



UvA-DARE (Digital Academic Repository)

Maarten Stremmer, Constitutional Oversight of the Member States by the European Union

[Bespreking van: M. Stremmer (2021) *Constitutional Oversight of the Member States by the European Union*]

de Boer, N.

DOI

[10.5553/TvCR/187966642023014003008](https://doi.org/10.5553/TvCR/187966642023014003008)

Publication date

2023

Document Version

Final published version

Published in

TvCR: tijdschrift voor constitutioneel recht

License

Other

[Link to publication](#)

Citation for published version (APA):

de Boer, N. (2023). Maarten Stremmer, *Constitutional Oversight of the Member States by the European Union*: [Bespreking van: M. Stremmer (2021) *Constitutional Oversight of the Member States by the European Union*]. *TvCR: tijdschrift voor constitutioneel recht*, 14(3), 229-242. <https://doi.org/10.5553/TvCR/187966642023014003008>

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.

UvA-DARE is a service provided by the library of the University of Amsterdam (<https://dare.uva.nl>)

BOEKBESPREKING

Maarten Stremler, *Constitutional Oversight of the Member States by the European Union**

N. de Boer

Maarten Stremler, *Constitutional Oversight of the Member States by the European Union* (diss. Tilburg), Ede: 2021, 459 pagina's.

1 Inleiding

Het indrukwekkende proefschrift van Maarten Stremler gaat over constitutioneel toezicht door de Europese Unie op de lidstaten.¹ Door democratische en rechtsstatelijke achteruitgang in een aantal lidstaten, Hongarije en Polen in het bijzonder, is de EU zich nadrukkelijker gaan bemoeien met de constitutionele situatie in de lidstaten. Het proefschrift van Stremler behelst een systematische studie naar de ontwikkeling en effectiviteit van dit constitutionele toezicht door de vier belangrijkste EU-actoren: de Europese Commissie, het Europees Parlement, de Raad en het Hof van Justitie.

Constitutioneel toezicht, zoals begrepen door Stremler, omvat de juridische en politieke reactie van deze vier EU-actoren op een proces van 'constitutional backsliding' (constitutionele achteruitgang of terugval). Stremler definieert constitutionele achteruitgang als 'de geleidelijke en structurele verslechtering van de constitutionele situatie in een lidstaat in het licht van de constitutionele norm van artikel 2 VEU, zoals gezien door de EU-actoren'.² Artikel 2 VEU staat in deze definitie centraal omdat het de kernwaarden van de Unie bevat: 'Eerbied voor de menselijke waardigheid, vrijheid, democratie, gelijkheid, de rechtsstaat en eerbiediging van de mensenrechten, waaronder de rechten van personen die tot minderheden behoren.' 'Achteruitgang' of 'terugval' duidt op een geleidelijk proces. In die zin kan *constitutional backsliding* ook gecontrasteerd worden met onmiddellijk constitutioneel verval, zoals door een militaire coup. Met de studie naar de ontwikkeling en effectiviteit van dit constitutioneel toezicht draagt het proefschrift bij aan een beter begrip van de bijdrage die de EU kan leveren aan het tegengaan van democratisch en rechtsstatelijk verval in de lidstaten.

* Ik ben dank verschuldigd aan Sarah el Galta voor onderzoeksassistentie en aan Monica Claes en Marius Nijenhuis voor waardevolle opmerkingen bij een eerdere versie van dit stuk. Alle standpunten en mogelijke vergissingen zijn geheel voor mijn rekening.

1 Ik verwijs in deze recensie naar het proefschrift als 'Stremler 2021'.

2 Stremler 2021, p. 23. Het boek is geschreven in het Engels. Alle citaten zijn door de recensent vertaald.

N. de Boer

Het proefschrift start met een bespreking van de historische ontwikkeling van constitutioneel toezicht in hoofdstuk 2. Vervolgens analyseert Stremmer de reactie van de EU op ontwikkelingen in drie landen: Roemenië (hoofdstuk 3), Hongarije (hoofdstuk 4) en Polen (hoofdstuk 5). De reden is dat in alle drie de landen sprake was – of nog steeds is – van constitutionele achteruitgang en dat EU-actoren met juridische en politieke instrumenten hebben gereageerd op deze achteruitgang. Volgens Stremmer bieden deze drie casus daarom het beste inzicht in hoe de Unie haar constitutioneel toezicht sinds het Verdrag van Lissabon (2009) heeft uitgeoefend.³ Hoofdstuk 6 behandelt de bevindingen op basis van de landenstudies, gevolgd door een algemene conclusie in hoofdstuk 7. In deze boekbespreking bespreek ik de belangrijkste inzichten uit het proefschrift en mogelijke beperkingen van de studie. Achtereenvolgens bediscussieer ik de benadering van Stremmer (sectie 2), de historische ontwikkeling van constitutioneel toezicht (sectie 3), de landenstudies (sectie 4), de belangrijkste bevindingen over de effectiviteit van constitutioneel toezicht (sectie 5), de aard van constitutioneel toezicht (sectie 6) en de legitiemiteitsvraag die constitutioneel toezicht door de EU oproept (sectie 7).

2 Europees constitutioneel toezicht als domein van constitutionele politiek

Constitutioneel toezicht door de EU is volgens Stremmer onderwerp van constitutionele politiek. Daarmee bedoelt hij dat er politieke strijd bestaat over de interpretatie van de constitutionele normen die het constitutionele toezicht reguleren. Een goed begrip van Europees constitutioneel toezicht, zo stelt hij, is daarom alleen mogelijk door rekening te houden met zowel de juridische als politieke dimensie van constitutioneel toezicht. In dit verband bekritiseert Stremmer de bestaande juridische literatuur voor een te eenzijdige focus op het recht. In zijn visie gaat de juridische literatuur over constitutioneel toezicht er te vaak aan voorbij dat de betekenis van constitutionele rechtsnormen onderwerp is van politieke strijd. Een gebrek van de politicologische literatuur anderzijds is dat de juridische dimensie onvoldoende serieus wordt genomen. Politicologen erkennen volgens Stremmer niet afdoende dat vele controverses over constitutioneel toezicht door de EU gaan over de juiste interpretatie en toepassing van het recht. Stremmer verbindt de juridische en politicologische dimensie door constitutioneel toezicht te begrijpen als een kwestie waar sprake is van *constitutionele politiek*.

