

Gevaarlijk spel. Machtenscheiding en de interventies van het Hof van Justitie bij de toetreding van de EU tot het EVRM

Leonard F.M. Besselink

Elk spel draagt een vorm van risicovol gedrag in zich. Er valt iets te winnen of te verliezen, dus er moet gestreden worden. Spelregels brengen een stilering aan in die strijd die zeker stelt dat het spel een plezierige vorm van risicovol gedrag blijft. Het speldelict van 'gevaarlijk spel' is daarom goed te begrijpen. Verboden wordt gedrag dat het spel zelf op het spel zet; onsportief sporten is verboden. Zo bezien heeft het verbod van gevaarlijk spel iets evidents.

In het recht dat aan de politiek regels stelt, het publiekrecht, is 'gevaarlijk spel' een problematische categorie, vooral in het constitutionele recht. Eijsbouts heeft erop gewezen dat het recht het permanente beproeven en betwisten behelst van de betekenis van de regels. Terwijl bij 'zuivere spelen' de regels 'af' zijn, zo stelt hij, is dit bij de 'reële levensvormen' niet het geval. Dit gaat zover dat de uitkomst van de strijd kan zijn dat de regel heel anders geworden is dan hij was. De consequenties daarvan kunnen in het constitutionele recht verregaand zijn.

Als de regels die het spel maken zo onvast zijn, rijzen een aantal onderling samenhangende vragen. Als de strijd over een regel uit kan monden in een begrip van de regel die de regel wezenlijk verandert, wanneer is er dan sprake van een inbreuk op de regel en wanneer er sprake is van een verandering van de regel? Anders gezegd, het is dan moeilijk vast te stellen wanneer spel 'gevaarlijk spel' is of juist het per definitie risicovol volbrengen van het spel is: 'hoog spel' is nog geen 'gevaarlijk spel', al is de grens vaag. En als er sprake is van een verandering van de spelregels dan kan het onduidelijk zijn of een verandering zich nog wel afspeelt binnen de ruimere grenzen van het spel, of dat een verandering van de regel ook het spel zelf wezenlijk verandert; is het voetbal niet een soort rugby geworden?

Ik wil dit illustreren aan de hand van een spelanalyse van de interventies van het Hof van Justitie bij de onderhandelingen tot toetreding van de Europese Unie tot het EVRM – interventies die uiteindelijk uitmondde in een gezamenlijke mededeling van de presidenten van de twee Europese hoven van 17 januari 2011.

Deze spelanalyse kent enkele bijzonderheden. Zo is het ten tijde van dit schrijven niet duidelijk hoe het spel zal aflopen, terwijl het voor de lezer mogelijk niet meer dan een nabeschouwing is. Daarnaast zal blijken dat in de werkelijkheid van het politiek leven de spelsituatie telkens geherdefinieerd kan worden door het stellen van vragen over wie de spelers nu eigenlijk zijn, welke belangen in het spel zijn, en wiens belang uiteindelijk wordt gediend. Zijn de interventies van het Hof lopende de onderhandelingen slechts een vorm van hoog spel, of van een overtreding van het verbod van gevaarlijk spel? Of is het spel zodanig veranderd dat wat geschiedde tijdens het spel toelaatbaar geworden is?

Toetreding van de EU tot het EVRM: de spelregels

De Europese Unie is tot toetreding tot het EVRM gehouden sinds de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon (artikel 6, lid 2, VEU). De onderhandelingen hierover tussen de Europese Unie en de Raad van Europa zijn op 7 juli 2010 begonnen. De formele regels die de onderhandelingen beheersen, vallen uiteen in enkele bijzondere en een aantal algemene regels.

De bijzondere regels zijn opgenomen in Protocol 8 bij het Verdrag van Lissabon. Voor zover voor ons van belang staat daarin dat een akkoord over toetreding ‘voorziet in de instandhouding van de specifieke kenmerken van de Unie en het recht van de Unie’ (artikel 1) en ‘van dien aard moet zijn dat de toetreding de bevoegdheden van de Unie en die van haar instellingen onverlet laat’ (artikel 2).

De algemene regels zijn als volgt samen te vatten. De Raad stelt het onderhandelingsmandaat op, op basis waarvan de Commissie namens de EU de onderhandelingen voert die tot een ontwerp-overeenkomst moet leiden. De Raad kan een bijzonder comité aanwijzen in overleg waarmee de Commissie de onderhandelingen moet voeren: ook hier dus ‘comitologie’.¹ Het Hof van Justitie heeft geen rechtsmacht om een bindend oordeel te vellen over de inhoud van het onderhandelingsmandaat, maar wel over het onderhandelingsresultaat. Artikel 218, lid 11, Verdrag betreffende de werking van de EU (VWEU) bepaalt:

Een lidstaat, het Europees Parlement, de Raad of de Commissie kan het advies inwinnen van het Hof van Justitie over de verenigbaarheid van een voorgenomen overeenkomst met de Verdragen. Indien het Hof afwijzend

¹ Artikel 218, lid 4, VWEU.

adviseert, kan het voorgenomen akkoord niet in werking treden, behoudens in geval van wijziging daarvan of herziening van de Verdragen.

De kans is zeer groot dat de ontwerp-toetredingsovereenkomst tot het EVRM aan het Hof wordt voorgelegd. Hier doemen de risico's op van het onderhandelingspel: het is politiek onplezierig als een internationaal onderhandelingsresultaat onderuit wordt gehaald door een derde instantie.

