

Het kort geding over het ESM-verdrag

Prof.mr. R.J.B. Schutgens

Voorzieningenrechter Rb. Den Haag 1 juni 2012, LJN: BW7242, *JB* 2012/174
(m.nt. Broeksteeg)

Op 1 juni 2012 vorderden de Kamerleden Wilders en Bontes in kort geding opschorting van de parlementaire goedkeuring van het verdrag over het Europees Stabiliteitsmechanisme (ESM). Het zal weinigen hebben verrast dat deze vordering werd afgewezen. Toch wordt dit kort geding om drie redenen als staatsrechtelijke annotatie opgenomen. Ten eerste is het – bij mijn weten – een unicum dat Kamerleden bij de rechter proberen de parlementaire behandeling van een wet of verdrag te beïnvloeden. Ten tweede: hoewel de uitkomst van dit geding voorspelbaar was, raakt het aan een reeks leerzame toetsingsvragen. Ten derde watertanden docenten van Groningen tot Maastricht van dit soort casuïstiek voor het samenstellen van hun tentamens. (Voor de *Ars Aequi*-lezende student zijn de eerste twee argumenten natuurlijk al voldoende.)

Het Europees Stabiliteitsmechanisme (ESM) – opvolger van het tijdelijke noodfonds EFSF uit 2010 – is een permanent garantiefonds van € 700 miljard, waar alle landen die de euro als munt hebben in deelnemen. Als een van die eurolanden zijn staatsschuld niet meer op de kapitaalmarkt gefinancierd krijgt, kan het onder strikte voorwaarden lenen bij het ESM. Het geleende bedrag wordt dan verstrekt aan het ESM door de andere eurolanden. In het zwartste scenario kán dit Nederland en de andere deelnemers dus miljarden gaan kosten (daarom is het fonds bij sommige parlementariërs zo omstreden). Daar staat tegenover dat het ESM, als het werkt zoals het bedoeld is, kan voorkómen dat de zwakkere eurolanden terechtkomen in een neerwaartse spiraal van oplopende rente en oplopende tekorten, waardoor zij over de rand van een staatsbankroet worden geduwd (daarom zijn veel politici en economen zulke grote voorstanders van het fonds).

Het ESM berust op een verdrag tussen de 17 Eurolanden. De overige Lidstaten van de Europese Unie doen niet mee. Het ESM-Verdrag behoeft goedkeuring van de Staten-Generaal voordat de regering het mag ratificeren. Deze goedkeuring wordt verleend bij wet in formele zin. Het voorstel voor een goedkeuringswet lag bij het aanspannen van dit kort geding bij de Tweede Kamer; het zag ernaar uit, dat het een ruime meerderheid zou verwerven.¹

De eisers vorderen in kort geding een bevel om de behandeling van de goedkeuringswet op te schorten tot na de verkiezingen van 12 september 2012, dan wel een bevel om de goedkeuring en ratificatie van het ESM-Verdrag aan te houden totdat eerst het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU) is gewijzigd. Aan de vorderingen ligt ten grondslag dat de Staat onrechtmatig zou handelen door (a) de goedkeuring te overwegen van een verdrag dat op vijf punten in strijd zou zijn met de Grondwet, het VWEU, internationaal recht en ongeschreven rechtsbeginselen; (b) door de kritiek van de Raad van State en de Rekenkamer op het ESM te negeren en (c) door de goedkeuringswet nog vóór de komende verkiezingen te behandelen, zodat de Nederlandse bevolking zich niet meer over deelname aan het ESM kan uitlaten.

De Rechtbank overweegt:

- 3.1. Wilders c.s. leggen aan hun vorderingen ten grondslag dat de Staat jegens hen onrechtmatig handelt. Daarmee is in zoverre de bevoegdheid van de burgerlijke rechter – in dit geval de voorzieningenrechter in kort geding – tot kennisneming van de vorderingen gegeven.
- 3.2. Vooropgesteld wordt dat de vorderingen van Wilders c.s., die alle in de kern strekken tot aanhouding van de Wetsvoorstellen, zich richten tegen de Staat als wetgever en in essentie neerkomen op een ingrijpen in het wetgevingsproces. Het vaststellen van wetten in formele zin is ingevolge artikel 81 Gw opgedragen aan de regering

1 De goedkeuringswet voor het ESM-Verdrag werd op 24 mei 2012 in de Tweede Kamer aangenomen met 100 stemmen voor en 47 stemmen tegen.

