



## UvA-DARE (Digital Academic Repository)

### Wat nu? Enkele constitutionele overwegingen

Besselink, L.

**Publication date**

2015

**Document Version**

Final published version

**Published in**

NJCM-Bulletin

[Link to publication](#)

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

Besselink, L. (2015). Wat nu? Enkele constitutionele overwegingen. *NJCM-Bulletin*, 40(2), 219-224. Article 15.

**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.

## WAT NU? ENKELE CONSTITUTIONELE OVERWEGINGEN

**Leonard Besselink**\*

**Samenvatting** | In artikel 218, elfde lid, VWEU liggen drie oplossingen besloten voor de bezwaren uit advies 2/13. Besselink bepleit voor een sub-variant, het opnemen van een derogatoir protocol. Het draait uiteindelijk niet om een juridische keuze maar om een constitutionele en dus een politieke keuze van Verdragsluitende EU-lidstaten, die mede bepalend is voor de aard van de politieke rechtsorde waaraan we onderhevig zijn.

**Trefwoorden** | ontwerp-toetredingsakkoord, derogatoir protocol.  
[art. 218 lid 11 VWEU]

**Kluwer Navigator** | NTM-NJCM Bull. 2015/15

### 1 Uitgangspunten

In deze korte bijdrage staat de vraag centraal wat te doen nu het Hof van Justitie een negatief advies gegeven heeft over toetreding tot het EVRM. Bij zo'n korte bijdrage als deze is het van belang de uitgangspunten die de strekking van deze bijdrage beperken vooraf duidelijk te maken. Ten eerste wordt gekozen voor het perspectief van rechtsbescherming van de grondrechten van de burgers en allen die zich onder de rechtsmacht van de EU en haar lidstaten qua lidstaten bevinden – een principieel rechtsstatelijk uitgangspunt.

Het tweede uitgangspunt is het constitutionele commitment van de lidstaten aan toetreding tot het EVRM, dat wil zeggen aan de externe verankering van grondrechtenbescherming van wie onder de rechtsmacht valt van de EU, inclusief de externe toetsing daarvan door een Europees Hof, waartoe de lidstaten zich juridisch gebonden hebben in artikel 6, tweede lid, VEU (zoals door deze zelfde staten voorbereid in Protocol nr. 14 bij het EVRM).

Geen van deze perspectieven is vanzelfsprekend – men had in plaats van de burger ook de soevereiniteit van de lidstaten of de autonomie van de EU tot uitgangspunt kunnen nemen. En men kan artikel 6, tweede lid, VEU ook beschouwen als geduldig papier dat vooralsnog van geen betekenis is. De vraag 'wat nu?' zou dan een ander antwoord krijgen – een antwoord dat inderdaad ook een constitutionele reflectie rechtvaardigt. Maar het bestek is te kort om dit hier te kunnen doen.

- Prof. dr. L.F.M. Besselink is hoogleraar Constitutioneel recht aan de Universiteit van Amsterdam. Dit is de weergave van de tekst van de presentatie gehouden op 7 januari 2015. Verschillende punten konden binnen het bestek van deze tekst niet nader worden uitgewerkt. Een meer uitgewerkte versie verschijnt als Editorial Comment getiteld 'A Constitutional Moment: Acceding to the ECHR (or not)', in *European Constitutional Law Review* 2015 (1), p. 1 e.v. Zie ook: [acelg.blogactiv.eu/2014/12/24/acceding-to-the-echr-notwithstanding-the-court-of-justice-opinion-213/](http://acelg.blogactiv.eu/2014/12/24/acceding-to-the-echr-notwithstanding-the-court-of-justice-opinion-213/), en reacties op *UK Constitutional Law Blog*, [ukconstitutionallaw.org/2014/12/24/sionaidh-douglas-scott-opinion-213-on-eu-accession-to-the-echr-a-christmas-bombshell-from-the-european-court-of-justice/#comments](http://ukconstitutionallaw.org/2014/12/24/sionaidh-douglas-scott-opinion-213-on-eu-accession-to-the-echr-a-christmas-bombshell-from-the-european-court-of-justice/#comments) en *I.CONnect* [iconnectblog.com/2014/12/the-court-of-justice-of-the-european-union-strikes-down-eu-accession-to-the-european-convention-on-human-rights-what-does-the-decision-mean/](http://iconnectblog.com/2014/12/the-court-of-justice-of-the-european-union-strikes-down-eu-accession-to-the-european-convention-on-human-rights-what-does-the-decision-mean/).

