

VEELZIJDIG IN CASSATIE

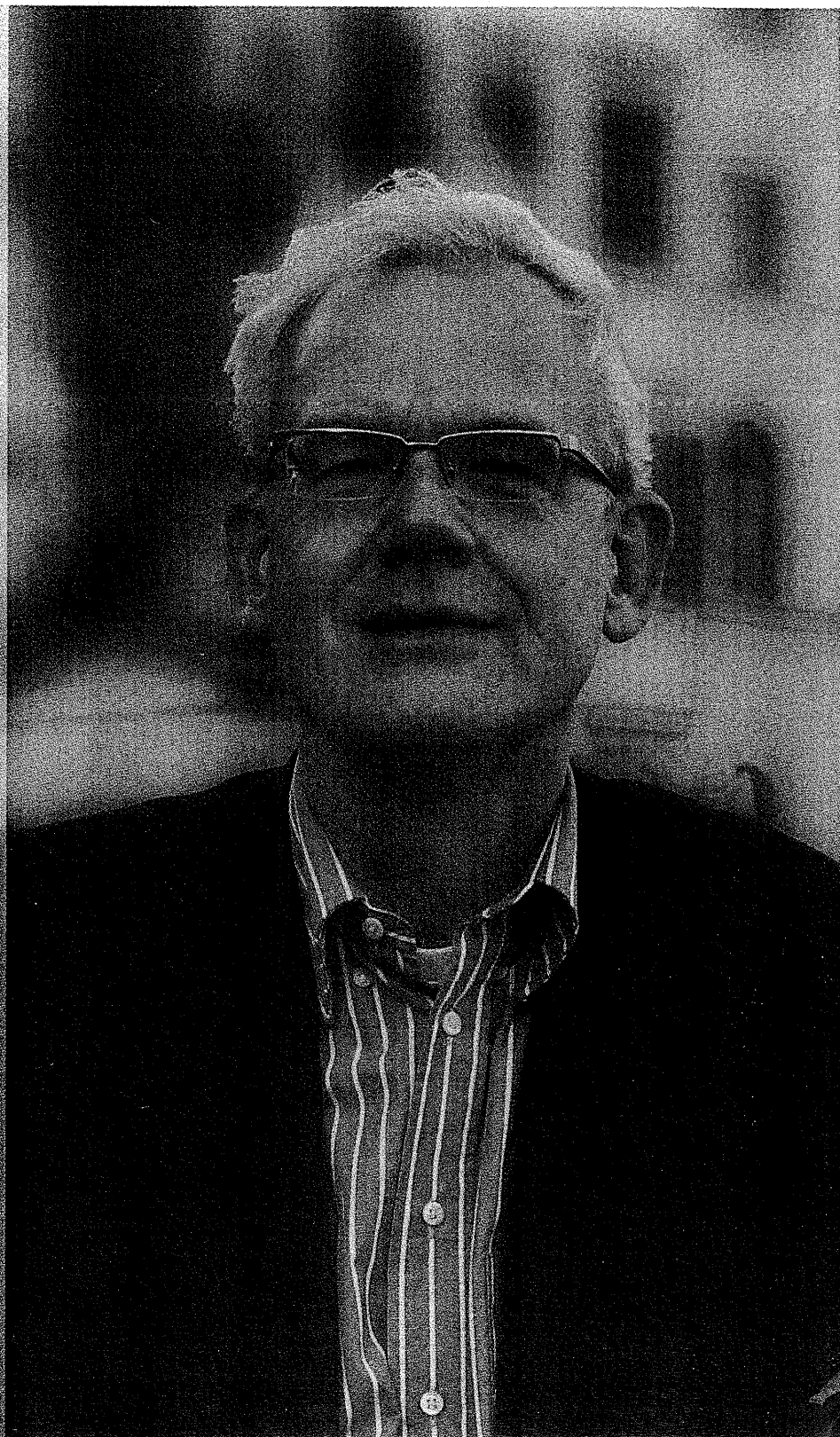
LIBER AMICORUM
MR. ERIC GRABANDT

Redactie:

Mr. M.J.M.T. Keulaerds

Mr. J.P. Heering

Prof. mr. R.P.J.L. Tjittes



(OVER) DE GRENZEN VAN HET RECHT?