en Staten-Generaal gezamenlijk, waarbij de vraag of, wanneer en in welke vorm een wet tot stand zal komen moet worden beantwoord op grond van politieke besluitvorming en afweging van de daarbij betrokken belangen. De op de Grondwet berustende verdeling van bevoegdheden van de verschillende staatsorganen brengt mee dat de rechter niet mag ingrijpen in deze procedure van politieke besluitvorming. In het arrest van de Hoge Raad van 19 november 1999, *NJ* 2000, 160 wordt in dat verband voorts nog geoordeeld dat de rechter evenmin in de loop van de procedure die tot een wet in formele zin leidt kan ingrijpen, omdat procedurevoorschriften niet in acht zouden zijn genomen. De burgerlijke rechter in kort geding kan enkel (onderdelen van) een wet in formele zin buiten toepassing verklaren indien en voor zover deze onmiskenbaar onverbindend is (zijn) wegens strijd met een ieder verbindende verdragsbepaling (artikel 94 Gw) of met het gemeenschapsrecht. Dit criterium wijst op grote terughoudendheid, temeer nu immers slechts een voorlopig oordeel kan worden gegeven. Deze terughoudendheid vindt haar grond in de hiervoor reeds genoemde scheiding der machten. Het is bij uitstek een taak van de wetgever om alle in het geding zijnde argumenten en belangen tegen elkaar af te wegen. Er is geen plaats voor een eigen, 'volle' afweging door de burgerlijke rechter.

3.3. Hetgeen hiervoor is overwogen brengt mee dat de voorzieningenrechter aan een inhoudelijke beoordeling van de door Wilders c.s. gestelde onrechtmatigheden in het ESM-Verdrag niet toekomt voor wat betreft – samengevat – (i) het ontbreken van rechterlijke controle, (ii) het ontbreken van democratische controle en openbaar toezicht, (iii) de strijd met het begrotingsrecht en (iv) de bevoegdheden van de Minister van Financiën als gouverneur van het ESM. Het voorleggen van de Wetsvoorstellen inzake het ESM-Verdrag (a) kan dientengevolge in dit verband niet als een onrechtmatige handeling van de Staat worden gekwalificeerd. Hetzelfde geldt voor de verwijten van Wilders c.s. dat (b) de Staat de adviezen van de Algemene Rekenkamer en Raad van State naast zich heeft neergelegd en de Tweede Kamer onjuist, onvolledig en gekleurd heeft geïnformeerd. Alle hiervoor genoemde onrechtmatigheden c.q. bezwaren van Wilders c.s. zijn immers onderwerp van het politiek debat dat binnen het wetgevingsproces over het ESM-Verdrag reeds is of nog zal worden gevoerd door de huidige volksvertegenwoordigers in welk proces de rechter niet kan ingrijpen. Dit kan de rechter evenmin wanneer zich onjuistheden in voornoemd proces zouden hebben voorgedaan. Voor zover Wilders c.s. zich in dit verband nog hebben beroepen op onrechtmatigheden wegens strijd met de Grondwet staat artikel 120 Gw aan een inhoudelijke toetsing door de (voorzieningen)rechter in de weg.

3.4. Voor zover Wilders c.s. met verwijzing naar de onder 3.3 genoemde onrechtmatigheden hebben betoogd dat de Staat, althans het kabinet, onrechtmatig handelt door (c) de behandeling van de Wetsvoorstellen niet aan te houden tot na de in september 2012 geplande verkiezingen, zodat de Nederlandse bevolking zich kan uitlaten over het ESM-Verdrag overweegt de voorzieningenrechter het volgende. De leden van de Tweede Kamer worden rechtstreeks door de (kiesgerechtigde) Nederlandse bevolking gekozen en zij vertegenwoordigen deze bevolking bij de uitoefening van hun functie. Daarin treedt geen wijziging op als – zoals thans het geval is – een kabinet demissionair wordt. De Tweede Kamer stelt, nadat een kabinet demissionair is geworden, een lijst op met wetsvoorstellen die controversieel worden verklaard. De onderwerpen die op die lijst staan worden uitgesteld totdat er een nieuw kabinet is gevormd. De Wetsvoorstellen staan echter niet op deze lijst en zijn inmiddels door de huidige rechtstreeks gekozen leden van het parlement (de Tweede Kamer) behandeld en door een meerderheid daarvan aanvaard (zie onder 1.10). Gelet op de hiervoor bedoelde functie die de Tweede Kamer ten opzichte van de Nederlandse bevolking vervult moet het ervoor worden gehouden dat de bevolking zich aldus over het ESM-Verdrag heeft kunnen uitlaten. De onrechtmatigheid die Wilders c.s. de Staat (i.e. het kabinet) hier verwijten valt daarom niet in te zien. In de artikelen van het UVRM en IVBPR waarop Wilders c.s. in dit verband nog een beroep hebben gedaan staat – samengevat – dat burgers het recht hebben om te stemmen en gekozen te worden via eerlijke en periodieke verkiezingen, met algemeen kiesrecht en de verkiezingen moeten worden gehouden bij geheime stemming. Van schending van de hier bedoelde

grondbeginselen is in deze context aldus geen sprake. Een en ander laat onverlet dat de Tweede Kamer inmiddels ingestemd heeft met de Wetsvoorstellen en dat behandeling in de Eerste Kamer (op de samenstelling waarvan de in september 2012 te houden verkiezing geen invloed heeft) nog moet plaatsvinden.