Om beide disciplines met elkaar te verbinden bestudeert Stremmer de ontwikkeling van het Europese constitutioneel toezicht op grond van interpretatieve analyse ('interpretative analysis').⁴ Hij bekijkt de ontwikkeling van constitutioneel toezicht hoofdzakelijk door te onderzoeken hoe relevante actoren zelf het recht interpreteren en welke redenen ze daarvoor geven. Stremmer zoekt uitdrukkelijk niet naar een correcte interpretatie van de relevante rechtsnormen. Hij poogt in plaats daarvan te laten zien dat er verschillende visies bestaan op de betekenis van het recht en probeert de ontwikkeling van het recht te analyseren door te achterhalen welke

3 Stremmer bestudeert de ontwikkeling van constitutioneel toezicht tot eind 2019.

4 Stremmer 2021, p. 51.

constitutionele argumenten succesvol zijn. Een kernonderdeel van de studie is daarom de gestructureerde analyse van hoe de relevante EU-actoren artikel 2 VEU interpreteren en de redenen zie ze daarvoor geven.

Bij deze benadering zijn in ieder geval twee kanttekeningen te plaatsen. Ten eerste maakt Stremler de kloof tussen de juridische literatuur en politicologie waarschijnlijk groter dan die in werkelijkheid is. Dat de waarden van artikel 2 VEU een grote mate van onbepaaldheid hebben en om die reden onderwerp kunnen zijn van verschillende interpretaties, wordt in de juridische literatuur wel degelijk erkend.⁵ Ten tweede ligt in Stremlers eigen proefschrift de nadruk op het politieke element. Door niet in te gaan op de correcte betekenis van het recht, laat Stremler in het midden welke grenzen artikel 2 VEU stelt aan politiek handelen. Welke politieke opvattingen nog kunnen gelden als een valide interpretatie van artikel 2 VEU blijft op die manier onbesproken.⁶

Stremler beoordeelt ook de legitimiteit van het constitutioneel toezicht door de EU. De beantwoording van deze legitimiteitsvraag is enigszins verrassend, omdat die niet terugkomt in de centrale onderzoeksvraag op pagina 44. Uit de inleiding blijkt dat legitimiteit wordt opgevat in beschrijvende zin. Stremler onderzoekt niet of constitutioneel toezicht door de EU legitiem is in normatief opzicht, maar hoe de noodzakelijkheid en wenselijkheid van dit toezicht wordt beoordeeld door de relevante EU-actoren en lidstaten.⁷ De meer normatief georiënteerde lezer die wil weten of de toepassing van EU constitutioneel toezicht gerechtvaardigd is, blijft daarom mogelijk wat teleurgesteld achter.

3 De oorsprong van Europees constitutioneel toezicht

De eerste stap (hoofdstuk 2) in Stremlers bestudering van constitutioneel toezicht door de EU is een analyse van zijn historische ontwikkeling. In de oorspronkelijke vormgeving van de Europese samenwerking bestond er betrekkelijk weinig aandacht voor de constitutionele waarden van de Unie. Een verklaring ziet Stremler in de economische en functionele aard van de Europese samenwerking in de beginjaren, eerst in de Europese Gemeenschap voor Kolen en Staal, gevolgd door de Europese Economische Gemeenschap (EEG) die was gericht op de totstandkoming van een interne markt. Daarnaast bestond er voor de bescherming van democratische

5 Een goed voorbeeld daarvan is Sadurski 2019, p. 216. Stremler haalt dit werk aan als bewijs dat rechtswetenschappers de betekenis van de waarden in art. 2 VEU 'in het algemeen als vanzelfsprekend' beschouwen (Stremler 2021, p. 29). Sadurski erkent echter uitdrukkelijk het bestaan van redelijke meningsverschillen over de interpretatie van die waarden, hij zegt alleen dat sommige inbreuken op deze waarden onbetwistbaar zijn. Dat laatste lijkt mij echter een noodzakelijke presuppositie om de normatieve waarde van art. 2 VEU te verklaren en waarschijnlijk een presuppositie die Stremlers onderscheid tussen 'constitutionele politiek' en 'gewone politiek' eveneens veronderstelt.

6 Bijvoorbeeld, zie voor een kritische analyse van de term 'illiberale democratie' Müller 2016. Kustra-Rogatka beargumenteert dat de benadering van de Poolse regering gestoeld is op hypocrisie: Kustra-Rogatka 2023, p. 25.

7 Stremler 2021, p. 53. Voor het onderscheid tussen beide vormen van legitimiteit, zie: Peter 2017. De descriptieve benadering van legitimiteit wordt doorgaans teruggeleid naar Weber 1964.

N. de Boer

en constitutionele waarden al een andere organisatie: de Raad van Europa. Onder de oorspronkelijke zes lidstaten werd er bovendien van uitgegaan dat deze lidstaten zelf al voldoende waarborgen hadden om de waarden van de democratische rechtsstaat te beschermen.