HR 10 september 1999, NJ 2003, 94 (Emesa Sugar/Staat)

Mr. G. (Gerard) van der Wal



Eric en ik kennen elkaar sinds 1984 toen ik bij Barents Gasille & Mout kwam. Dat was het begin van achttien jaren samenwerking en collegialiteit. Ons verbond meer dan juridische interesse. We werkten beiden samen met Willy Alexander, we kwamen beiden van 'buiten' (Eric van de balie van Haarlem, ik van Breda), we hadden de ambitie om goed te zijn in ons vak, we hadden gepaste zelfspot en nog veel meer. Maar zeker verbond ons de humor, de grimlach¹ om het menselijk tekort, het plezier om de menselijke factor in het recht en daarbuiten. Toen ik in 1986 verhuisde naar het Brusselse kantoor van (nu) BarentsKrans werd dat niet anders, ook dankzij Erics regelmatige bezoeken aan Brussel.² Ik lever dan ook graag een bijdrage aan dit *Liber Amicorum*, en onderstreep *Amicorum*. Ik zou dat alleen graag zo heel veel jaren later hebben gedaan. Het is een stukje over de *Emesa saga* geworden. Een zaak die alles had om in onze herinnering te blijven: 'het ging ergens over', de politieke componenten, de verrassende wendingen en een rechtsvraag die nog actueel is. En het ging over de Nederlandse Antillen en Aruba, die Eric ook dierbaar zijn. Met Eric in gedachten heb ik het volgende opgeschreven.

1 Maar zeker ook de (schater)lach.

2 Onvergetelijke avonden met Max Keulaerds en Maarten Fruytier.

Inleiding

De trias politica werd door Montesquieu³ geformuleerd in een land en een periode die niet meteen gekenmerkt werden door de *rule of law*,⁴ democratische processen en besluitvorming.⁵ Montesquieu vond zijn ideaal in Engeland en de daar bestaande scheiding der machten (hoewel hij dat wellicht te positief zag). Nederlandse juristen zijn met de trias politica en de scheiding der machten als een bijna vanzelfsprekendheid opgeleid. Die vanzelfsprekendheid lijkt tegenwoordig minder vanzelfsprekend te zijn. Staat die trias politica onder druk? Die vraag lijkt bevestigend te moeten worden beantwoord.⁶ Daarvoor zijn recente voorbeelden. Het rapport 'Onbetwistbaar recht? Juridisering en het evenwicht tussen rechtstaat en democratie'⁷ werd in het NRC Handelsblad gepresenteerd met de zin:

'We hebben de Grondwet, Europese regels en internationale verdragen niet voor niets, maar uiteindelijk dienen ze ertoe – zoals alle wetten, regels en procedures in onze samenleving – dat ons land behoorlijk en deugdelijk wordt bestuurd. Dat is niet de taak van de rechters.'⁸

De schrijvers klagen dat het geldende recht, inclusief de rechterlijke uitleg ervan, soms lijkt te worden verheven tot een doel op zich en dat Europees en internationaal recht soms in de weg staan aan door de wetgever bedachte regels, hetgeen zou duiden op een verschuiving in de verhouding tussen de wetgevende, uitvoerende en rechtsprekende macht. Kennelijk schuilt daar een probleem. Nog een citaat:

'Het is inherent aan de rechterlijke vrijheid dat de rechter ook een rechtsvormende functie heeft, maar als nieuwe rechtsvoorstellen bij voorbaat onhaalbaar worden verklaard of nieuwe besluiten worden onderuitgehaald met een beroep op breed geformuleerde verdragsbepalingen (die daarom al snel van toepassing zijn op specifieke besluiten), dreigt het evenwicht tussen de wetgevende en rechterlijke

3 C.W. van der Pot, Handboek van het Nederlandse staatsrecht, Zwolle: Tjeenk Willink 1972, p. 32-36.

4 Een juweeltje: Tom Bingham, *The rule of law*, Penguin 2011.

5 Ch. de Montesquieu, *L'esprit des lois*, 1748, ten tijde van Lodewijk XIV in Frankrijk.

6 Zie recent: A. Brenninkmeijer, *Unitas politica*, NJB 2012, p. 192-193. Brenninkmeijer signaleert een ontwikkeling van 'trias politica' naar 'duas politica' en vraagt zich af of we evolueren naar 'unitas politica' en signaleert (met voorbeelden) toenemende druk op de onafhankelijke functie van de rechter, afkomstig van een wetgevende en uitvoerende macht waartussen een sterke binding is ontstaan.

7 Teldersstichting (wetenschappelijk bureau van de VVD), januari 2012.

8 J.K. Wiebenga en C. Maas, Het land mag niet geregeerd worden door de rechters, NRC Handelsblad 20 januari 2012.

macht uit balans te raken! De rechters moeten wel rekening houden met hun plaats in het evenwichtsstelsel met de wetgever.’

Deze discussie is niet nieuw⁹ en er zullen altijd politici zijn die menen dat rechters ‘te veel ruimte nemen’, zij het dat dit tot voor kort niet door een regeringspartij van de daken werd geschreeuwd. Het is zeer de vraag of een rechter de scheiding der machten miskent als hij binnen de grenzen van het recht het (aanstaande) handelen van de overheid toetst. Dat maakt meteen duidelijk dat de discussie gaat over die grenzen van het recht: waar liggen die of waar moeten ze worden getrokken? Diezelfde discussie speelde ook in de Emesa-zaak, waarin ik als advocaat ben opgetreden, in cassatie samen met Eric. Ik zeg dat er maar bij: verwacht van mij geen waardevrije wetenschap. Anderzijds ligt de zaak al weer bijna vijftien jaren achter ons; er is voldoende tijd geweest voor reflectie. In de zaak Emesa ging het om de nationale politieke besluitvorming en de toetsing aan het Europese recht door de nationale rechter van een voorgenomen besluit van de Raad van (nu) de Europese Unie.