3.5. De voorzieningenrechter overweegt in aanvulling op hetgeen onder 3.3 is geoordeeld ten aanzien van hetgeen Wilders c.s. hebben aangevoerd over (iv) de positie van de Minister van Financiën het volgende. De door Wilders c.s. in dit verband nog gestelde strijd met artikel 26 IVBPR en artikel 1 UVRM gaat naar voorlopig oordeel niet op. Deze artikelen bepalen – samengevat – dat alle mensen gelijk zijn voor de wet en allen zonder discriminatie aanspraak op gelijke bescherming door de wet hebben. Er wordt aldus beoogd iedere burger (wettelijk) gelijke rechten en een gelijke behandeling in gelijke gevallen toe te kennen. De in deze artikelen neergelegde norm wordt derhalve in het hiervoor door Wilders c.s. geschetste kader niet geschonden. Voornoemde verdragsbepalingen laten onverlet dat aan intergouvernementele organisaties en de personen die aldaar werkzaam zijn immuniteit kan worden verleend – hetgeen veelal in de oprichtingsverdragen van deze organisaties is neergelegd – die noodzakelijk is voor de vervulling van hun functies. Hetgeen vanzelfsprekend niet wegneemt dat de Minister van Financiën verantwoording aan de Eerste en Tweede Kamer zal moeten afleggen voor zijn doen en laten bij de vervulling van zijn taken.

3.6. Onderzocht dient nog te worden de door Wilders c.s. gestelde onrechtmatigheid, bestaande uit (v) onverenigbaarheid van het Wetsvoorstel inzake de Goedkeuring van het ESM-Verdrag met de no-bail out clause van artikel 125 VWEU. Hier wordt aan de orde gesteld strijd van een wetsvoorstel met het gemeenschapsrecht dat directe werking heeft. De voorzieningenrechter komt dan toe aan toetsing aan dat artikel bij een dreigende onrechtmatige daad, in casu bestaande uit het indienen van een wetsvoorstel dat onverenigbaar zou zijn met artikel 125 VWEU. Desgevraagd heeft de Staat ter zitting toegelicht dat een wijziging van het VWEU op dit punt (in de vorm van een nieuw lid 3 bij artikel 136 VWEU) is voorgesteld om iedere discussie daarover te voorkomen en iedere onduidelijkheid daaromtrent weg te nemen. Volgens de Staat bood het VWEU echter reeds voldoende ruimte voor de in het ESM-Verdrag neergelegde afspraken. In de Memorie van Toelichting op het Wetsvoorstel inzake de Goedkeuring van het ESM-Verdrag is daarover opgenomen dat het ESM-Verdrag geen bepalingen kent die tot doel hebben aan het VWEU te derogeren (zie onder 1.8). In de Nota naar aanleiding van het verslag betreffende het Wetsvoorstel inzake de Goedkeuring van het Besluit van de Europese Raad (zie onder 1.9) is in dit verband verder opgemerkt dat van strijd met artikel 125 VWEU geen sprake is en een andere uitleg van dit artikel de doelstellingen van de Europese Unie in gevaar zou brengen. Gelet op voornoemde toelichting door de Staat en hetgeen hierover is opgenomen in voornoemde Memorie van Toelichting en Nota naar aanleiding van het verslag is naar voorlopig oordeel geen sprake van een (voorstel tot) wet in formele zin die onmiskenbaar onverbindend is wegens strijd met het gemeenschapsrecht.

3.7. De door Wilders c.s. ingenomen stellingen kunnen gelet op het vorenstaande derhalve niet tot het oordeel leiden dat de Staat onrechtmatig heeft gehandeld, zodat de door hen ingestelde vorderingen zullen worden afgewezen.

Noot

Deze zaak bevat een hele reeks interessante staatsrechtelijke vraagstukken. Uit didactische overwegingen worden die hieronder in een iets andere volgorde behandeld dan in de overwegingen van de kortgedingrechter. Ik ga in (1) op het verschijnsel *Organstreitigkeiten*, (2) op de (on)mogelijkheid van rechterlijke bevelen aan de wetgever, (3) op procedurele bezwaren die samenhangen met

de demissionaire status van het kabinet en op inhoudelijke bezwaren tegen het ESM-Verdrag van (4) nationale en van (5) bovennationale aard.

1 *Organstreitigkeiten* bij de Nederlandse rechter

Voor het eerst in onze parlementaire geschiedenis vragen twee Kamerleden de rechter om het besluitvormingsproces in hun eigen parlement bij te sturen. In sommige andere Europese landen is dit soort rechtspraak heel gewoon. Zo is het Duitse *Bundesverfassungsgericht* grondwettelijk bevoegd om geschillen tussen de hoogste Bondsorganen – parlementariërs, regering, president – te beslechten.² Men spreekt wel van *Organstreitigkeiten*. In Duitsland bewaakt dus de rechter de spelregels voor de verhouding tussen de hoogste staatsorganen. Zo kan het *Bundesverfassungsgericht* beoordelen of de *Bundestag* rechtmatig is ontbonden, of het parlementaire spreekrecht van een minderheidsfractie voldoende wordt gerespecteerd, of een kiesdrempel van 5% toelaatbaar is, et cetera.