Een katalysator voor het denken over de constitutionele waarden van de Europese samenwerking was de mogelijke uitbreiding van de EEG. Aan het begin van de jaren zestig meldde Spanje zich voor het sluiten van een associatieovereenkomst met de Gemeenschap, als stap naar een eventueel volledig lidmaatschap. Het verzoek van Spanje riep de vraag op of de EU open kon staan voor niet-democratische landen, aangezien Spanje in die tijd nog een dictatoriaal regime had onder leiding van Francisco Franco. De Spaanse zaak leidde er *de facto* toe dat 'respect voor constitutioneel democratische waarden' een voorwaarde werd voor het lidmaatschap van een associatie met de EEG.⁸ Bij de militaire staatsgreep in Griekenland van 1967 werd die informele regel bevestigd. De Europese Commissie beëindigde toen onder meer de financiële steun aan Griekenland onder de al bestaande associatieovereenkomst.

Aan het begin van de jaren negentig was het vooruitzicht op toetreding van nieuwe lidstaten opnieuw een belangrijke reden voor de ontwikkeling van de constitutionele waarden van de Unie. Na de val van de muur in 1989 was het perspectief dat Centraal- en Oost-Europese staten in de toekomst lid zouden worden van de EU. Deze verwachting bewoog de lidstaten om de binding aan constitutionele waarden juridisch vast te leggen. Met het Verdrag van Maastricht van 1992 kwam er voor het eerst in de verdragen te staan dat de lidstaten democratieën dienen te zijn. Het was ook in die context dat de Europese Raad en de Commissie de Kopenhagen-criteria formuleerden voor toetreding, en zich actiever gingen bemoeien met de constitutionele vormgeving van toekomstige lidstaten.

Een sanctiemechanisme voor het geval dat een lidstaat de fundamentele waarden van de Unie zou schenden, kwam er met het Verdrag van Amsterdam (1997). Dat werd wenselijk geacht, omdat de Europese regeringsleiders er niet zeker van waren dat de stabiliteit van de democratie in de nieuwe lidstaten na toetreding verzekerd zou zijn. Een aanvullende reden om de kernwaarden van de Unie juridisch vast te leggen en ook te koppelen aan een sanctiemechanisme, was de gedachte dat zo de legitimiteit van de Unie versterkt zou worden: 'Door de Unie af te schilderen als een gemeenschap van waarden in plaats van als een functioneel of technocratisch project, zouden de burgers zich er gemakkelijker mee kunnen identificeren.'⁹

Het belangrijkste resultaat van deze ontwikkelingen is het huidige artikel 7 VEU: het verdragsartikel dat specifiek is ontworpen om constitutionele achteruitgang in de lidstaten tegen te gaan. Artikel 7 lid 1 VEU bevat een preventiemechanisme: de Raad kan met vier vijfde van zijn leden vaststellen 'dat er een duidelijk gevaar bestaat voor een ernstige schending' van de in artikel 2 VEU vastgelegde waarden door een lidstaat. Voordat deze vaststelling geschiedt, vindt er een dialoog plaats met de betreffende lidstaat. Zowel een derde van de lidstaten, het Europees Parlement als de Europese Commissie kunnen voorstellen om artikel 7 lid 1 VEU te ac-

8 Stremmer 2021, p. 65.

9 Stremmer 2021, p. 106.

tiveren. Indien de problemen blijven bestaan kan de Europese Raad, na instemming van het Europees Parlement, bij unanimitie vaststellen dat er sprake is van ‘een ernstige en voortdurende schending door een lidstaat’ van de kernwaarden van de Unie.¹⁰ Na een dergelijke vaststelling kan de Raad vervolgens met gekwalificeerde meerderheid besluiten tot sancties, waaronder het opschorten van de stemrechten voor de betreffende lidstaat in de Raad.¹¹

Met deze historische schets laat Stremler zien dat het Europees constitutioneel toezicht in de loop der jaren is gegroeid. Van een oorspronkelijk functionele opzet waar weinig aandacht was voor de constitutionele waarden, ontwikkelde de EU zich tot een samenwerking waar de Verdragen de kernwaarden vastleggen en er een sanctiemechanisme bestaat voor mogelijke schending van die waarden. Stremler geeft desondanks aan dat de Unie nog steeds relatief beperkte bevoegdheden heeft voor constitutioneel toezicht. De toepassing van artikel 7 VEU is namelijk onderworpen aan hoge consensusvereisten; de waarden van de Unie blijven in algemene termen beschreven; en de lidstaten hebben zich verzet tegen een rol van het Hof van Justitie bij het vaststellen van een inbreuk op de waarden van artikel 2 VEU. Die kenmerken zijn volgens Stremler te verklaren door het controversiële karakter van constitutioneel toezicht. De lidstaten hebben verschillende constitutionele tradities en willen hun constitutionele autonomie behouden. Daarom houden ze constitutioneel toezicht door de EU graag onder politieke controle.

4 Constitutionele achteruitgang en toezicht in Roemenië, Hongarije en Polen

Uit de landenstudies van Roemenië, Hongarije en Polen blijkt dat de hoge consensusvereisten een groot obstakel vormen voor de effectieve inzet van constitutioneel toezicht door de Unie. Lange tijd beschouwde de Europese Commissie artikel 7 VEU bovendien als laatste redmiddel. Voormalig Commissie-voorzitter Barroso noemde de procedure ooit de ‘nucleaire optie’.¹² De Commissie koos er aanvankelijk dan ook voor om constitutionele achteruitgang in de lidstaten aan te kaarten middels diplomatie en dialoog.

Hoofdstuk 3 analyseert de politieke crises in Roemenië van 2007 en 2012 en de reactie van de EU daarop. Deze crises ontstonden binnen het Roemeense semipresidentiële regeerstelsel door een machtsstrijd tussen de regeringscoalitie en de president. Die machtsstrijd leidde er in 2012 onder meer toe dat de Roemeense regering probeerde om de bevoegdheden van het constitutionele hof in te perken en macht te concentreren in de regeringscoalitie. Stremler beschrijft hoe beide crises werden opgelost door binnenlandse ontwikkelingen en, in 2012, mede door politieke druk van de Unie. Wat in het Roemeense geval hielp om de druk van de Unie effectief te maken was dat een aantal lidstaten de toetreding van Roemenië tot Schengen blokkeerden. Stremler schetst hoe de Commissie en het EP door de Roemeense ontwikkelingen gedwongen werden om de waarden van EU te concretise-

10 Art. 7 lid 2 VEU.

11 Art. 7 lid 3 VEU.

12 Stremler 2021, p. 367.

N. de Boer

ren en de rol van de Unie te bepalen bij het tegengaan van constitutionele achteruitgang. Dit leidde *de facto* tot meer bemoeienis van de EU met de constitutionele situatie in de lidstaten.

