

PDF hosted at the Radboud Repository of the Radboud University Nijmegen

The following full text is a publisher's version.

For additional information about this publication click this link.

<http://hdl.handle.net/2066/204737>

Please be advised that this information was generated on 2020-10-24 and may be subject to change.

T. Horsley

The Court of Justice of the European Union as an Institutional Actor – Judicial Lawmaking and its Limits

Cambridge: Cambridge University Press 2018, 296p. ISBN 978-1-107-12403-5

H.C.F.J.A. DE WAELE*

* Prof. mr. Henri de Waele is hoogleraar Internationaal en Europees recht aan de Radboud Universiteit. Nijmegen, tevens in deeltijd verbonden aan de Universiteit Antwerpen, en senior fellow bij het Center for European Integration Studies van de Universiteit Bonn.

1 De serie betreft de *Cambridge Studies in European Law and Policy*, onder redactie van Jo Shaw en Laurence Gormley.
2 Een kleine greep uit de overvloedige literatuur: G. de Búrca & J.H.H. Weiler (red.), *The European Court of Justice*, Oxford: Oxford University Press 2001; L. Conant, *Justice Contained. Law and Politics in the European Union*, Ithaca (N.Y.): Cornell University Press 2002; A. Stone Sweet, *The Judicial Construction of Europe*, Oxford: Oxford University Press 2004; K.J. Alter, *The European Court's Political Power*, Oxford: Oxford University Press 2009; H. Micklitz & B. de Witte (red.), *The European Court of Justice and the Autonomy of the Member States*, Cambridge: Intersentia 2012; E. Muir, M. Dawson & B. de Witte, *Judicial Activism at the European Court of Justice*, Cheltenham: Edward Elgar 2013; M. Adams, H. de Waele, J. Meeusen & G. Straetmans (red.), *Judging Europe's Judges – The Legitimacy of the Case Law of the European Court of Justice*, Oxford: Hart Publishing 2013; Dorte Sindbjerg Martinsen, *An Ever More*

De eerste zin in het voorwoord van dit boek, geschreven door de *series editors*, luidt als volgt: *'The role of the Court of Justice of the European Union as an institutional actor is often overlooked.'*¹ De auteur van deze recensie moest na lezing zijn ogen goed uitwrijven, en nog eens controleren of hier echt stond wat er stond. Is een dergelijke constatering anno 2018 nu niet érg ver van de waarheid? De invoeging van *'often'* getuigt weliswaar van een kleine slag om de arm, maar doet niet af aan de onmiskenbare gedateerdheid van de boodschap. Tot ongeveer eind jaren 1990 konden we inderdaad spreken van een onderperceptie c.q. onderwaardering van de rol van het Hof van Justitie in het Europese integratieproces. Sindsdien echter vermenigvuldigde het aantal publicaties gewijd aan de thematiek zich snel, zowel vanuit juridisch als politicologisch/bestuurskundig perspectief. Al gauw was de tel niet meer bij te houden.² Schrijver dezes durft de stelling aan dat het inmiddels gaat om één van de meest bestudeerde rechtscolleges ooit. Het Hof heeft in dit opzicht misschien onderhand zelfs het Amerikaanse *Supreme Court* achter zich gelaten. Dit roept meteen de vraag op wat het te bespreken boek nog kan toevoegen aan de formidabele stapel die er al ligt.

Horsley's hoofddoel is naar eigen zeggen om te beoordelen *'how far the Court complies with the EU Treaty framework in the exercise of its attributed functions'* (p. 1). De Europese verdragen worden hierbij beschouwd als de principiële toetssteen voor het beoordelen van het constitutionele gehalte, en daarmee ook de legitimiteit, van het handelen van alle EU-instellingen. In zijn analyse stelt hij drie kernkwesties centraal: de formele status van het Unierecht in de lidstaten en de voorwaarden voor zijn toepassing op nationaal niveau; de locus van politiek gezag in de Europese rechtsorde; de doelen, waarden en grenzen van de Europese integratie. Naar zijn idee kan de output van het Hof ook ontleed worden langs deze drie lijnen, en conceptueel aangemerkt als *'acts of constitutional contestation'*. Horsley