Het geschil tussen Wilders en Bontes enerzijds en de regering anderzijds is een Nederlands voorbeeld van zo'n *Organstreitigkeit*. Het lijkt mij kwestieus of de Nederlandse rechter hierin kan worden betrokken. Weliswaar stelden Wilders en Bontes dat de Staat een onrechtmatige daad dreigde te begaan, zodat de burgerlijke rechter bevoegd was op grond van de objectum litis-leer,³ maar volgens mij had de rechter de eisers niet-ontvankelijk moeten (of kunnen) verklaren.

In een civiele procedure is de eiser pas ontvankelijk als hij 'voldoende belang' heeft bij zijn vordering, zie artikel 3: 303 BW. Vroeger nam de burgerlijke rechter aan, dat de eiser ook echt een *civielrechtelijk* belang moest hebben: de vordering moest bijvoorbeeld voorkomen dat de eiser schade zou lijden of eigendom zou verliezen. Tegenwoordig gaat de burgerlijke rechter soepeler met het belangvereiste om. Een *zuiver* civielrechtelijk belang is niet meer nodig. Zo is de Staat – onder voorwaarden – ontvankelijk in een civielrechtelijke vordering met het doel om een burger te dwingen zich aan een algemeen verbindend voorschrift te houden. Toch meen ik dat deze soepele omgang met het belangvereiste nog niet hoeft te betekenen dat er helemaal geen grenzen meer worden gesteld aan de belangen die bij de burgerlijke rechter worden gehandhaafd. Het belang van Wilders en Bontes bij deze procedure was, regering en Kamers tijdens de wetsprocedure de regels van het staatsrecht zorgvuldig toe te

laten passen. Dat belang wordt in ons land traditioneel door de politieke ambten zelf bewaakt. Het betrekken van de rechter in deze kwestie is zo'n wezenlijke breuk met onze parlementaire traditie, dat het naar mijn idee een rechtsbasis in de Grondwet vereist. De kortgedingrechter had dus best kunnen redeneren dat het belang van een zuivere wetsprocedure zó ver verwijderd is van de belangen die van oudsher bij de burgerlijke rechter behartigd kunnen worden, dat niet is voldaan aan artikel 3: 303 BW.⁴

Misschien is mijn visie wat ouderwets. In ieder geval denkt de kortgedingrechter er anders over en gaat hij over tot een inhoudelijke beoordeling.

2 Bevelen aan de wetgever: het *Waterpakt*-arrest

Bij rechterlijke toetsing van wetgeving en verdragen moeten twee kwesties goed worden onderscheiden: (1) Aan welke normen mag de rechter toetsen? (2) *Als* de rechter mag toetsen en daarbij concludeert dat een wet in strijd is met een hogere norm, welke uitspraakbevoegdheden heeft hij dan?

(1) De rechter mag wetten noch verdragen toetsen aan de Nederlandse Grondwet, het Statuut en ongeschreven rechtsbeginselen.⁵ Wel mag hij alle in Nederland geldende wettelijke voorschriften toetsen aan een ieder verbindende verdragsbepalingen en aan EU-recht.⁶

(2) Als de rechter constateert dat een formele wet in strijd is met een verdrag of met EU-recht, dan mag hij daar slechts beperkte conclusies aan verbinden. Hij mag de betreffende bepaling buiten toepassing laten,⁷ hij mag andere overheidsorganen bevelen om de bepaling niet meer toe te passen en hij mag de Staat veroordelen tot vergoeding van de schade die de onjuiste bepaling heeft veroorzaakt.⁸ Volgens het *Waterpakt*-arrest mag de rechter nooit de wetgever bevelen om een wet uit te vaardigen, aan te passen of in te trekken.⁹ De reden die de Hoge Raad daarvoor geeft is 'dat de vraag of wetgeving tot stand moet worden gebracht (...) noopt tot een afwijking van vele belangen, ook van niet bij een procedure als de onderhavige betrokken partijen, en een politieke beoordeling vergt, waarin de rechter niet kan treden'. De rechter mag dus wel constateren dat een wet of het niet uitvaardigen daarvan in strijd is met verdragen of EU-recht, maar de beslissing of de wetgever optreedt om die onrechtmatigheid te repareren, is uitsluitend aan de wetgever zelf.