In hoofdstuk 4 bespreekt Stremler de casus Hongarije, waar in 2010 de Fidesz partij van Viktor Orbán aan de macht komt. De partij wint samen met de kleinere partij KDNP een twee derde meerderheid in het parlement. Wat volgt is een systematische aanval van de regeringscoalitie op de pijlers van de democratische rechtsstaat: de media, het constitutionele hof, de rechterlijke macht, ngo's en ook het democratische proces zelf doordat de regeringscoalitie het kiesstelsel in haar voordeel weet te wijzigen. Fidesz lijkt erop gericht om zo haar macht te bestendigen en een 'illiberale democratie' te creëren.

De parlementaire meerderheid van de regeringscoalitie is groot genoeg om de Hongaarse grondwet te wijzigen. Fidesz gebruikt die mogelijkheid in 2011 om een geheel nieuwe grondwet te schrijven. De nieuwe grondwet en latere wijzigingen beperken onder meer de bevoegdheden van het constitutioneel hof. Zo wordt de *actio popularis* afgeschaft en wordt ook de bevoegdheid van het constitutionele hof om constitutionele amendementen te toetsen sterk ingeperkt. De benoeming van nieuwe rechters leidt ertoe dat het constitutionele hof pro-Fidesz wordt.

Stremler schetst hoe de EU-instellingen nauwelijks in staat blijken om iets wezenlijks aan de Hongaarse situatie te veranderen. De Europese Commissie kiest vrij snel voor een quasirechterlijke, apolitieke benadering. De Commissie wil zo objectief mogelijk blijven, omdat ze bang is beticht te worden van politiek gemotiveerde acties. Dat zou juist populistische in de kaart spelen en anti-EU-sentiment creëren. De Commissie besluit daarom om vooral specifieke schendingen van het EU-recht aan te pakken met inbreukprocedures tegen Hongarije. De inbreukprocedure is de klassieke manier waarop de Commissie naleving van het EU-recht door de lidstaten afdwingt bij het Hof van Justitie. Indirect kan de Commissie daarmee schendingen van artikel 2 VEU aan de kaak stellen. Het starten van een inbreukprocedure vereist echter dat er sprake is van een schending van een specifieke bepaling van EU-recht, terwijl lang niet alle ontwikkelingen in Hongarije binnen de reikwijdte van het Unierecht vallen.

Formeel leidt de benadering van de Commissie wel tot meerdere overwinningen bij het Hof van Justitie, maar materieel verandert er in Hongarije weinig. Een voorbeeld is de inbreukprocedure over de verlaging van de pensioenleeftijd van Hongaarse rechters. Wanneer die door het Hof van Justitie in strijd wordt geacht met het EU-recht over leeftijdsdiscriminatie, past Hongarije de maatregelen wel aan, maar keren de meeste rechters niet terug op hun oude post.

Het Europees Parlement bekritiseert de technische aanpak van de Commissie in toenemende mate en noemt de Hongaarse constitutionele en juridische veranderingen onverenigbaar met artikel 2 VEU. In juni 2018 stelt het parlement dat 'er een duidelijk gevaar bestaat voor een ernstige schending door Hongarije van de

waarden waarop de Unie berust' en besluit het om artikel 7 lid 1 VEU te activeren.¹³ In de Raad gebeurt vervolgens vrij weinig. Een dag na het besluit van het EP kondigt Polen aan dat het sancties tegen Hongarije niet zal steunen. Niet veel later volgt Bulgarije met dezelfde boodschap. Vervolgens duurt het een jaar voordat de Raad überhaupt een hoorzitting houdt over de Hongaarse kwestie. Het constitutioneel toezicht op Hongarije blijkt weinig effectief.

Het hoofdstuk over Polen laat zien dat de Commissie in dat geval voor een minder technische aanpak kiest, maar dat ook deze strategie slechts beperkt resultaat oplevert. In oktober 2015 wint de partij 'Recht en Rechtvaardigheid' (Prawo i Sprawiedliwość (PiS)) de Poolse parlementsverkiezingen en behaalt zij een absolute meerderheid in de *Sejm*, het Poolse lagerhuis.¹⁴ Stremmer laat zien hoe de PiS-partij vervolgens in hoog tempo de onafhankelijkheid van de rechterlijke macht afbreekt en dat de Unie niet bij machte is om daar effectief op te reageren. Na de verkiezingen van 2015 ontstaat er eerst een conflict over het constitutioneel hof. Dat leidt tot een inperking van de bevoegdheden van het hof en tot de politisering van rechterlijke benoemingen. In maart 2017 is een meerderheid van de Poolse constitutionele rechters benoemd door de PiS. Het constitutionele hof is daarmee niet langer een obstakel voor de politieke agenda van de PiS-regering. In plaats daarvan wordt het constitutionele hof vanaf mid-2017 een nuttig instrument voor de regering om juridische legitimiteit te verschaffen aan haar macht.¹⁵

In januari 2017 volgt een Poolse hervorming van de gewone rechterlijke macht.¹⁶ Met nieuwe wetten wordt onder meer de pensioenleeftijd van zittende rechters verlaagd, de Poolse raad voor de rechtspraak gepolitiseerd, en wordt aan de minister van justitie tijdelijk de bevoegdheid gegeven om presidenten van rechtbanken te benoemen en te ontslaan.