## 2 Artikel 218, elfde lid, VWEU

Het juridisch startpunt om de ontstane situatie Europees constitutioneelrechtelijk te kunnen begrijpen, moet liggen in de tekst van artikel 218, elfde lid, VWEU.

In het Nederlands luidt het als volgt: Indien het Hof afwijzend adviseert, kan de voorgenomen overeenkomst niet in werking treden, behoudens in geval van wijziging daarvan of herziening van de verdragen.

De Nederlandse tekst maakt een verschil tussen ‘wijziging’ van de voorgenomen internationale overeenkomst en ‘herziening’ van de vragen. Dat doen ook de Franse, Spaanse, Italiaanse, Engelse, Deense en Finse taalversies van de verdragen. De Duitse taalversie maakt – net als de Zweedse en de Tsjechische (andere heb ik niet bekeken) – niet zo’n onderscheid tussen ‘wijziging’ en ‘herziening’. In de Duitse versie staat dat als het Hof negatief adviseert, ‘*so kann die geplante Übereinkunft nur in Kraft treten, wenn sie oder die Verträge geändert werden*’.

Ik ben zo vrij daaruit af te leiden dat de aard van de verandering van ofwel het te sluiten verdrag ofwel de EU-verdragen dezelfde is. Dus in het geval van de toetreding moet óf de concept-toetredingsakkoord óf moeten de EU-verdragen veranderd worden. Ik meld dit omdat we zo dadelijk zullen zien dat intussen al geopperd is de ontstane situatie op te lossen zonder de toetredingsovereenkomst of de EU-verdragen te wijzigen. Dat lijkt dus uitgesloten door artikel 218, elfde lid, VWEU.

We moeten uit de tekst van artikel 218, elfde lid, VWEU nog iets anders afleiden, namelijk dat constitutioneelrechtelijk er twee wezenlijk verschillende momenten moeten worden onderscheiden.

Het ene moment betreft dat van het recht zoals dat geldt en dat uitgelegd wordt door Hof van Justitie in zijn advies. Na een negatief advies ligt de bal echter niet meer bij het Hof. Het Hof heeft gesproken en gezegd wat nu geldend recht is, *de lege lata*. Vervolgens komt de vraag aan de orde *de lege ferenda*, en dan ligt de bal niet meer bij het Hof maar bij de lidstaten, de *Herren der Verträge*. Die zijn immers degenen die het probleem kunnen oplossen – hier: toetreding tot het EVRM mogelijk maken – door de EU-verdragen te wijzigen. De macht ligt dan niet bij de rechter die een uitleg geeft van het tot nog toe geldende recht. Artikel 218 geeft dan aan de lidstaten de bevoegdheid de EU-verdragen volgens de geldende procedures te wijzigen.

En ten slotte kan het niet vaak genoeg herhaald worden dat het Advies van het Hof onder artikel 218, elfde lid, VWEU geen gewone rechtspraak is, noch deze raakt, zoals bij de prejudiciële procedure aan de orde is. Als dus de lidstaten een van de wegen kiezen die besloten liggen in artikel 218, elfde lid, dan is dat iets wezenlijks anders dan ‘het gevolg geven aan rechtspraak’, zomin aan ‘het ongedaan maken van rechtspraak’. Het is dan ook principieel onjuist om wat lidstaten en instellingen doen na een negatief advies uit te leggen in termen van ‘gehoorzaamheid’ of ‘ongehoorzaamheid’ aan de rechter.<sup>1</sup>

1 Zie de reactie op M. Finck op I-CONnect (*supra* auteursnoot).

### 3 Drie standaardoplossingen

In de tekst van artikel 218, elfde lid, VWEU liggen ten minste drie scenario's besloten, maar ik voeg aan het derde scenario een sub-variant toe. De eerste drie scenario's zijn de volgende.