Van een persoonlijke bijdrage van een rechter, via een discussienota van het Hof van Justitie, tot een gezamenlijke mededeling van twee presidenten

De eerste interventie vanuit het Hof richting de onderhandelaars was een interventie van de Nederlandse rechter, Timmermans, tijdens een hoorzitting van de Constitutionele Commissie van het Europees Parlement op 18 maart 2010.² Timmermans benadrukte dat hij weliswaar als lid van het Hof spreekt, maar op puur persoonlijke titel:

La Cour n'a pas de position officielle sur la question qui nous occupe aujourd'hui³

De belangrijkste kwestie die Timmermans aansneed, ging over de positie van het Hof van Justitie zodra het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) bevoegd wordt te oordelen dat een door een EU voorschrift voorgeschreven handeling in strijd is met het EVRM. Een dergelijk oordeel betekent in wezen dat het voorschrift waarop het betwiste handelen werd gebaseerd in strijd is met primair EU recht, namelijk het EVRM dat na de toetreding deel uitmaakt van dat EU recht. Meer in het bijzonder was Timmermans zorg dat het EHRM een dergelijk oordeel kan vellen in gevallen waarin het Hof van Justitie niet in de gelegenheid is geweest om te oordelen over de geldigheid, en met name de verenigbaarheid met EVRM rechten, van het betreffende EU voorschrift. Dit kan zich voordoen, omdat een particuliere partij in de regel geen rechtstreekse mogelijkheid heeft om de geldigheid van het betrokken EU voorschrift

² Zie bijlage bij Europees Parlement 2009 – 2014, Commissie constitutionele zaken, AFCO PV (2010) 0317 1, Notulen Vergadering van 17 en 18 maart 2010, Brussel; L'adhésion de l'Union Européenne à la Convention européenne des Droits de l'homme. Audition organisée par la Commission des affaires constitutionnelles, Bruxelles, 18 mars 2010 Christiaan Timmermans, Juge à la Cour de justice de l'UE, <http://www.europarl.europa.eu/document/activities/cont/201003/20100324ATT71235/20100324ATT71235EN.pdf>, laatst geconsulteerd op 9 mei 2011.

³ Verklaring Timmermans, *supra* n.1, p. 1.

te laten toetsen door het Hof van Justitie. Immers, er bestaat geen rechtstreeks beroep op deze constitutionele rechter in geval van een beweerde inbreuk op de grondrechten (*Verfassungsbeschwerde* of *recurso de amparo*), terwijl er evenmin een recht bestaat voor een partij in een voor de nationale rechter gevoerd geding op een prejudiciële beoordeling door het Hof, want alleen de nationale rechter kan zo'n prejudicieel oordeel vragen.

Dat het EHRM kan oordelen dat een EU-rechtelijk handelen in strijd is met het EVRM zonder dat het Hof van Justitie zich daarover heeft kunnen uitlaten, wordt door rechter Timmermans gekenschetst als een bezwaarlijke situatie, waaraan zijns inziens een mouw moet worden gepast. Als oplossing, meent hij, moet zodra zich deze situatie voordoet worden voorzien in een mogelijkheid van schorsing van een in Straatsburg aanhangig geding, zodat het Hof in Luxemburg de gelegenheid krijgt te oordelen over de rechtsgeldigheid van het betreffende EU voorschrift. De toetredingsovereenkomst zou daarin moeten voorzien.

Dat was de persoonlijke mening van een rechter die in maart 2010 werd kenbaar gemaakt.

Op 5 mei 2010 verscheen er op de website van het Hof van Justitie een 'discussienota' die aan hetzelfde onderwerp gewijd is.⁴ De nota kent wel een dagtekening, maar geen ondertekening en geen omschrijving van haar oogmerk. Wel verschaft de titel aanwijzingen. Het is een 'Discussienota van het Hof van Justitie van de Europese Unie', een 'document de réflexion de la Cour', een 'Reflexionspapier des Gerichtshofs'. Kennelijk bevat het document de opvatting van het Hof en is het bedoeld voor discussie en reflectie omtrent de modaliteiten van toetreding tot het EVRM door de EU. Niets in het stuk geeft aanleiding om te denken dat het bestemd is om *binnen* de kring van het Hof als discussiestuk te fungeren. We mogen dus aannemen dat het standpunt door het Hof aan anderen ter overweging wordt gegeven. De timing – een maand voordat de Raad het onderhandelingsmandaat voor toetreding vaststelde (4 juni 2010) – doet denken dat die 'anderen' de instellingen zijn die de onderhandelingen over toetreding bepalen, met name de Raad.

Het Hof zet in de nota uiteen dat 'dient te worden vermeden dat het Europees Hof voor de rechten van de mens uitspraak dient te doen over de overeenstemming

⁴ Discussienota van het Hof van Justitie van de Europese Unie over bepaalde aspecten van de toetreding van de Europese Unie tot het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden. Luxemburg, 5 mei 2010.

van een handeling van de Unie met EVRM zonder dat het Hof van Justitie daarover vooraf een definitieve uitspraak heeft kunnen doen.’⁵ Dit lijkt een vrij open stelling, maar is dat niet.