Stremmer beschrijft hoe de Commissie aanvankelijk op deze ontwikkelingen reageert door de dialoog met Polen aan te gaan in het kader van het *Rule of Law Framework*. Dit *Rule of Law Framework* was in 2014 door de Commissie gelanceerd om bedreigingen voor de rechtsstaat al in een eerder stadium te adresseren. Zo zou de Commissie kunnen voorkomen dat de procedure van artikel 7 VEU gevolgd zou moeten worden. In vergelijking met de aanpak van Hongarije, leidt de inzet van deze procedure tot een minder technische benadering. De Commissie beoordeelt de ontwikkeling van de rechtsstaat in Polen als geheel en wordt steeds kritischer. Toch leidt activering van het *Rule of Law Framework* tot weinig resultaat. In juni 2016 beoordeelt de Commissie in een *Rule of Law Opinion* dat er in Polen sprake is van een 'systematische bedreiging van de rechtsstaat', omdat er geen effectieve constitutionele toetsing meer bestaat.¹⁷ De Commissie brengt vervolgens ver-

13 Resolutie van het Europees Parlement van 15 september 2022 over het voorstel voor een besluit van de Raad houdende de constatering, overeenkomstig art. 7 lid 1 Verdrag betreffende de Europese Unie, dat er een duidelijk gevaar bestaat voor een ernstige schending door Hongarije van de waarden waarop de Unie berust 2018/0902R(NLE).

14 Samen met de Senaat vormt de *Sejm* het Poolse parlement.

15 Zie over deze ontwikkelingen ook: Sadurski 2019, p. 58-88.

16 Zie ook: Sadurski 2019, p. 96-127.

17 Stremmer 2021, p. 249.

N. de Boer

schillende malen aanbevelingen uit waarin het Polen aanmaant om de hervormingen van het constitutionele hof en de rechterlijke macht terug te draaien. De Poolse regering legt deze aanbevelingen steeds naast zich neer. Polen houdt vol dat er geen sprake is van problemen met de rechtsstaat. Het bekritiseert de interventies van de Commissie als politiek gekleurd en gebaseerd op een dubbele standaard. Sommige lidstaten kennen bijvoorbeeld überhaupt geen systeem van constitutionele toetsing. Bovendien acht Polen de kans klein dat er sancties worden opgelegd in het kader van een eventuele artikel 7-procedure.

Stremler laat zien dat die inschatting terecht blijkt als de Commissie eind 2017 toch artikel 7 lid 1 VEU activeert in relatie tot Polen. De Commissie nodigt de Raad uit om vast te stellen dat er een duidelijk gevaar bestaat 'voor een ernstige schending, door de Republiek Polen, van de rechtsstaat'.¹⁸ De Raad is echter verdeeld. Hongarije en Tsjechië steunen Polen, terwijl de Baltische staten laten weten dat ze evenmin zullen instemmen met sancties tegen Polen. Wel houdt de Raad hoorzittingen waarin de Poolse regering zich moet verdedigen, maar de Poolse regering doet slechts een paar kleine concessies die de situatie in Polen niet wezenlijk veranderen. Zo helpt ook het activeren van artikel 7 in het geval van Polen nauwelijks om constitutionele achteruitgang een halt toe te roepen.

De gang naar de rechter levert meer succes op. De Commissie lanceert meerdere inbreukprocedures tegen Polen waarmee het indirect schendingen van artikel 2 VEU aankaart. Een belangrijke ontwikkeling is de uitspraak van het Hof van Justitie begin 2018 in de zaak *Associação Sindical dos Juizes Portugueses* (ASJP).¹⁹ Het hof concludeert in deze uitspraak dat de lidstaten op basis van artikel 19 lid 1 VEU verplicht zijn om de onafhankelijkheid van hun gerechtshoven te verzekeren. Daarmee vergroot het Hof de mogelijke reikwijdte van de inbreukprocedure om constitutionele achteruitgang in de lidstaten tegen te gaan. Inperkingen van de rechterlijke onafhankelijkheid kunnen vanaf dan via die procedure worden aangekaart, ongeacht of er een specifieke bepaling van het Unierecht van toepassing is.²⁰ De Commissie maakt vervolgens gebruik van de ASJP-uitspraak om rechtszaken over rechterlijke onafhankelijkheid tegen Polen te voeren. In juni 2019 acht het Hof van Justitie de pensioenverlaging van Poolse rechters uit het Hooggerechtshof in strijd met de rechterlijke onafhankelijkheid. In november 2019 komt het Hof tot dezelfde conclusie met betrekking tot de wetgeving over lagere rechtbanken. De inbreukprocedure sorteert effect omdat de uitspraken van het Hof van Justitie kunnen worden afgedwongen met financiële sancties.²¹

5 Ineffectief constitutioneel toezicht

Op basis van de drie landenstudies concludeert Stremler dat constitutioneel toezicht via de rechterlijke weg vooralsnog het meeste heeft opgeleverd. Politieke instrumenten zijn beperkt effectief, omdat de dreiging van sancties in de praktijk

18 COM(2017) 835 final.

19 HvJ EU 27 februari 2018, C-64/16, ECLI:EU:C:2018:117 (*Associação Sindical dos Juizes Portugueses*).

20 Zie over het belang van deze zaak: Bonelli & Claes 2018.

21 Zie over de ontwikkelingen in de inbreukprocedure ook: Bonelli 2022.

ontbreekt. Voor het opleggen van sancties onder de artikel 7-procedure is unanimiteit vereist in de Europese Raad. In de praktijk is die eis voorlopig een te grote horde gebleken. De politieke instrumenten van constitutioneel toezicht leiden praktisch wel tot een dialoog tussen de EU-instellingen en de betreffende lidstaat en ook tot politieke druk. Zonder de reële dreiging van sancties kunnen lidstaten die druk echter zonder al te veel moeite weerstaan. De algehele conclusie van Stremmer over de effectiviteit van constitutioneel toezicht is dan ook ontnuchterend:

‘[D]e ontwikkeling van het constitutionele toezicht van de EU sinds de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon laat zien dat er een kloof bestaat tussen de verplichting van de lidstaten om de EU-waarden in acht te nemen en het vermogen van de EU-actoren om effectief in te grijpen als de lidstaten deze waarden volgens hen niet naleven.’²²

De gewone inbreukprocedure blijkt het meest effectieve instrument om constitutionele achteruitgang tegen te gaan. Met deze procedure kan de Commissie indirect schendingen van artikel 2 VEU aanvechten. Dat werkt omdat de procedure kan leiden tot het opleggen van financiële sancties door het Hof van Justitie. Stremmer benadrukt desalniettemin dat de reikwijdte van de procedure een beperking vormt. In het verleden stelde de Commissie zich op het standpunt dat voor het starten van een inbreukprocedure vereist is dat er sprake moet zijn van een schending van een specifieke bepaling van EU-recht. In 2012 achtte de Commissie het bijvoorbeeld niet mogelijk om een inbreukprocedure te starten tegen Roemenië toen de regering de onafhankelijkheid van het constitutionele hof beperkte. Zoals Stremmer bespreekt, vereist de artikel-7-VEU-procedure een dergelijk verband met het EU-recht niet: toepassing van die procedure is ook mogelijk voor constitutionele achteruitgang die geen verband houdt met de toepassing van specifieke bepalingen van het Unierecht.

De hierboven besproken ASJP-uitspraak uit 2018 was een belangrijke ontwikkeling die de reikwijdte van de inbreukprocedure vergrootte. Het stelde de Commissie in staat om inperkingen van rechterlijke onafhankelijkheid in de lidstaten via de inbreukprocedure aan de kaak te stellen, ook zonder dat er een schending is van overige bepalingen van het Unierecht. Een volgende stap zou zijn dat artikel 2 VEU als zelfstandige basis gebruikt wordt voor inbreukprocedures. Het Hof van Justitie zou dan kunnen beoordelen of een lidstaat de waarden van artikel 2 VEU naleeft zonder dat er een specifieke link is met een schending van het Unierecht. Zoals Stremmer aangeeft, zou een dergelijke stap zeer vergaand zijn. Het zou artikel 2 VEU ‘de hoogste constitutionele standaard maken voor alle lidstaten, toepasbaar zijn op al hun handelingen, terwijl het de Commissie in staat stelt om naleving van deze standaard af te dwingen bij het Hof, wiens beslissingen voorrang zouden heb-

22 Stremmer 2021, p. 385.

N. de Boer

ben over alle nationale constitutionele jurisdicties'.²³ Ondanks dit bezwaar zette de Commissie deze stap recent toch. Op 19 december 2022 maakte de Commissie een zaak tegen Hongarije bij het Hof van Justitie aanhangig waarin artikel 2 VEU als zelfstandige basis voor de inbreukprocedure wordt opgevoerd.²⁴

De introductie van conditionaliteit om de rechtsstaat te beschermen bij het verstrekken van EU-fondsen ziet Stremler als een manier om de effectiviteit van constitutioneel toezicht te versterken. Eind 2020 nam de EU-wetgever een nieuwe verordening aan die een dergelijke rechtsstaatconditionaliteit mogelijk maakt.²⁵ De verordening stelt de Commissie en de Raad in staat om de toegang tot EU-fondsen op te schorten indien lidstaten de beginselen van de rechtsstaat schenden.²⁶ Deze verordening werd pas na afronding van Stremlers proefschrift aangenomen en wordt daarom niet in detail besproken. Desalniettemin waarschuwt Stremler dat financiële sancties door de EU ook averechts kunnen werken: burgers van de betreffende lidstaat zouden ze kunnen beschouwen als straf voor het hebben van een verkeerde politieke mening en op die manier juist de binnenlandse steun voor de regering kunnen versterken.

Die observatie raakt aan een dieperliggende vraag die in de studie onderbelicht blijft, namelijk of constitutioneel toezicht door de EU daadwerkelijk een oplossing kan zijn voor democratisch en rechtstatelijk verval in de lidstaten. Stremler bekritiseert in de inleiding de naar zijn smaak te juridische focus in de rechtswetenschappelijke literatuur. Zo refereert hij aan het argument van Paul Blokker dat een te sterke focus op juridische middelen om constitutioneel verval tegen te gaan 'de diepere sociale en politieke voorwaarden voor de realisatie van de waarden van artikel 2 VEU' dreigt te negeren.²⁷ Een van de bevindingen in de literatuur over constitutioneel verval, is dan ook dat juridische instrumenten uiteindelijk onvoldoende zijn om de democratische rechtsstaat te redden. Zoals de Sloveense rechtswetenschapper Bojan Bugarič stelt:

'[D]e rechtsstaat en de liberale democratie lopen groot gevaar wanneer hun kernbeginselen niet langer brede democratische steun genieten. Uiteindelijk bieden democratische politieke partijen, maatschappelijke groeperingen en een vaste kern van geëngageerde democraten de beste hoop op bescherming van de liberale democratie.'²⁸

Die bevinding suggereert dat de EU de gerichte en structurele ontmanteling van de democratische rechtsstaat in Hongarije en Polen niet volledig zal kunnen oplossen. Welke implicaties dit heeft voor de rol van constitutioneel toezicht door de EU,

23 Stremler 2021, p. 352. Over de vraag of art. 2 VEU als zelfstandige basis voor een inbreukprocedure zou moeten kunnen fungeren bestaat in de literatuur een levendige discussie, zie onder meer: Boekestein 2022; Bonelli 2022; Pohjankoski 2021.