2 Art. 93, lid 1 sub 1 Grundgesetz.

3 HR 31 december 1915, *NJ* 1916, p. 407 (*Guldemon/Noordwijkerhout*).

4 De eisers hebben er waarschijnlijk rekening mee gehouden dat de rechter een niet-ontvankelijkverklaring zou overwegen, want zij stellen dat zij optreden als gekozen volksvertegenwoordigers, maar ook 'in hun hoedanigheid van Nederlandse staatsburgers'. Zij stellen dus op te treden als Kamerlid én als gewone burger. Ook als gewone burgers zijn zij mijns inziens niet-ontvankelijk, omdat het belang van het tegengaan van een

beweerdelijk onrechtmatig verdrag met grote consequenties voor de staatsfinanciën dusdanig diffuus van aard is, dat het zeker niet door individuele burgers, en waarschijnlijk evenmin door een ideële organisatie in rechte kan worden behartigd.

5 Art. 120 Gw, uitgelegd in HR 14 april 1989, *NJ* 1989, 469 (*Harmonisatiewet arrest*).

6 Art. 94 Gw resp. HvJ EG 15 juli 1964, zaak 6/64, *Jur.* 1964, p. 1199 (*Costa/ENEL*).

7 Gelet op de formulering van art. 94 Gw moet hij bij geconstateerde strijdigheid buiten toepassing laten, maar in de praktijk doet hij dat niet altijd,

omdat het soms niet goed mogelijk is, zie bijv. HR 12 mei 1999, *BNB* 1999, 271.

8 HR 16 november 2001, *AB* 2002, 25 (Whv).

9 HR 21 maart 2003, *NJ* 2003, 691 (*Waterpakt*). In dit arrest werd strikt genomen alleen besloten dat de rechter de wetgever niet mag bevelen om een wet uit te vaardigen. Een bevel tot aanpassing of intrekking is echter in feite een bevel om een aanpassings- of een intrekkingwet tot stand te brengen. De onbevoegdheid daartoe ligt dus in het *Waterpakt*-arrest besloten.

In dit kort geding vorderen de eisers geen verbod op het aannemen van een goedkeuringswet, maar slechts een bevel om de behandeling daarvan op te schorten. Het gaat om uitstel, niet om afstel. Naar de letter gaat het *Waterpakt*-arrest daar niet over, maar toch had de kortgeding-rechter op grond van dat arrest het gevraagde verbod naar alle waarschijnlijkheid nooit kunnen geven. Immers, als alleen de politieke ambten zelf mogen beantwoorden of er van de wetgevende bevoegdheid gebruik wordt gemaakt, lijkt dat toch te impliceren dat ook alleen die ambten mogen besluiten wannéér van die bevoegdheid wordt gebruikt – al is het maar omdat de grens tussen uitstel en afstel in de praktijk niet zo scherp is. De Haagse rechter had dan ook een inhoudelijke beoordeling van de zaak kunnen vermijden door te overwegen dat het gevorderde nooit kan worden toegewezen. Enigszins verrassend is dat hij die weg niet volgt. In plaats daarvan beziet hij per aan-gevoerde onrechtmatigheidsgrond, of hij die inhoudelijk mag beoordelen (kwestie 1 hierboven) en daar waar hij dat mag, verricht hij een (marginale) inhoudelijke toetsing van het wetsvoorstel en het verdrag (zie de punten 3, 4 en 5 hierna).

3 Rechtsplicht tot opschorting van besluitvorming tot na de verkiezingen?

Volgens de eisers is het onrechtmatig dat het kabinet (eigenlijk: de regering) het goedkeuringswetsvoorstel bij de Tweede Kamer heeft ingediend, in plaats van daarmee te wachten tot na de verkiezingen. De Nederlandse bevolking zou nu onrechtmatig worden beroofd van de mogelijkheid om zich via de stembus over het ESM-Verdrag uit te spreken. Deze stelling berust op de gedachte dat er een rechtsregel zou zijn, volgens welke de behandeling van bepaalde wetsvoorstellen niet is toegestaan als het kabinet demissionair is of als er verkiezingen zijn aangekondigd. In r.o. 3.4 verwerpt de rechter dat terecht. Een dergelijke rechtsregel bestaat niet.

In de overgangsfase van het ene naar het andere kabinet geldt er wel een speciale regel voor het kabinet. Als dat zijn ontslag aanbiedt, zoals het Kabinet-Rutte heeft gedaan, dan neemt de Koningin dat ontslag in overweging totdat er een nieuw kabinet is gevonden. In de tussentijd vraagt zij de ministers en staatssecretarissen al datgene te blijven verrichten wat zij in het belang van het land noodzakelijk achten. Het oude kabinet wordt dan ‘demissionair’. Voor een demissionair kabinet wordt aangenomen dat het terughoudend moet zijn met het nemen van maatschappelijk controversiële regeringsbesluiten. Zonodig kunnen de Kamers het kabinet daarop aanspreken en desnoods een demissionaire minister naar huis sturen.

Anders dan Wilders en Bontes menen (zie r.o. 3.4, eerste zin) hoeft een demissionair kabinet niet terughoudendheid te zijn met de indiening van wetsvoorstellen. Als een van beide Kamers over een wetsvoorstel niet in overleg wil treden met het demissionaire kabinet, kan die Kamer

eenvoudig zélf de behandeling aanhouden. (Een meerderheid in) de Kamer ‘verklaart’ het betreffende dan ‘controversieel’. Ten aanzien van de goedkeuringswet voor het ESM-Verdrag is dat niet gebeurd. De Kamer is daarom gewoon tot behandeling bevoegd.