In de nota geeft het Hof eerst een uitleg aan de beginselen die ten grondslag liggen aan het rechtsbeschermingsstelsel van het EVRM, dit met het oog op de vraag of de interne EU regeling daarmee in overeenstemming is. Het wijst met name op het subsidiariteitsbeginsel dat daarin bestaat dat de naleving van het EVRM in eerste instantie een opdracht is voor de partijen bij het Verdrag om de betreffende grondrechten binnen het eigen rechtsstelsel te realiseren (paragraaf 6 van de Discussienota). De Discussienota stelt vervolgens dat dit ook geldt voor de EU:

[...] het gaat erom, het rechtsplegingstelsel van de Unie aldus in te richten dat wanneer een handeling van de Unie in geding wordt gebracht, een rechterlijke instantie van de Unie kan worden aangezocht om een interne controle te verrichten alvorens de externe controle plaatsvindt.⁶

De eindconclusie sluit hierop aan:

Om het aan het EVRM inherente subsidiariteitsbeginsel in acht te nemen en tegelijkertijd de goede werking van het rechtsplegingstelsel van de Unie te verzekeren dient bijgevolg te worden voorzien in een mechanisme dat garandeert dat de vraag naar de geldigheid van een handeling van de Unie daadwerkelijk aan het Hof van Justitie kan worden voorgelegd alvorens het Europees Hof voor de rechten van de mens uitspraak doet over de overeenstemming van die handeling met het EVRM.⁷

Naast het subsidiariteitsbeginsel naar EVRM-recht gebruikt het Hof echter ook een strikt EU-rechtelijk argument voor zo’n verwijzingsmechanisme. In de aan de eindconclusie voorafgaande paragraaf laat het HvJ namelijk weten dat de bevoegdheid van het HvJ ‘een definitief oordeel’ uit te spreken over overeenstemming van een handeling van de EU met het EVRM een ‘prerogatief’ van het HvJ is:

Dit prerogatief is een wezenlijk bestanddeel van de bevoegdheden van het Hof van Justitie en dus van de ‘bevoegdheden’ van de instellingen van de Unie, die

⁵ Discussienota p. 4.

⁶ Discussienota, p 5, paragraaf 11.

⁷ Discussienota, p. 5, paragraaf 12.

overeenkomstig protocol nr. 8 door de toetreding onverlet moeten worden gelaten.⁸

Het is voor het Hof dus een kwestie van rechtmatigheid naar EU-recht dat het in staat wordt gesteld een oordeel te vellen over de verenigbaarheid van EU-handelingen met het EVRM vóórdát het EHRM daaraan toekomt.

Het Hof had er in theorie voor kunnen kiezen te pleiten voor aanpassing van de rechtsbescherming van particulieren binnen de EU zodat deze een schending van het EVRM altijd aan het HvJ kunnen voorleggen. Maar dat doet het Hof niet. Niet het EU-recht moet wezenlijk worden aangepast, maar de procedure voor het EHRM moet worden veranderd, en wel zodanig dat een zaak in Straatsburg wordt geschorst als het Hof van Justitie zich nog niet heeft uitgesproken over de beweerde inbreuk van de EU-handeling op het EVRM, zodat het HvJ de mogelijkheid krijgt zich alsnog uit te spreken. Dat wat Timmermans eerder als een persoonlijke opvatting articuleerde, is nu een eigen standpunt van het Hof geworden dat het ter overweging naar buiten brengt. Maar wel met dit verschil dat Timmermans niet sprak van een eis die voortvloeit uit Protocol 8.

De wens van het Hof is in het onderhandelingsmandaat in wezen gehonoreerd.⁹ Desalniettemin vonden de presidenten van het Hof van Justitie en het EHRM het gewenst om een gezamenlijke mededeling uit te doen gaan, gepubliceerd na het

⁸ Discussienota, p. 4 paragraaf 8. In de voetnoot bij deze passage in de nederlandstalige versie van de Discussienota wordt ten onrechte verwezen naar de 'tweede zin' van artikel 2 van het Protocol, in plaats van naar de eerste zin; andere taalversies kennen deze fout niet.

⁹ Dat blijkt uit een openbaar Raadsdocument van 10 december 2010 dat uitvoerig citeert uit het overigens strikt geheim gehouden onderhandelingsmandaat; Council of the European Union, Brussels, 22 December 2010, DS 1930/10, Working Document From The Commission, [for the] FREMP meeting [in] Brussels, 10 January 2011, p. 3: '- paragraph 11 of the negotiation directives of 4 June 2010 provides that the negotiations should ensure "that the prior internal control by the Court of Justice of the European Union, in accordance with primary law, is applicable also in cases where the conformity with the [ECHR] of an act of an institution, body, office or agency of the Union is at stake in a case brought before the [ECourtHR] but [where] the Court of Justice of the European Union has not had the opportunity to rule on the compatibility of that act with fundamental rights defined at the level of the Union. Any such procedural means, allowing the Court of Justice of the European Union to assess the compatibility of such act with fundamental rights, should be meant to safeguard the subsidiary nature of the procedure before the [ECourtHR] and should not result in causing unreasonable delays in such procedure"; in this connection the Council declaration annexed to the Council decision authorising the negotiation of the Accession Agreement of the European Union to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (Annex III) states that before the conclusion of the Accession Agreement "the Council will unanimously adopt legally binding rules to the extent permitted by the Treaties, on the prior involvement of the Court of Justice of the European Union in assessing the compatibility of an act of an institution, body, office or agency of the Union with fundamental rights as defined at the level of the Union, as set out in paragraph 11 of the negotiation directives".