Voorgeschiedenis

De relaties tussen de Europese Unie en de ‘niet-Europese landen en gebieden welke bijzondere betrekkingen onderhouden’ met de lidstaten waarvan zij (veelal) ooit een overzeesgebiedsdeel waren, worden geregeld in het Vierde Deel van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (hierna: VWEU), dat sinds 1 december 2009 van kracht is.¹⁰

Die landen en gebieden overzee (hierna: LGO) werden er in de loop der jaren steeds minder,¹¹ maar (destijds) de Nederlandse Antillen en thans de individuele eilanden van de voormalige Nederlandse Antillen en Aruba behoorden en behoren tot de LGO. Het doel van de associatie is de bevordering van de economische en

9 En niet beperkt tot Nederland. Zie de recente ophef over Hongarije tegen welk land de Commissie een infractieprocedure (art. 258 VWEU) is begonnen wegens nationale wetgeving die een aantasting vormt van de onafhankelijkheid van de rechterlijke macht en de recente kritische uitlatingen van de Britse eerste minister Cameron over het EHRM, die ook bij Nederlandse politici weerklank hebben gevonden. Zie: Th. Spijkerboer, Het debat over het Europese Hof voor de Rechten van de Mens, NJB 2012, p. 254-262; R. Otte, De rechtstaat is een rustig bezit, NJB 2012, p. 263-268. Otte spreekt over ‘(...) een verbale wapenwedloop tussen de rechterlijke macht en andere standwerkers op de publieke markt waarbij de marktventers om het hardst schreeuwen dat het met het recht zo toberig is gesteld’.

10 Art. 198-204 VWEU betreffende de associatie van de landen en gebieden overzee. Voorheen: Vierde deel van het EEG-Verdrag (1 januari 1958-30 oktober 1993; art. 131-136 bis EEG) en van het EG-Verdrag (1 november 1993-30 november 2009; art. 182-188 EG).

11 Bijlage IV bij het EEG-Verdrag; bijlage II bij het EG-Verdrag en thans: Bijlage II bij het VWEU sommen de verschillende landen op.

sociale ontwikkeling van de LGO en de totstandbrenging van nauwe economische betrekkingen met de Europese Unie. Op grond van (voorheen) artikel 136 EEG en artikel 187 EG en (thans) artikel 203 VWEU stelt de Raad Associatiebesluiten vast om nader invulling te geven aan de voortschrijdende integratie van de LGO in de Europese Unie. Vanaf 1 januari 1991 gold het Zesde Associatie Besluit 91/482/EEG¹² dat bepaalde dat ‘producten van oorsprong’ uit de LGO vrij van douanerechten en maatregelen van gelijke werking in de Gemeenschap ingevoerd mogen worden¹³ en dat op ‘producten van oorsprong’ bij invoer in de gemeenschap geen kwantitatieve beperkingen of maatregelen van gelijke werking mogen worden toegepast. Om een economische ontwikkeling van de LGO te bevorderen, voorzag het Zesde Associatie Besluit in zogenoemde oorsprongsregels die niet alleen LGO-oorsprong verleenden aan producten die daar geheel en al waren verkregen, maar ook aan elders verkregen producten die in de LGO toereikend waren be- of verwerkt. De oorsprongsregels zijn complex en gedetailleerd, maar het kwam er (toen) op neer dat (riet)suiker uit een ACS-land¹⁴ (aldaar verkregen en geraffineerd) LGO-oorsprong verkreeg door relatief eenvoudige industriële bewerkingen, zoals malen (*milling*) in de gewenste korrelgrootte. In het Caribisch gebied liggen naast de (toenmalige) Nederlandse Antillen en Aruba ook enkele rietsuikerproducerende ACS-landen, zoals Trinidad en Tobago. Met rietsuiker uit deze ACS-landen was op Aruba door Emesa een eenvoudige suikerindustrie begonnen en tot ontwikkeling gebracht¹⁵ die voor werkgelegenheid zorgde. Precies wat het LGO-besluit beoogde.¹⁶ We leefden in die tijd nog ten tijde van een Europese landbouwmarktordening voor suiker, die gekenmerkt werd door zeer gedetailleerde regulering, waaronder een hoge Europese marktprijs voor suiker, hoge (prohibitieve) landbouwheffingen op ingevoerde suiker, behoudens enkele uitzonderingen voor rietsuiker ter bevoorrading van de Engelse, Portugese en Franse rietsuikerraffinaderijen. Elke korrel suiker met LGO-oorsprong die onvoorzien en zonder heffingen aan de buitengrenzen in Europa op de markt kwam, zorgde bij de suikerlobby en Europese landbouwambtenaren voor veel onrust en weezin.