Is de kiezer daardoor dan niet de mogelijkheid ontgenomen om de besluitvorming over het ESM met zijn stem te beïnvloeden? Jawel, maar dat is niet onrechtmatig. In een vertegenwoordigende democratie komt dat wel vaker voor. De maatschappelijke problemen waarmee regering en Kamer geconfronteerd worden, zijn immers nooit vooraf te voorzien, laat staan de verschillende oplossingen die daarvoor overwogen zouden kunnen worden. De kiezer brengt zijn stem uit op de partij of de persoon van wie hij denkt dat die namens hem de beste keuzes zal maken. Als de gemaakte keuzes niet bevallen, kan hij bij nieuwe verkiezingen naar een ander overstappen.¹⁰ Zo bezien is de overweging van de rechter ‘dat het ervoor [moet] worden gehouden dat de bevolking zich over het ESM-Verdrag heeft kunnen uitlaten’ (r.o. 3.4) een wat ongelukkige fictie. De kiezer heeft zich daarover natuurlijk helemaal niet kunnen uitlaten, maar de regels van ons staatsrecht vereisen dat ook niet.

Wel zou de Kamer vrijwillig kunnen besluiten de goedkeuring van het ESM-Verdrag (of een ander gevoelig onderwerp) uit te stellen om dat onderdeel te maken van de verkiezingsstrijd. Sommigen zien daarin wellicht een politieke fatsoensregel – maar zelfs daarop valt af te dingen. Kamerleden mogen in een vertegenwoordigende democratie best hun nek uitsteken door over gevoelige thema’s beslissingen te nemen in het vertrouwen dat zij dat aan de kiezer kunnen uitleggen.

4 Inhoudelijke bezwaren tegen de goedkeuringswet en het ESM: nationaal recht

De eisers komen met een reeks aan het nationale staatsrecht ontleende bezwaren tegen (a) het ESM-Verdrag, dat onrechtmatig zou zijn, zodat (ook) de wettelijke goedkeuring daarvan onrechtmatig zou zijn en tegen (b) de procedure die wordt gevolgd bij de behandeling van de goedkeuringswet.

De inhoudelijke bezwaren hangen samen met het feit dat het ESM-bestuur – de ministers van financiën van de deelnemende landen – de eurolanden kan verplichten om grote bedragen ter beschikking te stellen, waarbij die besluiten van het ESM niet toetsbaar zijn voor de nationale rechter en de ministers die het besluit nemen immuniteit genieten. Deze gang van zaken zou in strijd zijn met grondwettelijke regels en (daaruit af te leiden) rechtsstatelijke beginselen als de controle door de onafhankelijke rechter, de ministeriële verantwoordelijkheid en het parlementaire begrotingsrecht. Het procedurele bezwaar komt erop neer dat de regering de kritiek van de Raad van State en de Rekenkamer op het ESM ten onrechte naast zich neer heeft gelegd.

¹⁰ Het is dus ook niet juist dat beslissen vooraf de kiezer iedere invloed ontnemt: als er werkelijk

veel kiezers mordicus tegen het ESM-Verdrag zijn, dan zullen de partijen die er toch voor stem-

men dat merken in de verkiezingsuitslag van 12 september 2012.

Naar de letter verbiedt artikel 120 Gw de rechter slechts om de grondwettigheid van ‘wetten en verdragen’ te beoordelen. Over wetsvoorstellen of nog te ratificeren verdragen zegt het artikel niets. In theorie biedt dat fraaie mogelijkheden. Als een wet nog in de ontwerpfase verkeert, zou een belanghebbende het wetsontwerp wel door de rechter kunnen laten toetsen. De rechter zou dan kunnen verbieden om een wetsvoorstel verder te behandelen en zo zou via de achterdeur een stelsel van constitutionele toetsing zijn ingevoerd. Het bezwaar van deze letterlijke benadering van artikel 120 Gw is natuurlijk, dat daarmee het doel van het toetsingsverbod wordt ondergraven. Dat doel is, de wetgever het laatste woord te geven over de vraag of formele wetten en verdragen in overeenstemming zijn met nationale rechtsregels en -beginselen. Daarom heeft de Hoge Raad in het arrest over de gemeentelijke herindelings van Tegelen (HR 19 november 1999, NJ 2000, 160) het toetsingsverbod in de tijd uitgebreid: artikel 120 Gw beschermt ook wetsvoorstellen tegen rechterlijke toetsing aan het nationale recht. Zou dat niet het geval zijn, dan wordt die toetsing volgens de Hoge Raad ‘in feite (...) onttrokken aan de beoordeling door de formele wetgever.’ Het wetsvoorstel tot goedkeuring van het ESM-Verdrag geniet dan ook de bescherming van artikel 120 Gw. Daarom komt de rechter niet toe aan een inhoudelijke beoordeling van de vraag of het voorstel in strijd is met nationaal recht zoals het begrotingsrecht (art. 105 Gw), ongeschreven staatsrechtelijke beginselen en de vraag of procedurefouten zijn gemaakt door de kritiek van adviesorganen te negeren (r.o. 3.3).