periodiek overleg tussen de twee Europese Hoven op 17 januari 2011¹⁰ – kort voordat het punt aan de onderhandelingstafel zou worden uitgewerkt. De mededeling is uitdrukkelijk tot de onderhandelaars gericht.¹¹ Ze begint met een korte verklaring over de uitleg van het EU Grondrechtenhandvest, die volgens de presidenten ‘parallel’ aan de uitleg van het EVRM door het EHRM moet zijn. Dit moge verbazen nu artikel 52 lid 3 van het Handvest bepaalt dat weliswaar aan de Handvest-rechten eenzelfde reikwijdte en inhoud moet worden toegekend als aan corresponderende EVRM-rechten, maar dat dit ‘niet verhindert dat het recht van de Unie een ruimere bescherming biedt’. Dit laatste wordt in met door de presidenten bepleitte ‘parallele uitleg’ verzwegen, mogelijk zelfs ontkracht.

Overigens is de mededeling geheel gewijd aan het scheppen van een mechanisme als waarover Timmermans en het Hof van Justitie zich eerder uitlieten. Nu mengt ook de president van het EHRM zich in de kwestie. De mededeling bevat de verklaring dat ‘in order that the principle of subsidiarity may be respected ... a procedure should be put in place [... which] would ensure that the CJEU may carry out an internal review before the ECHR carries out external review.’ Er wordt niet ingegaan op de onrechtmatigheid naar EU recht van het ontbreken van zo’n mechanisme. Wel gaat de mededeling – en dat is nieuw – ook in op details van de positie van de rechtszoekende bij het Hof van Justitie na schorsing van de zaak in Straatsburg. Er wordt het volgende gesteld:

The implementation of such a procedure, which does not require an amendment to the Convention, should take account of the characteristics of the judicial review which are specific to the two courts. In that regard, it is important that the types of cases which may be brought before the CJEU are clearly defined. Similarly, the examination of the consistency of the act at issue with the Convention should not resume before the interested parties have had the opportunity properly to assess the possible consequences of the position adopted by the CJEU and, where appropriate, to submit observations in that regard to the ECHR, within a time limit to be prescribed for that purpose in accordance with the provisions governing procedure before the ECHR. In order to prevent proceedings before the ECHR being postponed

¹⁰ Alleen beschikbaar in het Frans en Engels, zie <http://curia.europa.eu/jcms/jcms/P_64268/>, laatst geconsulteerd op 13 april 2011.

¹¹ ‘The two courts take the view that the results of their discussion can usefully be made known in the context of the negotiations on accession ongoing between the Council of Europe and the EU.’ Mededeling, paragraaf 3. De onderhandelingsgroep zou het mechanisme voor het eerst bespreken in de vergadering van 25-28 januari 2011, zie agenda 5th Meeting, CDDH-UE(2011)OJ01.

unreasonably, the CJEU might be led to give a ruling under an accelerated procedure.¹²

Deze passage gaat terecht in op de rechten van de rechtzoekende onder het mechanisme, waaraan het Hof van Justitie en zijn leden tot dan toe voorbij waren gegaan, en zal op het conto van de president van het EHRM moeten worden geschreven.

Het Hof aan de onderhandelingstafel

Hoewel de spelregels die in de oprichtingsverdragen zijn vastgelegd de indruk wekken dat het Hof bij verdragsluiting er pas achteraf aan te pas komen, blijkt dit bij de toetreding tot het EVRM allerminst het geval. Op 17 december 2009, dus vrijwel onmiddellijk na de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon, polste het Zweedse voorzitterschap de lidstaten over het toelaten van een vertegenwoordiger van het Hof van Justitie tot ‘the discussions regarding a draft recommendation for the opening of the negotiations with a view to the accession of the European Union to the European Convention on Human Rights, as from their preparatory phase.’ Het ging weliswaar om deelname ‘as observer’, maar de lidstaten stonden actieve betrokkenheid van het Hof bij deze discussies voor de geest:

Given the technicalities of the accession of the European Union to that Convention, and in particular considering its procedural and jurisdictional aspects and the effect that such accession could produce in relations between the Court of Justice of the European Union and the ECHR, the delegations agreed that an involvement of the Court of Justice in these discussions would be of paramount importance [...] throughout the duration of the discussions on a draft recommendation for the opening of negotiations for the accession of the European Union to the European Convention on Human Rights.¹³

Nadat het Hof aldus zijn inbreng in de besluitvorming van de Raad over het onderhandelingsmandaat kon hebben, kreeg het ook zeggenschap nadat het mandaat

¹² Paragraaf 2, laatste alinea Mededeling.

¹³ Raadsdocument, Brussel, 5 januari 2010, 17807/09, JAI 948, INST 255; dit betreft een notitie van het voorzitterschap aan COREPER date en ‘I’ item was, dus waarover geen debat wordt gevoerd in COREPER.

was vastgesteld. De inbreng van het Hof zowel bij het vaststellen van het onderhandelingsmandaat als daarna, geschiedde via een Raadswerkgroep genaamd FREMP.¹⁴ In het besluit waarbij de Commissie door de Raad gemandateerd werd de toetredingsonderhandelingen te voeren, werd FREMP door de aangewezen als bijzonder ‘comitologie’-comité in overleg waarmee de Commissie de toetredingsonderhandelingen moet voeren.¹⁵ Het voorstel tot continuering van de deelname van het Hof aan de Raadswerkgroep als comité kwam van de werkgroep zelf. Dit keer werd de rol echter nader ingeperkt: het ging om deelname ‘to the extent that the issues for discussion on the FREMP agenda require such an expertise and the Court of Justice of the European Union agrees on such a participation’.¹⁶ Het is mij onbekend of en in hoeverre het Hof van Justitie hiervan gebruik heeft gemaakt – navraag bij het Hof leverde niets op.