12 PbEG L 263 (1991). Sinds 2 december 2001 geldt het Zevende LGO-besluit (Besluit 2001/822/EG; PbEG L 314 (2001) p. 1) dat van kracht is tot 31 december 2013. De Commissie heeft aangekondigd voor juli 2012 met een wetgevingsvoorstel voor een nieuw LGO-besluit te komen (IP/II/230 d.d. 28 februari 2011).

13 Art. 35 en 38 Zesde LGO-besluit.

14 Bepaalde Afrikaanse, Caribische landen en landen in de Stille Oceaan (ten tijde van de Emesa-zaak was het Vierde ACS-EG Verdrag van Lomé d.d. 15 december 1989 van toepassing).

15 Overigens ook op Curaçao.

16 *Mutatis mutandis* ontstond op Curaçao een rijstverwerkende industrie die heeft geleid tot onder meer de arresten HvJ EG (GvEA) 14 september 1995, zaken T-480/93 en T-483/93 (Antillean Rice Mills), Jur. 1995, p. II-2305 en HvJEG 11 februari 1999, zaak C-390/95 P (Antillean Rice Mills), Jur. 1999, p. I-769.

Het duurde dan ook niet lang voordat de zeer beperkte invoer (in absolute hoeveelheden en relatief gelet op de omvang van de Europese suikermarkt) uit Aruba werd gekwalificeerd als een (dreigende) verstoring van de Europese marktordening. In 1993 en 1996 stelde de Commissie daarom aan de Raad voor het LGO-besluit te herzien door de oorsprongsregels aan te scherpen en de invoer van suiker uit de LGO kwantitatief te beperken met de vastlegging van een zeer beperkt quotum. Die voorstellen werden echter door de Raad niet aangenomen: voor LGO-besluiten (dus ook voor wijziging daarvan) vereiste het EEG-Verdrag¹⁷ unanimiteit en die was er niet, omdat Nederland in de bres sprong voor Aruba en weigerde met de voorstellen in te stemmen, nu deze een bedreiging vormden voor de jonge suikerindustrie. De gevlmachtigde ministers van de Nederlandse Antillen en Aruba konden echter niet verhoeden dat Nederland zijn veto uiteindelijk wilde opgeven, hetgeen begin oktober 1997 duidelijk werd.¹⁸ Toen dat aan Emesa bekend werd, dagvaardde Emesa het Koninkrijk der Nederlanden en de Staat in kort geding met de vordering de Staat te verbieden (uitvoering te geven aan het besluit van de Rijksministerraad om) in te stemmen met het voorstel tot herziening van het Zesde LGO-besluit zoals dat voorstel op de agenda stond van de vergadering van de Raad op 6 oktober 1997.¹⁹

De procedure

Deze bijdrage aan het *Liber Amicorum* voor Eric gaat niet over de juridische merites van de argumenten van Emesa. De stelling was – kort gezegd – dat een aanscherping van de oorsprongsregels en de beperkingen op de invoer van suiker met Arubaanse (LGO) oorsprong niet verenigbaar waren met het ‘vergrendelingsmechanisme’. Nederland, de Nederlandse Antillen en Aruba waren het voordien steeds roerend eens geweest dat het EEG-Verdrag niet toestaat ‘dat hetgeen in het kader van de gefaseerde associatie van de LGO tot stand is gekomen ten gunste van de LGO, (...) niet meer kan worden teruggedraaid’.²⁰ Emesa stelde dat de Staat onrechtmatig handelde door mee te werken aan de totstandkoming van een besluit van de Raad tot herziening van het vigerende LGO-besluit die zou resulteren in de schending

17 Art. 136 EEG; idem art. 187 EG en art. 203 VWEU: ‘eenparigheid van stemmen’.

18 Zie voor een beschrijving van het juridische kader van de besluitvorming in de Rijksministerraad: S. Hillebrink, *The Right to Self-Determination and Post-Colonial Governance*, T.M.C. Asser Press, 2008, p. 298 e.v.

19 Het is verleidelijk de *petite histoire* van de nacht van zondag 5 oktober 1997 naar maandag 6 oktober 1997 hier te beschrijven, maar ik laat die toch maar achterwege. Het kortgedingvonnis d.d. 17 oktober 1997, JB 1997/259 geeft daarvan wel een indruk door de verwijzing naar de nachtelijke correspondentie met de minister-president, de Nederlandse Permanente Vertegenwoordiger en de minister van Buitenlandse Zaken van Luxemburg (voorzitter van de Raad).

20 Pres. Rb. Den Haag 17 oktober 1997, JB 1997, 259 (Emesa/Koninkrijk en Staat). Het bestaan van dit ‘vergrendelingsmechanisme’ werd bevestigd in een op verzoek van de Rijksministerraad opgesteld rapport van de drie deskundigen Koopmans, Lauwaars en Posthumus Meyjes, waarnaar het vonnis verwijst.

van dit 'vergrendelingsmechanisme'. Het gaat me nu alleen om de rechtsvraag die in de nationale procedure aan de orde kwam in drie instanties: is er ruimte voor de nationale kortgedingrechter om (indirect) in te grijpen in de besluitvorming van de Raad door aan de lidstaat Nederland op straffe van een dwangsom te verbieden in te stemmen met een ter tafel liggend voorstel voor een Raadsbesluit, waarvan de kortgedingrechter voorlopig oordelend de 'wettigheid'²¹ (ernstig) betwijfelt?

