn zachtst gezegd ironisch dat de Britse regering de sovereignty of Parliament, die voor de meeste Britse constitutionalisten en politici nog steeds 'the bedrock of the British constitution' is, bij wet wil laten bevestigen en met diezelfde wet beoogt de instemming van datzelfde Parlement met bepaalde Uniebesluiten te binden aan de goedkeuring bij referendum. Natuurlijk kan een later Parlement die wet geheel of gedeeltelijk intrekken. Snel zie ik dat echter niet gebeuren. Geen enkele partij (of coalitie) zal de electorale afstraffing waartoe intrekking kan leiden voor haar rekening willen nemen. Strikt juridisch gezien tast zulks de sovereignty of Parliament niet aan, maar het kapselt deze wel verder in.

Onverdragsmatig lijkt mij de goedkeuringsregeling in de EU Bill niet. Wel doet zij denken aan het beruchte, sterk defensieve voetbalsysteem dat *catenaccio* wordt genoemd – letterlijk: 'lomp kettingslot'.<sup>28</sup> In dat systeem dient een achter de eigenlijke verdediging (regering en parlement) geplaatste libero (het volk) als extra slot op de deur om doorgebroken aanvallers (door regering en parlement aangevoerde Uniebesluiten) af te stoppen. Het is niet het soort spel dat Tom Eijsbouts bekoort, die nooit een balletje terugspeelt en altijd een creatieve opening ziet. Laat me proberen, *en hommage*, in de laatste alinea een Tommiaanse *volta* in te bouwen.

*Catenaccio* heeft het Italiaanse voetbal geen goed gedaan. Dat zeggen we later misschien ook van de EU Act 2011, als zij tot (verder) isolement van het Verenigd Koninkrijk in de Europese Unie heeft geleid. Maar misschien komt het niet zo ver. In ieder geval zal de wet de Britse representatieve democratie voor een enorme uitdaging stellen. Regering en parlement zullen de Britse kiezers moeten gaan overtuigen van de wenselijkheid of noodzakelijkheid van Uniebesluiten die zij zelf wenselijk of noodzakelijk achten en die op basis van die wet aan een referendum moeten worden onderworpen. Als zij daarin slagen, vaart de Unie daar alleen maar wel bij.



<sup>28</sup> W.T. Eijsbouts, *Een kleine filosofie van de bal. Van Marco tot Plato* (Prometheus 2006) p. 123.