Ten eerste is de meest voor de hand liggende die van niet-toetreding tot het EVRM. Dit is de eerste mogelijkheid, nu artikel 218 zegt (althans in de negatief geformuleerde Nederlandstalige versie) dat na een negatief advies de beoogde overeenkomst niet in werking kan treden, en dus de EU geen partij kan worden bij het EVRM. Het tweede scenario is dat van heronderhandeling van de Toetredingsovereenkomst. Het derde scenario is dat van wijziging van de EU-verdragen. Daarbij zal in eerste instantie gedacht kunnen worden aan het zodanig wijzigen van het EU-recht dat tegemoetgekomen wordt aan elk van de zeven bezwaren die het Hof daarin besloten zag. Een andere mogelijkheid, die ik nog onderscheid, is die van wijziging van de verdragen zodanig dat toetreding mogelijk wordt 'niettegenstaande artikel 6, tweede lid, VEU, protocol nummer 8 en Advies 2/13 van het Hof van Justitie'. Deze laatste zal ik apart bespreken. Eerst zeg ik iets over de eerste drie hoofdvarianten.

Ad 1. De mogelijkheid van niet-toetreding is politiek gesproken de meest voor de hand liggende en ook de meest waarschijnlijke. Alle lidstaten zijn aan het wachten tot de internationale onderhandelaar namens de EU die van het Hof het lid op de neus heeft gekregen, de Commissie, met een standpunt komt – om daar vervolgens op te gaan schieten. Het is niet onaannemelijk dat de 28 lidstaten zodanig uiteengaan dat er niets meer komt van toetreding.

Ik wijs er echter op dat *juridisch* gesproken niets doen, verboden is. Zou men inderdaad het laten aankomen op niet-toetreding dan moet artikel 6, tweede lid, VEU worden ingetrokken. Anders zou men onconstitutioneel handelen.

Zo'n intrekking van artikel 6, tweede lid, VEU zou uiteraard vanuit rechtsstatelijk oogpunt een smet werpen op de Unie; het komt immers neer op het besluiten om artikel 6, tweede lid, VEU te schenden, dus om onconstitutioneel te handelen.<sup>2</sup> Kortom, niet-toetreden is in strijd met het Unieverdrag. Puur juridisch en constitutioneel gesproken is dit dus een ontoelaatbare weg.

Ik wijs er terzijde nog op dat niet-toetreding niet tegemoetkomt aan een aantal bezwaren die het Hof in Advies 2/13 aanwijst. De problematiek die het Hof signaleert omtrent artikel 53 EVRM juncto 53 Handvest – als die al bestaat (hetgeen ik zo op het eerste gezicht betwijfel) – bestaat zonder toetreding in even grote, zo niet grotere omvang. Zo ook – althans in de gevallen waarin dat betrekking zou hebben op bijvoorbeeld de inzet van militairen onder EU hoede, die immers uiteindelijk onder '*command and control*' van de lidstaten staan – het bezwaar van het Hof over het GBVB. En al evenmin is er enige garantie dat bij de toepassing van de zogenaamde *Bosphorus*-doctrine door het EHRM, het EHRM zich inlaat met de verdeling van bevoegdheden tussen de EU en de lidstaten. Sterker nog, strikt genomen kan die doctrine alleen maar worden toegepast als het EHRM eerst heeft nagegaan of een bepaalde bevoegdheid toe te rekenen is aan de EU of aan de vrije discretie van de lidstaat. De *Bosphorus* doctrine is daarom zelf al een schending van het door het Hof geformuleerde principe dat het Hof van Justitie de enige moet zijn daarover te oordelen.

Ad 2. Heronderhandeling van de Toetredingsovereenkomst is politiek en diplomatiek de minst begaanbare weg. Gesteld dat de 28 lidstaten het eens worden over een onderhandelings-

<sup>2</sup> Hier is meer over te zeggen, i.v.m. de inhoud van het Advies, maar daarvoor is hier geen ruimte.

mandaat dan zal men de niet-EU-partijen bij het EVRM nog ertoe moeten zien te bewegen aan de onderhandelingstafel te krijgen. Men dient zich te bedenken dat de niet-EU-landen al twee keer aan de onderhandelingstafel moesten verschijnen omdat een eerste uitonderhandelde tekst op bezwaren bij voornamelijk twee EU-lidstaten stuitte. De ontwerp-Toetredingsovereenkomst die het Hof beoordeelde is de *tweede* ontwerp-Toetredingsovereenkomst.

Zouden Zwitserland, Turkije en Rusland – de landen die bij de onderhandelingen over toetreding de grootste problemen opwierpen – werkelijk na lezing van het persbericht van het Hof over Advies 2/13 er nu plotseling van overtuigd zijn geraakt dat de EU inderdaad iets héél, héél anders is dan een staat zoals zij? Wie dat denkt moet vooral de verklaring nog eens lezen die Rusland uitgaf bij de eerste heropening van de onderhandelingen.<sup>3</sup>

Kortom, heronderhandelen met de niet-EU, wel-EVRM-partijen om opnieuw bepaalde voorrechten voor de EU en het Hof van Justitie in het leven te roepen is diplomatiek een zeer moeilijk begaanbare weg.