belicht vervolgens in welke mate de respons van andere actoren op 's Hofs jurisprudentie een uiting vormt van de uitdagingen waar de Europese wetgever en beleidsmakers zich geconfronteerd mee weten. Hij formuleert tot slot vier aanbevelingen om de uitoefening van de rechterlijke functie in de EU beter te laten corresponderen met de eisen gesteld door het verdragskader. Herhaaldelijk duikt de mededeling op dat zijn studie een opmerkelijke leemte in de rechtsleer opvult, door het verdragskader te gebruiken als graadmeter voor de betamelijkheid van het handelen van het Hof als instelling.³ De auteur lijkt er alles aan gelegen om zijn monografie als origineel en innovatief voor te stellen, mogelijk mede onder druk van de criteria die in het Verenigd Koninkrijk gelden bij de periodieke *research excellence*-evaluaties.⁴ Hieronder zal ik demonstreren dat het boek er noch in slaagt zijn interne pretenties waar te maken, noch voldoet aan de externe verwachtingen die het durft te wekken.

'Wie bewaakt de bewakers?', is de klassieke vraag die al eeuwenlang pennen in beweging heeft gebracht.⁵ In de staatsrechtelijke doctrine die erbij aanknoopt, is het vaak de rechter die de maat moet worden genomen, en gaat het erom grenzen te identificeren aan zijn (al dan niet rechtsvormende) taak of functie.⁶ Dit kan uiteraard niet in het luchtledige: de enige manier om een oordeel te vellen over de prestaties van enig rechtscollege is om diens output onder de loep te nemen. Cruciaal is dan welke parameters of meetinstrumenten worden gehanteerd voor het trekken van conclusies. Voor Horsley draait alles zoals gezegd om '*compliance with the EU Treaty framework*', met als beweerde noviteit dat hij de eerste is die het Europees Hof van Justitie als institutionele actor langs die meetlat legt. Voorheen zou naar zijn mening zijn miskend dat het Hof zich, op gelijke voet als andere instellingen, moet conformeren aan het attributiebeginsel, en zich moet ophouden binnen de klijtlijnen die door de verdragen zijn getrokken. Met het beklemtonen van het feit dat het Hof in dit opzicht ook maar een instelling is (equivalent aan de zes andere opgesomd in artikel 13 van het EU-Verdrag (VEU)), vervalt zijns inziens de rechtvaardiging voor een eventueel 'uit de band springen'. Zo sneeuwt echter wel onder dat het gaat om een *rechterlijk* orgaan – een essentiële, afwijkende karaktertrek vis-à-vis de overige Unie-actoren. Artikel 19 VEU verstrekt bovendien alleen aan het Hof de opdracht om bij de uitlegging en toepassing van de Verdragen 'de eerbiediging van het recht' te verzekeren. Hoewel zijn gezagsmonopolie bij gelegenheid door nationale hoven en rechtbanken wordt betwist, staat buiten kijf dat het ten opzichte van alle andere Europese instellingen het laatste woord mag spreken over wat wel of niet normconform is – ter garanderen van de *rule of law* binnen het supranationale bestel. Ook een concrete bepaling als artikel 218 lid 11

Powerful Court? The Political Constraints of Legal Integration in the European Union, Oxford: Oxford University Press 2015; M. Derlén & J. Lindholm (red.), *The Court of Justice of the European Union. Multidisciplinary Perspectives*, Oxford: Hart Publishing 2018.

boeken

3 Aangeduid als een '*blind spot*', '*fundamental omission*', of variaties daarop.

4 Horsley is momenteel *senior lecturer* aan de Universiteit van Liverpool. Aan Britse universiteiten is een tweede monografie (na het proefschrift) doorgaans randvoorwaarde voor een volgende bevordering.

5 '*Quis custodiet ipsos custodes?*', Juvenalis, *Satiren*, vers 347-348.

6 Een beschouwing over het verschil tussen deze twee termen voert te ver; hierover aangenaam prikkelend C.A.J.M. Kortmann, 'De rechtsvormende taak van de rechter', *Ars Aequi* 2009, p. 765.