Terwijl het Hof van Justitie via comitologie betrokken was bij de onderhandelingen die door de Commissie zijn gevoerd, was het Straatsburgse Hof er op andere wijze bij betrokken. Als vertegenwoordiger van de Griffie van het EHRM waren de griffier en adjunct-griffier lid van de onderhandelingsgroep.¹⁷

De zwakte van de rechter en de macht van de rechter

Hoe te oordelen over de manoeuvres vanuit Luxemburg en Straatsburg? Ten eerste zij erop gewezen dat een instelling als het Hof van Justitie een duidelijk institutioneel belang kan hebben bij een wijziging in het stelsel van rechtsbescherming. In het verleden heeft het Hof zich uitgelaten over wijzigingen in verband met de *case load* en de organisatie van het Hof zelf. Dit zijn min of meer huishoudelijke zaken, waarvan het begrijpelijk is dat de eigen wensen tijdig worden aangekaart bij de bevoegde politieke instanties. Maar ook over de wenselijkheid van meer structurele verandering van rechtsbescherming in de EU liet het Hof zich soms uit. Daarbij werd echter wijselijk terughoudendheid betracht bij het beantwoorden van de vraag uit welke verschillende opties gekozen zou moeten worden – dat was een beleidsmatige

¹⁴ Groep grondrechten, burgerrechten en vrij verkeer van personen/ Working Party on Fundamental Rights, Citizens Rights and Free Movement of Persons, alias FREMP).

¹⁵ Artikel 3 van het in september 2010 gedeeltelijk gedeclassificeerde Besluit van de Raad tot machtiging van de Commissie om te onderhandelen over de overeenkomst inzake toetreding van de Europese Unie tot het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM), Raadsdocument 10817 EXT 2.

¹⁶ Raadsdocument Brussels, 17 September 2010, 13714/10, p. 2.

¹⁷ Zie de verslagen van de bijeenkomsten van de onderhandelingsgroep te consulteren op www.coe.int/t/dghl/standardsetting/hrpolicy/CDDH-UE/CDDH-UE_documents_en.asp.

kwestie, dus niet aan het Hof.¹⁸ Daar stond tegenover dat individuele leden van het Hof, bijvoorbeeld een advocaat-generaal als Francis Jacobs, en soms ook individuele rechters die op strikt persoonlijke titel spraken, zich meer expliciet uitlieten over de wenselijkheid van sommige aanpassingen in de rechtsbescherming.

Een en ander is begrijpelijk en zou gerechtvaardigd zijn voorzover het Hof zelf niet bij de onderhandelingen betrokken is, en dus als ‘zwakkere’ partij legitieme belangen bij de Raad en de andere instellingen inbrengt. Kortom, de specifieke positie van het Hof bij verdragsherziening, en in het geval van toetreding tot het EVRM de toetredingsovereenkomst, kan aanleiding zijn om als *least dangerous branch* van zich te laten horen.

Maar de tijden zijn veranderd. Rechters en advocaten-generaal lijken aanmerkelijk minder vrij zich op persoonlijke titel uit te laten over de positie en het reilen en zeilen van het Hof. Ook nieuw is dat het Hof zich buiten rechte zo stellig is gaan uitlaten over de keuzes die andere politieke instellingen hebben te maken. Als het dan ook nog eens gaat over zaken waarover het Hof later een bindende uitspraak kan hebben te doen, dan is dat niet alleen hoog spel, maar mogelijk ook gevaarlijk spel: een regel over machtenscheiding is in het geding, mogelijk een zo fundamentele regel dat het spel teniet dreigt te gaan als die niet geëerbiedigd wordt.

Achtergrondlawaai: Lord Hoffmann's kritiek op het EHRM

Bij een wedstrijd waar het erop lijkt dat er gevaarlijk spel wordt gespeeld, zal de publieke tribune van de partij die slachtoffer is van beweerdelijk gevaarlijk spel zich roeren. We moeten ons afvragen wie dat rumoer maken, wie de supporters zijn en wat hun motivatie zou kunnen zijn.

Vooraf zij vastgesteld dat er nogal wat achtergrondgedruis bestaat. Afkeurende geluiden over Europese rechters zijn luid en duidelijk te horen geweest. In Engeland heeft dit een geschiedenis. De ‘tabloids’ hebben in de loop der jaren het gebruik van invectieven tegen Europa en het Straatsburgse Hof (dat zij soms

¹⁸ Een voorbeeld van de toenmalige president van het HvJ, Gil Carlos Rodríguez Iglesias, in de relevante discussiegroep van de Constitutonele Conventie, over de wenselijkheid de vereisten voor toegang van individuele partijen te versoepelen bij zaken omtrent de wettigheid van handelingen van de EU: ‘It is first and foremost a policy choice: in the past, the intention was clearly that individuals, even if a measure of general application concerned them, should not, as a general rule, be able to bring actions for annulment before the Court of Justice against such measures. A different choice can perfectly well be envisaged.’ The European Convention, The Secretariat, Brussels, 10 March 2003, CONV 572/03, p. 4.