24 Beroep ingesteld op 19 december 2022, zaak C-769/22 (*European Commission v. Hungary*).

25 Verordening (EU, Euratom) 2020/2092 van het Europees Parlement en de Raad van 16 december 2020 betreffende een algemeen conditionaliteitsregime ter bescherming van de Uniebegroting.

26 Art. 5 Verordening (EU, Euratom) 2020/2092. Zie daarover ook Baraggia & Bonelli 2022.

27 Stremler 2021, p. 37. Hij citeert Blokker 2016.

28 Bugarič 2019, p. 616.

blijft in het proefschrift helaas grotendeels onbesproken. In de literatuur is op die vraag wel gereflecteerd. Een idee is dat de interventies van de Unie er vooral aan moeten bijdragen dat actoren in de betreffende lidstaten zelf constitutionele achteruitgang kunnen tegengaan.²⁹ Een voorbeeld is dat de Unie zich zou richten op beschermen van de democratische rechten van binnenlandse actoren zodat zij weerstand kunnen bieden tegen democratisch en rechtstatelijk verval.

6 Technocratisch constitutioneel toezicht

Een belangrijke bevinding van Stremler is ook dat constitutioneel toezicht de Unie verandert: nationale en politieke constitutionele ontwikkelingen worden in toenemende mate gezien als Europese aangelegenheden waar de lidstaten zich voor moeten rechtvaardigen. Constitutioneel toezicht zorgt ervoor dat de waarden uit artikel 2 VEU concreter worden gemaakt. Het gevolg is dat de constitutionele autonomie van de lidstaten wordt verkleind. Stremler noemt als voorbeelden dat de Commissie heeft verklaard dat effectieve constitutionele toetsing een cruciaal onderdeel is van de rechtsstaat en dat het Hof van Justitie een vrijwel absoluut beginsel erkent dat rechters niet verwijderd kunnen worden. De ontwikkeling van constitutioneel toezicht heeft bovendien gevolgen voor alle lidstaten, niet alleen voor de lidstaten die te maken hebben met constitutionele achteruitgang. Om de beschuldiging van dubbele standaarden te neutraliseren, heeft de Europese Commissie namelijk instrumenten ontwikkeld die van toepassing zijn op alle lidstaten. Een voorbeeld is het *EU Justice Scoreboard*, waarin de Commissie de efficiëntie, kwaliteit en onafhankelijkheid van de rechtssystemen van alle lidstaten beoordeelt.

Daarnaast concludeert Stremler dat constitutioneel toezicht door de EU een technocratisch karakter heeft. Het gezag en de bevoegdheden van de EU zijn beperkt en omstreden voor zover het gevoelige nationale constitutionele vraagstukken betreft. EU-actoren en de Europese Commissie in het bijzonder koppelen constitutioneel toezicht daarom aan het belang van het goed functioneren van de Unie. Daarbij komt de waarde van de rechtsstaat centraal te staan, want de rechtsstaat wordt beschouwd als een functionele voorwaarde voor de toepassing van het Unierecht. Stremler concludeert dan ook: 'In de praktijk komt constitutioneel toezicht hoofdzakelijk neer op *rechtsstaat-toezicht*.'³⁰ Deze nadruk past bij het karakter van de Unie, als een organisatie die is gecreëerd door het recht. De rechtsstaatgedachte wordt in de praktijk min of meer gelijkgesteld met de effectieve toepassing van het Unierecht. Dit leidt tot een vrij technocratische benadering van Europees constitutioneel toezicht. De waarde van de rechtsstaat ligt volgens de Commissie in het beperken van de politiek. Wat het waarborgen van de rechtsstaat vereist is om die reden geen politieke kwestie, maar een kwestie die kan worden overgelaten aan experts, zoals de rechters van het Hof van Justitie, de Venetië Commissie of het Europees Hof voor de Rechten van de Mens. Een van Stremlers suggesties voor

29 Bonelli 2022, p. 52-56; Von Bogdandy 2020, p. 720-721.

30 Stremler 2021, p. 396.

N. de Boer

verder onderzoek is om te verkennen onder welke voorwaarden de interpretatie van artikel 2 VEU een kwestie zou kunnen zijn voor democratische politiek.

7 Legitiem constitutioneel toezicht?

Een beperking van het proefschrift is dat een normatieve analyse van Europees constitutioneel toezicht ontbreekt. Een van de bij het proefschrift gevoegde stellingen lijkt erop te duiden dat de auteur weinig heil ziet in dergelijke normatieve analyse: 'De taak en het doel van de universiteit is om de wereld te begrijpen en te verklaren, niet om haar te verbeteren.' De beschrijvende en verklarende insteek van de studie is een te rechtvaardigen keuze. Het betekent wel dat de relevante vraag of constitutioneel toezicht door de EU gerechtvaardigd is en zo ja, onder welke voorwaarden, in de studie niet wordt beantwoord. Om dezelfde reden geeft de studie niet aan hoe constitutioneel toezicht zich in de toekomst zou moeten ontwikkelen.