5 Inhoudelijke bezwaren tegen het ESM: internationaal en Europees recht

De rechter geeft wel een inhoudelijk oordeel over de ‘bovennationale’ argumenten. In r.o. 3.5 en 3.6 toetst hij aan artikel 26 IVBPR en aan EU-recht. Inderdaad verbiedt het Tegelen-arrest deze beoordeling strikt genomen niet, omdat het slechts het verbod op toetsing van wetten aan nationale regels (art. 120 Gw) van overeenkomstige toepassing verklaart op wetsvoorstellen. Dat laat de mogelijkheid open om wetsvoorstellen te toetsen aan internationaal en Europees recht.

De rechter onderzoekt in r.o. 3.5 en 3.6 of het ESM-Verdrag in strijd is met internationaal of EU-recht, niet of de goedkeuringswet dat is. Veel maakt dat niet uit, want als het ESM-Verdrag inderdaad onrechtmatig is wegens strijd met (ander) bovennationaal recht, dan is het goedkeuren daarvan natuurlijk ook onrechtmatig.

5.1 Toetsing van verdragen aan verdragen?

Het ESM-Verdrag verleent de Minister van Financiën als bestuurslid van het ESM immuniteit voor gerechtelijke vervolging. Volgens eisers is dit in strijd met het gelijkheidsbeginsel van artikel 26 IVBPR, omdat gewone

burgers zulke voorrechten niet genieten. Het is nog geen eenvoudige vraag of een verdrag als het ESM kan worden getoetst aan een ander verdrag zoals het IVBPR. Volkenrechtelijk is de hoofdregel dat verdragen van gelijke rang zijn. De staten die partij zijn bij verdrag A mogen daarom in beginsel een verdrag B sluiten, dat als een *lex specialis* afwijkt van verdrag A. Bovendien mogen ook enkele van de staten die partij zijn bij verdrag A, voor hun onderlinge verhouding een verdrag B sluiten, dat afwijkt van verdrag A, zie artikel 30 lid 4 sub a van het Verdrag van Wenen. Zelfs al zou het verlenen van de – vrij beperkte – immuniteit aan de Minister van Financiën in strijd zijn met artikel 26 IVBPR, dan moet waarschijnlijk toch worden aangenomen dat de partijen bij het ESM-Verdrag bevoegd zijn om voor hun onderlinge verhoudingen van die bepaling af te wijken.¹¹ Deze kwestie is echter wat theoretisch, want zoals de rechter terecht overweegt wordt er in het internationale verkeer met enige regelmaat – en om begrijpelijke redenen¹² – immuniteit verleend aan functionarissen die in internationaal verband opereren. Volkenrechtelijk is dit dus een normale praktijk, die überhaupt niet in strijd is met het IVBPR.¹³

5.2 Toetsing van het ESM-Verdrag aan bestaand EU-recht?

Eisers’ spannendste stelling is dat de goedkeuringswet onrechtmatig is omdat het ESM in strijd zou zijn met de *no bailout*-clausule van artikel 125 VWEU. Op grond van die clausule zijn lidstaten niet aansprakelijk voor de schulden van andere lidstaten. Deze clausule is ooit in het EG-Verdrag opgenomen om de Lidstaten in te wrijven dat zij ook binnen een steeds hechtere Unie zelf hun begroting op orde moeten houden en er niet op moeten rekenen dat andere landen wel zullen bijspringen. Dat is natuurlijk precies wat het ESM wél doet. Bij het instellen van het eerdere, tijdelijke noodfonds EFSF – de voorganger van het ESM – zijn al discussies gevoerd over de verenigbaarheid van een dergelijk noodfonds met de *no bailout*-clausule. Toen is voor alle zekerheid besloten een wijziging van het VWEU in gang te zetten zodat die rechtmatigheid buiten kijf komt te staan. Deze verdragswijziging is echter nog niet voltooid.

De eisers vinden het ESM-Verdrag in strijd met het bestaande VWEU, vooral artikel 125 daarvan, en zij vorderen aanhouding van de goedkeuring van het ESM-Verdrag totdat het VWEU zodanig is gewijzigd dat het de oprichting van het ESM wel toestaat.

Deze toetsingsvraag is op zich een heel artikel waard, waarvoor hier de ruimte ontbreekt (en die ook beter kan worden geanalyseerd door een ‘Europeaan’). Ik stip slechts enkele gezichtspunten aan.