verwarren met dat andere Europese Hof in Luxemburg) tot kunst verheven – daarbij aansluitend op een ouder Brits cultuurverschijnsel dat op het continent minder wordt gewaardeerd.¹⁹ De ‘humor’ van het genre wordt niet overal ingezien. En in wezen doet die ook niet af aan wat een serieuze stroming in de publieke opinie is, die niet beperkt blijft tot het populistisch segment. Een vooraanstaande *law lord* op het gebied van mensenrechten, Lord Hoffmann,²⁰ heeft kort na zijn pensionering in 2009 in een inmiddels beruchte jaarrede van de Britse Judiciary Studies Board,²¹ zijn ernstige twijfel uitgesproken over de waarde van het Straatsburgse Hof, onder gelijktijdige erkenning van het immense belang van het EVRM als Bill of Rights voor de Britse rechter. In Nederland hebben mindere goden, waaronder een niet altijd even goed geïnformeerde maar wel een goede pers ontvangende Leidse promovendus, in navolging van Hoffmann (maar zonder bronvermelding) de aanval ingezet op het Straatsburgse Hof, maar daarbij ook de waarde van het EVRM voor de Nederlandse rechter in twijfel getrokken – en dit met weerklank tot in de Nederlandse ministerraad²² (tot verdriet van de CDA-fractie in de Eerste Kamer).²³

Over het Luxemburgse Hof is dergelijke kritiek nog niet in die mate te horen geweest. Hjalte Rasmussen werd lang een excentriekeling beschouwd. In Duitse juridische kringen is enig venijn geweest, waarbij gewezen en zittende presidenten van het *Bundesverfassungsgericht* de *European Constitutional Law Review* gebruikten als forum om daarover te reflecteren en discussiëren.²⁴

¹⁹ Zie M. Spiering, *Englishness: foreigners and images of national identity in postwar literature*. Studia imagologica : comparative literature and European diversity (Amsterdam, Rodopi 1992).

²⁰ Om precies te zijn: the Rt. Hon. Lord Leonard Hubert Hoffmann, Baron Hoffmann of Chedworth in the County of Gloucestershire PC. Hoffmann is Right Honourable zowel op grond van zijn lidmaatschap van de Privy Council als vanwege zijn status als Baron.

²¹ <www.judiciary.gov.uk/media/speeches/2009/speech-lord-hoffman-19032009>. Deze webpagina van de *Judiciary of England and Wales* verwacht het Hof in Luxemburg met dat in Straatsburg.

²² Nota Minister van Buitenlandse Zaken, *Verantwoordelijk voor vrijheid; mensenrechten in het buitenlands beleid*, april 2011, p. 18: ‘Tegelijkertijd is Nederland van mening dat het Hof niet zijn eigen gezag moet verzwakken door uitspraken te doen over zaken die slechts op perifere wijze verband houden met mensenrechten. Daardoor kan jurisprudentiële inflatie optreden en het draagvlak voor het Hof afnemen. Voorkomen moet worden dat het Hof een automatische, vierde beroepsinstantie wordt voor niet-mensenrechten-gerelateerde zaken.’ De regering meent aldus dat de uitleg van het EVRM door het EHRM zodanig is dat het niet meer gaat om mensenrechten.

²³ Zie Kamerstukken EK 32 502, B, Motie Bemelmans-Vidéc C.S., aangenomen met slechts de stemmen van de VVD tegen op 10 mei 2011: ‘De Kamer, gehoord de beraadslagingen, kennis genomen hebbende van de Notitie “Verantwoordelijk voor vrijheid; Mensenrechten in het buitenlands beleid” [...] waarin wordt gesteld dat het Hof zijn eigen gezag niet moet verzwakken door uitspraken te doen over zaken die slechts op perifere wijze verband houden met mensenrechten en dat het Hof zich zou moeten bezighouden met toezicht op de kern van het Europese mensenrechtenacquis; overwegende dat deze suggesties als onjuist en niet passend moeten worden gekwalificeerd, [...]’.

²⁴ Roman Herzog (met Lüder Gerken), *The Spirit of the Time: Revise the European Constitution to Protect National Parliamentary Democracy*, *EuConst* (2007) p. 209 [met een Antwoord van voormalig

Rechter blijf bij je leest: de tegenstanders van de politieke agenda van het Hof

Afkeurend gejoel bij de interventies van het Hof van Justitie kan opstijgen uit het supportersvak van de partij die meent dat het Hof sedert de jaren zestig een eigen politieke agenda ten uitvoer brengt, een ‘constitutionaliseringsagenda’ georkestreerd vanuit de juridische dienst van de Commissie, die de steun van een meerderheid binnen het Hof bleek te kunnen verwerven in *Van Gend & Loos* en *Costa*.²⁵ Het Hof heeft deze agenda doorgevoerd zonder dat deze daadwerkelijk in de bedoeling lag van de verdragsluitende partijen die de Europese Unie in haar oorspronkelijke gedaante oprichtten. De rechter, met andere woorden, houdt er eigen opvattingen op na over wat politiek wenselijk is, in weerwil van wat de andere politieke actoren beogen.