De president van de Rechtbank Den Haag beantwoordde deze vraag bevestigend in het (eerste) kortgedingvonnis.²² Hij overwoog dat de rechter 'grote terughoudendheid (past) in het al of niet tijdelijk buitenwerking stellen van wettelijke maatregelen c.q. het blokkeren van de totstandkoming van beoogde wettelijke maatregelen'. Hij hanteerde in wezen het criterium dat in het nationale recht geldt voor het buitenwerking stellen van wetgeving door de (kortgeding)rechter²³ door te overwegen dat de 'voorgenomen besluitvorming bepaald in strijd (is) met het (EEG) Verdrag en het vergrendelingsmechanisme', en met verwijzing naar de *rule of law* die ook geldt voor lidstaten in hun communautaire besluitvorming. Nadat Nederland had laten blijken niet bereid te zijn zich aan het kortgedingvonnis iets gelegen te laten liggen,²⁴ werd in een tweede kortgedingvonnis²⁵ het verbod aangescherpt en voorzien van een dwangsom van f 500 miljoen. In het tweede vonnis wordt veel verder ingegaan op de (on)verenigbaarheid van het voorgenomen LGO wijzigingsbesluit en wat belangrijker is – geeft de kortgedingrechter aan wat het procedurele toetsingskader naar zijn oordeel moet zijn, voor de vaststelling of hij bevoegd is om (indirect) in te grijpen in de besluitvorming van de Raad. Hij volgt daarbij de in de rechtspraak van het Hof van Justitie bepaalde regels omtrent de bevoegdheid van de nationale (kortgeding)rechter om de geldigheid van een regel van Unierecht te beoordelen en daarvan de uitvoering door nationale instanties van een lidstaat op te schorten, hangende de beoordeling van de wettigheid van de desbetreffende bepaling van Unierecht door het Hof van Justitie.²⁶

21 Art. 227 VWEU (art. 184 EEG (oud); art. 241 EG (oud)).

22 Pres. Rb. Den Haag 6 oktober 1997, JB 1997 m.nt. AWH.

23 De eis van onmiskenbare onverbindendheid: HR 14 april 1989, NJ 1989, 469 m.nt. MS; L.A.D. Keus, De toverformule van de onmiskenbare onverbindendheid en buitenwerkingstelling van wetgeving, wegens strijd met supranationaal recht, in: Mok Aria, Deventer: Kluwer 2002, p. 117.

24 Nog net voor de kortgedinguitspraak was Nederland politiek akkoord gegaan met het voorgestelde besluit. De formele besluitneming zou later volgen.

25 Zie noot 20.

26 HvJ EG 21 februari 1991, zaken C-143/88 en C-92/89 (Zuckerfabrik Süderdithmarschen), Jur. 1991, p. I-415.

Het Gerechtshof Den Haag vernietigde beide kortgedinguitspraken in hoger beroep:²⁷ aan de nationale rechter komt niet de bevoegdheid toe om in te grijpen in de besluitvorming van de Raad door de lidstaat Nederland te verbieden mee te werken aan de totstandkoming van de herziening van het LGO-besluit. Het hof nam de Europese rechtsbescherming tot uitgangspunt: het Hof van Justitie gaat de wettigheid na van de wetgevingshandelingen van de instellingen in de Europese Unie²⁸ nadat deze tot stand zijn gekomen. Een beroep op ongeldigheid kan eerst aan de Europese rechter worden voorgelegd nadat een wetgevingshandeling is vastgesteld. Ook een schorsing door en voorlopige voorziening van de Europese rechter is eerst dan mogelijk.²⁹ Daarmee zou onverenigbaar zijn – aldus het Hof Den Haag – dat de nationale rechter anders dan het Hof van Justitie wel voorafgaand aan de besluitvorming zou kunnen ingrijpen. De verplichting tot ‘gemeenschapstrouw’³⁰ die met zich zou brengen dat schendingen van het Europese recht ook door de nationale rechter moeten worden vermeden, waarop de kortgedingrechter zich in eerste aanleg had beroepen, rust weliswaar ook op de nationale rechter, maar die reikt niet zo ver dat daarop een bevoegdheid kan worden gebaseerd die – aldus de appelrechter – indruist tegen de scheiding der machten tussen (hier) de Raad en het Hof van Justitie.