Om te beginnen zou men wellicht op grond van het algemene volkenrecht kunnen denken dat de 17 eurolanden samen een verdrag kunnen sluiten dat voor hun onderlinge verhouding derogeert aan het VWEU (zie hiervoor onder 5.1). Het EU-recht is echter een autonome rechts-

11 Het gelijkheidsbeginsel wordt immers niet beschouwd als onderdeel van het *ius cogens*.

12 Vgl. EHRM 18 februari 1999, app.nr. 26083/94 (*Waite en Kennedy t. Duitsland*), r.o. 63.

13 Overigens is er ook geen sprake van gelijke gevallen.

orde, waarvan de gelding niet door besluiten van de Lidstaten kan worden beperkt.¹⁴ Bovendien zijn de Lidstaten krachtens het beginsel van de Unietrouw (art. 4 lid 3 EU) verplicht, om het EU-recht loyaal toe te passen en uit te voeren. Daarmee is niet te rijmen dat enkele Lidstaten met een onderling verdrag delen van het Unierecht buiten werking zouden mogen stellen. Als het ESM-Verdrag in strijd is met artikel 125 VWEU dan handelen de deelnemende staten dus wel degelijk onrechtmatig als zij niet eerst het VWEU aanpassen voordat zij het ESM-Verdrag ratificeren.

Een heikel punt is vervolgens de vraag, of de Nederlandse rechter mag toetsen aan artikel 125 VWEU. De nationale rechters mogen tegenover de burger uitsluitend Unierechtelijke bepalingen toepassen die *direct effect* hebben. Voor *direct effect* is volgens het Luxemburgse Hof vereist dat de bepaling inhoudelijk gezien onvoorwaardelijk en voldoende nauwkeurig is om aan burgers rechten toe te kennen. Nu is artikel 125 VWEU weliswaar behoorlijk duidelijk en onvoorwaardelijk, maar het lijkt niet bedoeld om aan individuele burgers rechten of aanspraken te verlenen. De bepaling regelt op de eerste plaats de financiële verhoudingen tussen de Lidstaten onderling. Het is dan ook niet onmogelijk dat de bepaling door het Luxemburgse Hof zou worden aangemerkt als een bepaling zonder *direct effect*. In dat geval kan de nationale rechter haar niet toepassen, laat staan er een ander verdrag aan toetsen. Mochten de eisers nog een bodemprocedure aanspannen – zoals zij in de media aankondigden – dan zou de vordering mogelijk kunnen afstuiten op het ontbreken van *direct effect*.

Zou de bodemrechter de bepaling (ooit) wél als *direct* werkend tegenover burgers aanmerken (zoals de Haagse kortgedingrechter impliciet doet), dan is de vraag of het

ESM-Verdrag ermee in strijd is. Daarover lijken de meningen verdeeld, ook onder Unierechtelijke specialisten. De belangrijkste argumenten die naar voren worden gebracht voor de stelling dat het ESM Unierechtelijk wél door de beugel zou kunnen, zijn ten eerste, dat artikel 125 VWEU uitsluitend zou tegengaan dat de Lidstaten *tegen hun wil* de schulden van een andere Lidstaat moeten overnemen, zodat de vrijwillige deelname aan het ESM daardoor niet verboden zou worden. Ten tweede wordt wel gezegd dat de constructie van het ESM niet in strijd zou zijn met het *bailout*-verbod omdat de deelnemende landen strikt genomen geen schulden overnemen van andere landen, maar slechts geldt uitlenen aan het Europees Stabiliteitsfonds, dat op zijn beurt leningen verstrekt aan landen in moeilijkheden. Beide argumenten lijken in het licht van de ratio van artikel 125 VWEU toch op zijn minst aanvechtbaar.¹⁵

In ieder geval is deze kwestie buitengewoon lastig. Als de kortgedingrechter serieus had willen toetsen, had hij natuurlijk een prejudiciële vraag moeten stellen aan het Luxemburgse Hof. In plaats daarvan neemt hij (in r.o. 3.6) vrij gemakkelijk genoegen met de (nogal dunne) redenering in de Memorie van Toelichting op grond waarvan er geen sprake zou zijn van strijd met artikel 125 VWEU. Nu kon hij zich ook zo gemakkelijk van deze netelige vraag afmaken, omdat bij wetstoetsing in kort geding de ‘onmiskkenbaarheidseis’ geldt: de burgerlijke rechter geeft partijen pas de gevraagde voorziening als de aangevochten regelgeving onmiskkenbaar in strijd is met een hogere norm. Aangezien er in Europeesrechtelijke kringen over die strijdigheid verschillend gedacht blijkt te worden, kan wel worden volgehouden dat aan de onmiskkenbaarheidseis niet is voldaan. ■

14 Anders dan door uittreding conform het EU-Verdrag of wijziging van de Europese verdragen conform de daarvoor in het EU-Verdrag gegeven

procedure.
15 Zo Matthias Ruffert, ‘The European debt crisis and European Union law’, *Common Market Law*

Review 2011, p. 1777-1805, hier p. 1785.