In deze sleutel kan ook de reeks interventies in de onderhandelingen over toetreding tot het EVRM worden gezien. Het Hof wil zijn eigen ‘prerogatief’ – het Hof gebruikt het woord zelf – veilig stellen en kan niet dulden dat een ander Europees Hof vaststelt dat het niet in staat gebleken is de grondrechten te waarborgen, omdat het Hof van Justitie intern niet aan de beurt is gekomen. Het is een aantasting van de door het Hof van Justitie geproclameerde autonomie van de EU-rechtsorde, die het zelf belichaamt. De interventies passen in de lijn van de recente Opinie 1/09 over de oprichting van een ‘Patent Hof’. Daarin stuitte de poging van de lidstaten om, op basis van hun eigen autonome bevoegdheid en die van de Unie, door middel van een verdrag een gespecialiseerd Patent Hof op te richten samen met derde staten, af op de exclusieve autonomie die het Hof claimt.²⁶

De critici van het EHRM tegemoet gekomen of in de kaart gespeeld?

Men kan zich afvragen waarom het EHRM in de persoon van de president van het Straatsburgse Hof, president Jean-Paul Costa, mee is gegaan met de eis van het Hof van Justitie van een geprivilegieerde verwijzingsprocedure voor alleen de Europese

Europees Parlement President Klaus Hänsch at p. 219]; Hans Jürgen Papier, The Lisbon Treaty: The Irish ‘No’: Europe’s New Realism: The Treaty of Lisbon, *EuConst* (2008) p. 421-428; Andreas Voßkuhle, Multilevel Multilevel cooperation of the European Constitutional Courts: Der Europäische Verfassungsgerichtsverbund, *EuConst* (2010) p. 175.

²⁵ Zie met name Morten Rasmussen, ‘Constructing and De-constructing “Constitutional” European Law’, in Henning Koch, Karsten Hagel-Sørensen, Ulrich Haltern and Joseph Weiler (eds.), *Europe. The New Legal Realism: Essays in Honour of Hjalte Rasmussen* (DJØF Publishing, Århus 2010) p. 1-21; earlier Morten Rasmussen, ‘The Origins of a Legal Revolution – The Early History of the European Court of Justice’, *Journal of European Integration History*, 14 (2008) nr 1, p. 77; en *passim* in die aflevering van het *Journal of European Integration History*.

²⁶ HvJEU (voltallige zitting), Advies 1/09, 8 maart 2011.

Unie ten gunste van het Hof van Justitie van de Europese Unie. Er zijn verschillende motieven te bedenken die het belang van Straatsburg bij de gewenste verwijzingsprocedure zouden kunnen verklaren. Deze liggen in het verlengde van het belang van beperking van het zaakaanbod in Straatsburg.

Men kan zeggen dat vanuit een oogpunt van *case load* het EHRM, in tegenstelling tot het HvJEU, een institutioneel belang heeft bij een verwijzingsprocedure. Dat is echter alleen het geval als het Hof van Justitie regelmatig tot de conclusie zou komen dat EU handelingen in strijd zijn met het EVRM – want alleen in dat geval heeft de klager goede reden zijn beroepschrift in Straatsburg in te trekken (al zullen er zijn die dat ook doen als Luxemburg de klacht in de verwijzingsprocedure heeft afgewezen). Dat dat het geval zal zijn, mag men betwijfelen.

Een gedachte die regelmatig geuit is, ook in de kringen van het Straatsburgse Hof, is dat het EHRM zich moet concentreren op problematische zaken waarin een deugdelijke toetsing aan het EVRM niet verzekerd is²⁷ – en dit kan men van het Hof van Justitie niet zeggen sinds het in het *Connolly*-arrest volgens de regels van de kunst is gaan toetsen aan EVRM-rechten.²⁸

In die lijn doorgedacht kan een verwijzingsmechanisme kan gezien worden als een vorm van tegemoetkoming aan de kritiek van *Hoffmann* c.s.. De beoordeling van de verenigbaarheid van maatregelen met het EVRM verschuift immers meer van de Straatsburgse naar de eigen rechter. Wellicht schept een EU verwijzingsmechanisme zelfs een precedent voor de invoering van zo'n procedure ook voor andere verdragspartijen, voor gevallen waarin men op nationaal niveau niet daadwerkelijk heeft getoetst of kunnen toetsen aan het EVRM voordat een zaak aan Straatsburg is voorgelegd.

Dit een en ander kan ook gezien worden vanuit het toekomstperspectief van het EHRM *Bosphorus*-arrest.²⁹ In dit arrest stelde het EHRM dat een klacht over

²⁷ HvJ, zaak C-274/99 P, 6 maart 2001, [2001] Jur I-1611.

²⁸ Voor een illustratie van de dubbelhartigheid waartoe dat kan leiden, zie de concurring opinion van de Nederlandse rechter Myjer in *Sanoma t. Nederland*, 14 september 2010, Application no. 38224/03, Grand Chamber, waarin hij toelicht dat hij omging ten opzichte van de kameruitspraak (van het oordeel dat er geen sprake was van een inbreuk op artikel 10 EVRM naar het wel aanwezig zijn van een inbreuk), omdat een rechter uit een nieuwe democratie hem vroeg: 'What would your answer have been if a similar case, with a comparable show of force by the police and the prosecution service, had been brought before us from one of the new democracies?'

²⁹ Zie LFM Besselink, 'The European Union and The European Convention On Human Rights: From Sovereign Immunity in *Bosphorus* to Full Scrutiny under the Reform Treaty?', in *Changing*

handelen van een EU-lidstaat ter uitvoering van EU-regelgeving geacht wordt in overeenstemming te zijn met het EVRM, tenzij men erin slaagt dit vermoeden in concrete gevallen te weerleggen – uit de jurisprudentie van het EHRM blijkt dat de drempel vrij hoog is.³⁰

Een belangrijke reden voor dit terugtreden door het EHRM lag in het gegeven dat de Europese Unie geen partij was bij het EVRM, dus het EVRM niet de facto opgelegd kon worden. Deze reden vervalt met de toetreding van de EU tot het EVRM. Een verwijzingsmechanisme zou echter een nieuwe reden kunnen vormen voor een zeer terughoudende toetsing van EU-handelingen of handelingen van EU-lidstaten binnen de reikwijdte van het EU-recht: een soort *Bosphorus-II*.