In cassatie ging het om de vraag of de nationale rechter bevoegd is aan de Staat een verbod op te leggen om mee te werken aan de herziening van het LGO-besluit op de (enkele) grond dat het voorgenomen besluit van de Raad volgens Emesa strijdig zal zijn met het gemeenschapsrecht. De Hoge Raad³¹ bevestigde de redenering van het hof. De nationale rechter is bevoegd – onder de strikte voorwaarden zoals bepaald in de rechtspraak van het Hof van Justitie³² – de tenuitvoerlegging van een gemeenschapshandeling door een lidstaat te schorsen, maar

‘(i)n dit stelsel is geen plaats voor de aanvaarding van een bevoegdheid van de nationale rechter om met een op strijd met het gemeenschapsrecht gebaseerde voorlopige voorziening in te grijpen in het besluitvormingsproces dat voorafgaat aan de totstandkoming van een gemeenschapshandeling (...)’.

27 Gerechtshof Den Haag 20 november 1997, JB 1997 m.nt. AWH.

28 Art. 263 VWEU (art. 173 EEG (oud) en art. 230 EG (oud)).

29 Art. 278-279 VWEU (art. 185-186 EEG (oud); art. 242-243 EG (oud)).

30 Art. 5 EEG (oud), art. 10 EG (oud) en art. 4 lid 3 VEU.

31 HR 10 september 1999 (Emesa/Staat), NJ 2003, 94 en HR 10 september 1999 (Nederlandse Antillen/Staat), NJ 2003, 95 m.nt. J.W. de Zwaan.

32 Zie noot 26.

Die gemeenschapshandeling (de herziening van het LGO-besluit) was op dat moment al lang tot stand gekomen: onmiddellijk na het arrest van het Hof Den Haag.³³ Emesa is ook tegen het vastgestelde herzieningsbesluit in actie gekomen, met een tot de Staat, het Hoofdproductschap voor Akkerbouw (hierna: HPA) en Aruba gerichte kortgedingverbodsvordering bij de Rechtbank Den Haag om – kort gezegd – het herzieningsbesluit toe te passen. De vorderingen tegen de Staat en HPA werden door de kortgedingrechter niet ontvankelijk verklaard, omdat tegen de toepassing van het gewijzigde LGO-besluit een nationale bestuursrechtelijke procesgang openstond. De vordering tegen het land Aruba was wel ontvankelijk en leidde (geheel in lijn met de voorwaarden voor de schorsingsbevoegdheid van de nationale rechter³⁴) tot prejudiciële vragen³⁵ aan het Hof van Justitie over de wettigheid van het gewraakte wijzigingsbesluit. Het Hof van Justitie oordeelde³⁶ dat de aangevoerde argumenten de geldigheid van Besluit 97/803/EG niet kunnen aantasten. Daarmee was de discussie over de totstandkoming van de wijziging van het LGO-besluit beslecht.³⁷

En de rule of law dan?

Degenen die vreesden en vrezen dat de nationale rechter zich hinderlijk zou kunnen gaan uitlaten over de (on)wettigheid van wetgevingsvoorstellen die door de Europese Commissie aan de Raad worden gedaan voordat de Raad heeft beslist, konden na deze uitspraken opgelucht ademhalen. Maar is daarmee het probleem opgelost? Of is er geen probleem?

Het voert hier te ver om de democratische legitimatie van de Europese besluitvorming en de rechtsbescherming uitputtend te analyseren en te beoordelen. Daarover is een interessante polemiek mogelijk. Ik wijs hier alleen op de specifieke situatie van de besluitvorming over de LGO-besluiten. Net als in 1997 onder het EEG-Verdrag is dat ook nu nog het exclusieve domein van de Raad. Volgens de

33 Besluit 97/803/EG d.d. 24 november 1997, PbEG L 329 (1997), p. 50.

34 Zie noot 26. De zelfde voorwaarden gelden voor een voorlopige voorziening gericht tot een 'niet-communautaire autoriteit' (hier: Aruba).

35 Art. 267 VWEU.

36 HvJ EG 8 februari 2000, zaak C-17/98 (Emesa/Aruba), Jur. 2000, p. I-712.

37 Er waren nog twee 'staartjes' van processuele aard: is het gelet op het arrest van het EHRM in de zaak Vermeulen (19075/91) verenigbaar met art. 6 EVRM dat een procespartij in een procedure bij het Hof van Justitie niet schriftelijk (vgl. middels een 'Borger brief') mag reageren op de Conclusie AG? Die vraag kwam aan de orde in de beschikking HvJ EG 4 februari 2000, zaak C-17/98 (Emesa/Aruba), Jur. 2000, p. I-667 en de uitspraak van het EHRM 13 januari 2005 (Emesa/Nederland), 62023/00. Uiteindelijk werd die vraag door het EHRM beantwoord in EHRM 20 januari 2009 (Kokkelvisserij), 13645/05, waaruit volgt dat het EVRM niet wordt geschonden, gelet op de (vrij theoretische) mogelijkheid van heropening van de mondelinge behandeling na een verzoek daartoe van een partij die wil reageren op de Conclusie A-G.