Ad 3. Het is lastig om tot formele verandering van de verdragen te komen door het sleutelen aan een reeks bepalingen van de EU-verdragen. Technisch is het misschien denkbaar, maar praktisch zal het tegemoetkomen aan de ongeveer zeven bezwaren van het Hof door verdragswijziging een lastige kwestie worden. Gelet daarop is voorgesteld om door middel van een reeks unilaterale verklaringen en interne regels aan de bezwaren van het Hof van Justitie tegemoet te komen.<sup>4</sup> Hoewel dit niet meer zou vergen dan een interne overeenstemming tussen de lidstaten binnen de instellingen, ben ik er niet zeker van of dit voldoende is om daadwerkelijk tegemoet te komen aan elk van de bezwaren van het Hof van Justitie. Daarbij kan twijfel rijzen over de vraag of deze eenzijdige handelingen wel vallen binnen de term ‘herziening van de verdragen’, nu wij hiervoor vaststelden dat daarmee bedoeld wordt dat de verdragen worden veranderd. Maar gezegd kan worden dat wie het meerdere mag (verdragswijziging), ook het mindere mag (aanpassing zonder verdragswijziging) – al is het natuurlijk altijd de vraag of het inroepen van deze maxime gerechtvaardigd is en of zij stand houdt.

#### 4 Derogatoir protocol – ‘*notwithstanding protocol*’

Er is nog wel een andere manier te verzinnen om de problemen te omzeilen van de tot nu toe genoemde scenario’s, en die op juridisch sluitende wijze toetreding mogelijk maakt, en beschouwd kan worden als een wijziging van de verdragen in de zin van artikel 218, elfde lid, VWEU, *zonder* voor elk van de zeven bezwaren van het Hof te komen tot telkens aparte wijzigingen van verdragsbepalingen, en zonder heronderhandeling met de niet-EU partijen bij het EVRM.

3 Zie Appendix VI bij het verslag van de Second Negotiation Meeting between the CDDH Ad Hoc Negotiation Group and the European Commission On The Accession Of The European Union to the European Convention on Human Rights, Relevant excerpts from the report of the 75th meeting of the CDDH, Strasbourg, 17-19 September 2012, 47+1(2012)002, p. 3-4. Zie [coe.int/t/dghl/standardsetting/hrpolicy/accession/Working\\_documents/47\\_1%282012%2902\\_Extracts\\_CDDH\\_Report\\_EN.pdf](http://coe.int/t/dghl/standardsetting/hrpolicy/accession/Working_documents/47_1%282012%2902_Extracts_CDDH_Report_EN.pdf).

4 Zie P.J. Kuijper, [acelg.blogactiv.eu/2015/01/06/reaction-to-leonard-besselinks%E2%80%99s-acelg-blog/](http://acelg.blogactiv.eu/2015/01/06/reaction-to-leonard-besselinks%E2%80%99s-acelg-blog/).

Het voorstel dat ik doe is mede ingegeven door de unieke situatie dat alle 28 lidstaten de voorliggende ontwerp-toetredingsovereenkomst in overeenstemming hebben geoordeeld met het geldende EU-recht, en dat ook de andere drie EU-instellingen – de Raad, de Commissie en het Europees Parlement – dat hebben gedaan.<sup>5</sup>

Het voorstel is ontleend aan bepalingen en werkwijzen in de constituties van de lidstaten die beogen voortgaande Europese integratie mogelijk te maken, juist daar waar de nationale grondwetten in de weg staan – in relevante landen: na toetsing door de (constitutionele) rechter die strijd constateert tussen een EU-verdragswijziging en de nationale constitutie. Ik doel op de constituties van Finland, Portugal en Nederland, en naar de constitutionele praktijk in landen als Frankrijk en Ierland, maar die ook in andere lidstaten te traceren zijn.

Het betreft het opnemen van wat ik een ‘derogatoir protocol’ – in het Engels *notwithstanding protocol*, in het Frans *protocol dérogatoire* – noem. Het tekstuele stramien van dat aan de EU-verdragen toe te voegen protocol zou als volgt zijn:

De Unie treedt toe tot het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, niettegenstaande artikel 6, lid 2, van het Verdrag betreffende de Europese Unie, Protocol (Nr. 8) betreffende artikel 6, lid 2, van het Verdrag betreffende de Europese Unie en Advies 2/13 van het Hof van Justitie van 18 december 2014.