Zou een terughoudende toetsing door het EHRM voorbehouden blijven aan de EU, dan wordt niet tegemoet gekomen aan de kritiek van *Hoffmann*, maar wordt deze juist in de kaart gespeeld: het HvJ komt dan mede in het vizier van de critici. Want waarom zou alleen de EU dit voorrecht moeten hebben en dit niet ook de staten moeten worden vergund? We horen de populisten al denken dat de Europese rechters onder één hoedje spelen en elkaar ten nadele van de gewone burger en de door hem gekozen nationale wetgever de hand boven het hoofd houden.

Waar het Hof van Justitie over de schreef ging: het wraken voorbij

Een arbiter zal niet voor alles fluiten, zeker niet voor alles waarover gejoeld wordt en wat vanaf de tribune wordt geroepen.

Aan één ding kan niemand voorbij. Dat is de stelling van het Hof van Justitie in de Discussienota dat het ontbreken van een verwijzingsmechanisme een inbreuk vormt op Protocol 8 bij het Verdrag van Lissabon. Daarmee prejudiceert het Hof op een uitspraak die het volgens de regels pas zal kunnen doen als een ontwerp-overeenkomst tot stand is gekomen. Nu staat dus al vast wat het Hof zal oordelen als het betreffende mechanisme zou ontbreken. Dat is een stevig schot voor de boeg voor wie het wellicht anders zou willen inrichten.

Normaal gesproken zou een rechter die zich al heeft uitgelaten over een zaak voordat hij geroepen werd daarover recht te spreken, zich moeten verschonen – en als hij dat niet zou doen, kan hij gewraakt worden. Een rechter die oordeelt in een zaak

Perceptions of Sovereignty and Human Rights: Essays in Honour of Cees Flinterman (Intersentia Antwerpen 2008) p. 295; ook te consulteren via <<http://ssrn.com/papers=1132788>>.

³⁰ ECtHR, 29 januari 2009, Application no. 13645/05, Cooperatieve Producentenorganisatie Van De Nederlandse Kokkelvisserij U.A. tegen Nederland.

waarover hij zich buiten rechte al heeft uitgelaten, is niet meer een onpartijdige rechter in de zin van artikel 6 EVRM en artikel 47 van het EU Grondrechtenhandvest. Men hoeft geen fantast, Euroscepticus, populist of *court basher* te zijn om te zeggen dat het Hof in de Discussienota de schijn op zich heeft geladen voor de beurt te hebben gesproken en niet meer onpartijdig te staan tegenover een toetredingsovereenkomst.

‘Normaal gesproken’ schreef ik zojuist. Maar het Hof van Justitie is geen normale rechter en het oordelen over toetreding tot het EVRM is geen gewone rechtspraak, hoezeer een advies over een ontwerp-overeenkomst ook rechtsgevolgen heeft, in dit geval ook voor de grondrechten van de burgers. De verschoningsregel van artikel 18 van het Statuut van het Hof is dan ook niet van toepassing – en wraken kan sowieso niet bij dit Hof, zo er al een rechter voorhanden zou zijn geweest die niet gebonden is door de standpunten ingenomen in de Discussienota.

Toetreding tot het EVRM is geen normale alledaagse politiek, het is constitutionele politiek. De regels die de *trias politica* (lidstaten/Raad, Commissie en Hof) normaal beheersen worden dan zwaarder beproefd dan anders het geval pleegt te zijn. Het Hof heeft daarbij de grenzen die tussen de drie worden getrokken minder belangrijk geacht dan z’n activiteit als politieke actor in het proces. De machtenscheidingsregels van het normale spel willen dat niet het Hof van Justitie onderhandelt over het totstandbrengen van verdragen door de EU, maar de Raad en Commissie. Normaal kan het Hof zich pas achteraf, namelijk zodra er een ontwerp-overeenkomst is, uitspreken over de verenigbaarheid daarvan met de EU Verdragen. Telkens wanneer de politieke onderhandelingsactoren op het punt stonden een stap te zetten in de onderhandelingen die de positie van het Hof van Justitie zou kunnen raken, nam het Hof een in toenemende mate uitgesproken en stellig standpunt in, tot op het punt van het vellen van een oordeel over de onverenigbaarheid van de afwezigheid van een verwijzingsmechanisme met Protocol 8 bij het Verdrag van Lissabon.

Dit kan worden gezien als het overtreden van de regels over de verdeling van machten bij verdragssluiting door de EU: gevaarlijk spel. Maar evenzeer is verdedigbaar dat het Hof de regels heeft gewijzigd. Zodra een te sluiten verdrag de positie van het Hof van Justitie binnen het geheel van de rechtsbescherming kan raken, wil het Hof zich tevoren kunnen uitspreken over de rechtmatigheid van de te sluiten overeenkomst.

Welk van de twee zich nu heeft voorgedaan – hoog spel of een verboden vorm van gevaarlijk spel – is vooralsnog niet uit te maken.