artikelen 136 EEG (oud) en 187 EG (oud) stelde de Raad met unanimiteit de LGO-besluiten vast, derhalve zonder enige vorm van (formele) betrokkenheid van het Europees Parlement.³⁸ Artikel 202 VWEU heeft hierin beperkt verandering gebracht door te bepalen dat de Raad besluit op voorstel van de Commissie en 'wanneer de bepalingen door de Raad volgens een bijzondere wetgevingsprocedure³⁹ worden vastgesteld (...) na raadpleging van het Europees parlement'. In de praktijk betekent dit dat het Europees Parlement, dat voorheen niet (formeel) betrokken werd bij de besluitvorming over de LGO-besluiten nu wel 'geraadpleegd' wordt, maar niet meer dan dat.⁴⁰ De LGO zelf staat (formeel) geheel buiten spel: het gaat hier niet om een associatieovereenkomst, maar om een eenzijdig besluit van de Raad.⁴¹ Zoals in 1997 geldt nog steeds dat de democratische legitimatie van de LGO-besluiten vooral een nationale aangelegenheid van de lidstaten is en moet zijn, die sterk afhangt van de mate waarin de nationale parlementen voorafgaand aan de besluitvorming in de Raad een standpunt bepalen en hun nationale minister van een politieke opdracht en beperkingen voorzien. Op dat terrein is – althans in Nederland – wel vooruitgang geboekt.⁴² Desalniettemin geldt nog steeds dat een eenmaal in de Raad genomen besluit uiteindelijk alleen nog door het Hof van Justitie kan worden getoetst. Indien een nationaal parlement zijn eigen minister na de besluitvorming terugfluit nadat hij met het Raadsbesluit heeft ingestemd, zal dat hooguit politieke gevolgen kunnen hebben voor de betrokken minister, maar niet voor de wettigheid van het besluit van de Raad, ongeacht de eerder gemaakte nationale afspraken of de mate waarin een nationaal belang werd geschaad.⁴³

Problematisch blijft ook de rechtsbescherming van degenen die de wettigheid van het genomen Raadsbesluit wensen aan te vechten. De ontvankelijkheidscriteria van (thans) artikel 263 VWEU zijn ten opzichte van artikel 230 EG (oud) en artikel 173

38 De procedures van art. 189B-189C EEG (oud) en 251-252 EG (oud) waren niet van toepassing.

39 De bijzondere wetgevingsprocedure is een uitzondering op de gewone wetgevingsprocedure van art. 294 VWEU.

40 De raadplegingsvariant van de verschillende bijzondere wetgevingsprocedures wordt vooral gebruikt voor politiek gevoelige zaken waar de verantwoordelijkheid voor beleid vooral bij de lidstaten ligt en waar het VWEU unanimiteit voorschrijft (www.europa-nu.nl: bijzondere wetgevingsprocedures).

41 Zie ook S. Hillebrink (voetnoot 18), p. 288 e.v.

42 Het Nederlandse parlement heeft een commissie voor Europese Zaken die een rol speelt bij de controle van de Tweede Kamer op de besluitvorming door de instellingen van de Europese Unie en het beleid van de regering daarbij controleert. Daarnaast adviseert de commissie Europese Zaken de andere commissies van de Tweede Kamer over Europese regelgeving. De commissie onderhoudt ook contact met het Europees Parlement. Voorafgaand aan iedere vergadering van de Raad zendt de desbetreffende minister de geannoteerde agenda van de Raad aan de desbetreffende vaste Kamercommissie waarin de minister uiteenzet welke standpunten hij ten aanzien van de agendapunten zal innemen. Deze brief wordt besproken in een Algemeen Overleg voor de vergadering van de Raad.

43 A-G Mok erkent dit in zijn Conclusie bij het Emesa-arrest, randnr. 3.5.3.2.

EEG (oud) enigszins versoepeld, doordat niet alleen beroep openstaat voor een natuurlijke of rechtspersoon tegen handelingen die tot hem zijn gericht of die hem rechtstreeks en individueel raken.⁴⁴ Beroep is sinds het van kracht worden van het VWEU ook mogelijk tegen 'regelgevingshandelingen die [een natuurlijke of rechtspersoon] rechtstreeks raken en die geen uitvoeringsmaatregelen met zich brengen'. Het lijkt onwaarschijnlijk dat een (wijziging van een) LGO-besluit als zodanig kwalificeert,⁴⁵ zodat een rechtsingang bij de Europese rechter alleen bestaat als iemand kan aantonen dat hij 'rechtstreeks en individueel' is geraakt door de bestreden handeling, dan wel via de omweg van een nationale verwijzing van prejudiciële vragen⁴⁶ of een schadevordering wegens onrechtmatige wetgeving,⁴⁷ of met een beroep op de exceptie van onwettigheid in enige van deze procedures.⁴⁸ De toetsing door het Hof van Justitie zal in al deze gevallen beperkt blijven tot de gronden genoemd in artikel 263 VWEU, die de wettigheid van de handeling van de instellingen van de Europese Unie betreffen en niet de rechtmatigheid van de nationale besluitvorming voorafgaande aan het besluit op Europees niveau.