Op deze wijze heeft men alle denkbare bezwaren van het Hof getackeld. Dit hoeft niet verder uitonderhandeld te worden met de niet-EU partijen bij het EVRM en de Raad van Europa. Het vergt niet méér en nieuwe onderhandelingen binnen de EU.<sup>6</sup>

Intussen is wel gesteld dat dit voorstel neerkomt op intrekking van de tweede volzin van artikel 6, tweede lid, VEU, en dat het in wezen gaat om het *overrulen* van het Hof van Justitie.<sup>7</sup> Noch het een noch het ander hoeft zo gezien te worden. De tekst van het voorgestelde protocol laat dit in het midden, en kan op verschillende manieren gelezen worden zonder per se te dwingen tot op een van deze opvattingen.

Er is een variant denkbaar van het derogatoire protocol dat wel tot een van de opvattingen zo dwingen en duidelijk maakt dat het bij dit protocol gaat om een uitleg van de verdragen die afwijkt van die van het Hof in Advies 2/13:

De Unie treedt toe tot het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, *gezien* artikel 6, lid 2, van het Verdrag betreffende de Europese Unie, *en* Protocol (Nr. 8)

5 Zie HvJ EU 18 december 2014, Advies 2/13, ECLI:EU:C:2014:2454, EHRC 2015/65 m.nt. (1) Krommendijk & Beijer en (2) van Rossem, par. 117; Weliswaar hebben ‘slechts’ 24 lidstaten voor het Hof geïntervenieerd, maar de niet-interveniërende lidstaten (Malta, Slovenië, Kroatië en Luxemburg) hebben, voor zover ik bij de collega’s in die landen heb kunnen nagaan, geen juridische of politieke bezwaren tegen toetreding van de EU tot het EVRM, maar is hun niet-interventie te verklaren uit gebrek aan capaciteit.

6 Uiteraard vergt toetreding nog wel interne regelgeving, maar dit is niet anders dan het geval was vóór Advies 2/13.

7 P.J. Kuijper op ACELG Blog (*supra* noot 4), en in andere bewoordingen M. Finck op I-Connect blog (*supra* auteursnoot).

betreffende artikel 6, lid 2, van het Verdrag betreffende de Europese Unie, en *niettegenstaande* Advies 2/13 van het Hof van Justitie van 18 december 2014. (afwijkingen van eerdere tekst gecursiveerd)

In deze versie draait het duidelijker om de vraag wiens opvatting beslissend dient te zijn als het gaat om een primaire constitutionele wijziging van de EU constitutie, zoals besloten ligt in toetreding van het EU tot het EVRM, maar ik heb een voorkeur voor de eerdere tekst.

Hoe dit zij, mijns inziens is het voornaamste dat elke verdragswijziging onder artikel 218, elfde lid, VWEU die toetreding mogelijk maakt, bevoegdlijk wordt gedaan. Het is naar primair EU-recht gesproken, zoals we hiervoor al concludeerden, wél aan het Hof om te bepalen of een ontwerp-verdrag in overeenstemming is met het geldende primaire EU-recht, maar het is niet aan het Hof van Justitie om bindend voor te schrijven hoe vervolgens een wijziging van het primaire EU-recht eruit moet zien die dat alsnog mogelijk maakt; dát is de uitsluitende bevoegdheid van de Verdragsluitende EU-lidstaten (met uiteraard in voorkomende gevallen, afhankelijk van de te volgen procedure, de medewerking van EU-instellingen, waartoe het Hof niet behoort).

Hierbij is, inderdaad, volkomen beslissend of men burgers wil beschermen tegen handelen van de EU dat beweerdelijk een inbreuk maakt op het EVRM, en of men dit – zoals een absolute voorwaarde is voor de mogelijkheid van staten om toe te kunnen treden tot de EU – extern wil vastleggen jegens alle andere lidstaten van de Raad van Europa, en men dit extern wil verankeren door zich te committeren aan extern rechterlijk toezicht op het handelen van de EU.

Dit is waar het uiteindelijk om draait. Dit is uiteindelijk geen juridische keuze, maar een constitutionele en dus politieke keuze die medebepalend is voor de aard van de politiek en rechtsorde waaraan we onderhevig zijn.