Stremmer noemt wel de verschillende argumenten in het academische en politieke debat over de normatieve rechtvaardiging van constitutioneel toezicht. Zo bespreekt hij verschillende argumenten voor constitutioneel toezicht door de EU, zoals dat de lidstaten de waarden van artikel 2 VEU vrijwillig hebben aanvaard; dat deze waarden zo belangrijk zijn dat ze de identiteit van de Unie vormen; en dat een ondermijning van de democratische rechtsstaat in de lidstaten, ook de legitimiteit van de EU als geheel ondermijnt. Daartegenover staan meerdere argumenten waarom de Unie terughoudend zou moeten zijn: de Unie heeft beperkte bevoegdheden om in de lidstaten in te grijpen; constitutioneel toezicht staat op gespannen voet met respect voor de constitutionele diversiteit van de lidstaten; constitutioneel toezicht kan politiek misbruikt worden; en de Unie mist mogelijk de geloofwaardigheid voor constitutioneel toezicht, omdat zij zelf een democratisch tekort heeft. Stremmer laat echter na om te beoordelen welke vormen van constitutioneel toezicht door de EU gerechtvaardigd zijn. Dat betekent dat de studie op verschillende relevante academische vraagstukken geen antwoord biedt. Wanneer is een beroep door de lidstaten op de eigen constitutionele autonomie bijvoorbeeld nog gerechtvaardigd en wanneer niet meer? Moet constitutioneel toezicht hoofdzakelijk aan politieke instellingen worden overgelaten gezien het gevoelige karakter? Welke rol zou het Hof van Justitie mogen spelen en zijn er omstandigheden waarin artikel 2 VEU door het Hof van Justitie als zelfstandige rechtsnorm ten opzichte van de lidstaten zou mogen worden toegepast? Het is jammer dat op deze vragen niet wordt ingegaan, omdat de studie wel degelijk aanknopingspunten biedt voor een antwoord. Dat constitutioneel toezicht onderwerp is van constitutionele politiek, suggereert dat democratisch debat over de interpretatie en toepassing van artikel 2 VEU cruciaal is. Dat zou betekenen dat het Hof van Justitie een bescheiden rol moet aannemen bij het interpreteren van de waarden van artikel 2 VEU en de technocratische benadering van de Commissie de verkeerde is.

Stremmer analyseert de legitimiteit van constitutioneel toezicht door de EU wel in descriptieve zin. Hij kijkt hoe de noodzakelijkheid en wenselijkheid van constitutioneel toezicht wordt beschouwd door de relevante actoren uit de EU en lidstaten.

De auteur laat onder meer zien dat ook de regeringen van Polen en Hongarije constitutioneel toezicht op zich niet beschouwen als illegitiem. In plaats daarvan betwisten ze de toepassing in concrete gevallen als politiek ideologisch en als inbreuk op hun nationale constitutionele identiteit. Die bevinding is echter niet geheel verrassend. Het ligt niet voor de hand dat Orbán en Kaczyński het belang van artikel 2 VEU als zodanig zouden betwisten. Dat zou immers betekenen dat ze kernwaarden van de Unie niet onderschrijven. In dat geval zouden ze zelf de vraag oproepen of er voor Polen en Hongarije nog wel plaats moet zijn in de Unie.

8 Conclusie

Het proefschrift van Maarten Stremmer biedt een systematische, grondige en uitgebreide studie van de ontwikkeling en effectiviteit van constitutioneel toezicht door de Europese Unie. Daarmee geeft het een uitstekend overzicht van hoe constitutioneel toezicht in de Unie tot eind 2019 is ingezet en biedt het belangrijke inzichten in waarom dit toezicht vooralsnog beperkt effectief is. Voor beleidsmakers en wetenschappers die zich met de crisis in de democratische rechtsstaat bezighouden, brengt het proefschrift een schat aan inzichten voor de vraag hoe constitutioneel toezicht zich in de toekomst zou moeten ontwikkelen om effectiever te worden. Mogelijk dat Stremmer in die verdere ontwikkeling zelf een rol zal spelen en de normatieve vragen oppakt die in zijn proefschrift nog onderbelicht blijven.

Literatuurlijst

Baraggia & Bonelli 2022

A. Baraggia & M. Bonelli, 'Linking Money to Values: The New Rule of Law Conditionality Regulation and Its Constitutional Challenges', *German Law Journal* (23) 2022, p. 131-156.

Blokker 2016

P. Blokker, 'EU Democratic Oversight and Domestic Deviation from the Rule of Law: Sociological Reflections', in: C. Closa & D. Kochenov (red.), *Reinforcing Rule of Law Oversight in the European Union*, Cambridge: Cambridge University Press 2016.

Boekestein 2022

T.L. Boekestein, 'Making Do With What We Have: On the Interpretation and Enforcement of the EU's Founding Values', *German Law Journal* (23) 2022, p. 431-451.

Bonelli 2022

M. Bonelli, 'Infringement Actions 2.0: How to Protect EU Values before the Court of Justice', *European Constitutional Law Review* (18) 2022, p. 30-58.

Bonelli & Claes 2018

M. Bonelli & M. Claes, 'Judicial Serendipity: How Portuguese Judges Came to the Rescue of the Polish Judiciary: ECJ 27 February 2018, Case C-64/16,

N. de Boer

Associação Sindical Dos Juizes Portugueses', *European Constitutional Law Review* (14) 2018, p. 622-643.

Bugaric 2019

B. Bugaric, 'The Two Faces of Populism: Between Authoritarian and Democratic Populism', *German Law Journal* (20) 2019, p. 390-400.

Kustra-Rogatka 2023

A. Kustra-Rogatka, 'The Hypocrisy of Authoritarian Populism in Poland: Between the Facade Rhetoric of Political Constitutionalism and the Actual Abuse of Apex Courts', *European Constitutional Law Review* (19) 2023, p. 25-58.

Müller 2016

J. Müller, 'The Problem With "Illiberal Democracy"', *Social Europe*, socia-leurope.eu, 27 januari 2016.

Peter 2017

F. Peter, 'Political Legitimacy', in: E.N. Zalta (red.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Metaphysics Research Lab: Stanford University 2017.

Pohjankoski 2021

P. Pohjankoski, 'Rule of Law with Leverage: Policing Structural Obligations in EU Law with the Infringement Procedure, Fines, and Set-Off', *Common Market Law Review* 2021, p. 1341-1364.

Sadurski 2019

W. Sadurski, *Poland's Constitutional Breakdown*, Oxford: Oxford University Press 2019.

Von Bogdandy 2020

A. von Bogdandy, 'Principles of a Systemic Deficiencies Doctrine: How to Protect Checks and Balances in the Member States', *Common Market Law Review* (57) 2020, p. 705-740.

Weber 1964

M. Weber, *The Theory of Social and Economic Organization*, New York: Free Press 1964.