De door Emesa gewenste rechterlijke toetsing van de nationale besluitvorming voorafgaande aan die in de Raad is na het arrest van de Hoge Raad niet mogelijk als de gevraagde toetsing de Europeesrechtelijke wettigheid betreft, omdat die pas na afronding van de besluitvorming aan de orde kan komen. Dat neemt niet weg dat die nationale besluitvorming wel op andere gronden kan worden aangevalen.⁴⁹ Als het gaat om wetgeving (in materiële zin) past de rechter daarbij echter terughoudendheid⁵⁰ en wordt daarover (minst genomen) verschillend gedacht. Het maakt dan wel een verschil op welke gronden de vordering die beoogt een besluit te voorkomen, wordt gebaseerd. Als het gaat om procedurele onregelmatigheden of (duidelijk) conflicterende regels,⁵¹ lijkt me minder terughoudendheid op zijn plaats. In het geval de juistheid van de afweging van betrokken belangen wordt betwist, zal

44 Dit zijn de van oudsher bestaande voorwaarden, waarbij vooral het criterium 'individueel geraakt' in de rechtspraak van het Hof van Justitie restrictief werd geïnterpreteerd (HvJ EG 15 juli 1963, zaak 25/62 (Plaumann), Jur. 1963, p. 207).

45 Onder 'regelgevingshandelingen' (art. 263 VWEU) zijn niet begrepen 'wetgevingshandelingen' (art. 289 lid 3 VWEU); GEU 6 september 2011, zaak T-18/10 (Inuit Tapirit), n.n.g. en GEU 25 oktober 2011, zaak T-262/10 (Microban), n.n.g.

46 Art. 267 VWEU.

47 Art. 340 VWEU.

48 Art. 277 VWEU.

49 A-G Mok in zijn conclusie bij het Emesa-arrest wijst daarop (randnr. 3.6.1-3.6.7); Asser-Hartkamp 4-III (2006), nr. 118.

50 Vgl. de eis van onmiskenbare onverbindendheid; zie voetnoot 23.

51 A-G Mok (zie noot 49) noemt als voorbeelden 'vormfouten bij de voorbereiding (...), strijd met een grondrecht, strijd met een volkenrechtelijke verplichting'.

veelal moeten worden uitgegaan van een (grote) beleidsvrijheid en discretionaire bevoegdheid van de overheid. Dit alles is in de jarenlange civiele cassatiepraktijk van Eric zeker aan de orde geweest, zo niet in het zichtbare deel daarvan (het topje van de ijsberg: de zaken waarin hij bij de Hoge Raad als cassatieadvocaat is opgetreden) dan zeker in de cassatieadviezen aan partijen aan wie hij voortprocederen moest ontraden. Omdat de Europeesrechtelijke weg op dit terrein met het Emesa-arrest dood liep, ben ik hierover uitgepraat.

Slot

Er kunnen nog steeds redenen zijn om van een nationale rechter te verlangen kritisch de nationale besluitvorming te toetsen voorafgaand aan de besluitvorming in de Raad, omdat een beoordeling achteraf geen gevolgen meer zal hebben voor de geldigheid van het genomen besluit van de Raad, het zeer de vraag is of (en in ieder geval heel lang gaat duren voordat) het Hof van Justitie zich daarover kan en zal uitlaten en de toetsing van de nationale besluitvorming een andere is of kan zijn dan de toetsing van het door de Raad genomen besluit. De Emesa-casus, of meer algemeen, de besluitvorming over de LGO-besluiten, is geen uitzondering. Met name sinds het ontstaan van de Eurocrisis worden nationale parlementen en belanghebbenden geconfronteerd met verreikende besluiten van de Raad, waar de nationale parlementen alleen de politieke ruimte hebben die zij (tevooren) voor zichzelf in de nationale context (kunnen) opeisen. Echter, genomen besluiten kunnen zij niet terugdraaien. De soms moeizame debatten in de volksvertegenwoordiging nadat de besluiten Europeesrechtelijk zijn genomen en in wezen geen politieke en juridische ruimte meer bestaat om de genomen besluiten af te wijzen of daarvan af te wijken, illustreren dat.

Ik kom terug op de inleiding en de zorg dat de rechter bij een dergelijke toetsing te zeer op de stoel van de wetgever zou gaan zitten. Ik deel die vrees niet en ben van mening dat de rechter wel degelijk een functie kan hebben door in een vroeg stadium de (on)rechtmatigheid van de nationale besluitvorming over een Europees voorstel te toetsen. Gelet op het arrest van de Hoge Raad zal de mogelijke Europeesrechtelijke (on)wettigheid van het voorgestelde besluit van de Raad geen rol spelen, maar dat wil niet zeggen dat de rechter de besluitvorming niet op andere gronden zal kunnen toetsen. De *rule of law* geldt ook voor de nationale besluitvorming over in de Europese arena in te nemen standpunten.