van het Verdrag betreffende de Werking van de EU verschaft het expliciet een toetsingsbevoegdheid. Het is dus net het primaire recht zélf dat het Hof aanwijst als (enige) onafhankelijke instantie die zowel de instituties als de lidstaten bij de les moet houden. Dat het zélf een institutionele actor is, is onontkoombaar (wat zou het anders kunnen zijn?). In de literatuur lijkt deze hoedanigheid enkel maar zo weinig te zijn benadrukt, omdat het een evidentie betreft. De echte discussie gaat al sinds jaar en dag over wat het Hof daadwerkelijk *doet*, waarbij er sprake is van een enorme diversiteit aan invalshoeken. Vrijwel elke annotatie beoordeelt een arrest op zijn merites, waarbij auteurs de rechterlijke overwegingen en bevindingen (mede) afzetten tegen tekst, context en systeem van de uitgelegde regels. In talloze tijdschriftartikelen, monografieën en bundels gebeurt precies hetzelfde, met soms een bijzonder vocabulaire, theoretisch uitgangspunt, of meer aandacht voor één specifiek aspect. Zodoende zijn beoordelingen aan de hand van het EU-verdragskader allesbehalve een zeldzaamheid, maar juist schering en inslag. Het hier gerecenseerde werk biedt dan in essentie alleen een iets andere rubricering.

Bij de inventarisatie van de academische reacties die 's Hof's jurisprudentie tot dusver heeft opgeroepen, schetst Horsley een totaal onwaarschijnlijk beeld, door te poneren dat de welwillendheid overheerst, en men over het algemeen weigert om het Hof kritisch tegemoet te treden – alsof we ons nog steeds in de jaren '80 van de vorige eeuw zouden bevinden. Harde cijfers worden in dit verband niet gegeven, en de boudheid van de bewering wordt mede veroorzaakt door het niet-kennismaken van buitenlandse publicaties (in het bijzonder Duitse).⁷ Horsley laakt ook dat de meeste EU-juristen het Hof beschouwen als een '*de facto Constitutional Court*' (p. 245). Wat daar precies op af te dingen valt, is echter onduidelijk: feitelijk is dit een gegeven, wat niet wil zeggen dat er volgens velen ook *de jure* sprake is van een constitutioneel tribunaal. Zoals gezegd wijzen de expliciet aan deze instelling geattribueerde, exclusieve rechtsprekende bevoegdheden ondertussen wel aardig in die richting.

Een speciaal begrippenapparaat dat Horsley stelt te introduceren is dat van *constitutional contestation* versus *constitutional supplementation*. In het eerste geval gaat het om een handelen 'in strijd met', in het tweede 'ter aanvulling van'. We treffen hier wederom oude wijn aan, geserveerd uit nauwelijks nieuw te noemen zakken. Immers, het is niet alsof deze twee termen nooit eerder ergens zijn opgedoken (in contrast met bijvoorbeeld de *right answer thesis* van Dworkin) – hoewel commentatoren er soms een wat lossere en soms wat striktere definitie op na houden van wanneer een rechter tegen de constitutie ingaat, en wanneer hij deze complementeert.

⁷ Waaronder G.H. Roth & P. Hilpold (red.), *Der EuGH und die Souveränität der Mitgliedstaaten*, Wenen: Linde Verlag 2008, of de talloze geïrriteerde annotaties bij 's Hof's rechtspraak over het EU-burgerschap. Als bijdragen van gelijkaardige strekking aan de leidende Engelstalige tijdschriften valt voorts o.m. te wijzen op P. Craig, 'The ECJ and *Ultra Vires* Action: A Conceptual Analysis', *Common Market Law Review* 2011, p. 395; N. Nic Shuibne, 'Seven Questions for Seven Paragraphs', *European Law Review* 2011, p. 161; G. Davies, 'Legislative Control of the European Court of Justice', *Common Market Law Review* 2014, p. 1579.

In dit boek ontbreekt het eveneens aan scherpte: contestatie betreft handelingen *'that expressly contest the Treaties' clear position*, supplementering komt neer op handelingen *'that serve to elaborate, but not fundamentally contest the Treaties core statements'* (p. 10-11). Dit suggereert dat er bij elk van de drie constitutionele kwesties een ondubbelzinnige conclusie kan worden getrokken over wat het verdragskader toestaat en wat niet. Horsley besteedt echter niet of nauwelijks aandacht aan de ambiguïteit van taal, en de talloze studies over interpretatie in het recht. Waar hij zich qua bronnen sowieso tot Engelse auteurs lijkt te beperken, gaat hij zelfs aan het oeuvre van H.L.A. Hart voorbij. Dat een letterlijke of historische uitleg van een bepaling niet per se juist is dan een systematische of teleologische, maar dat elk van deze routes onder omstandigheden kan doorgaan voor verdragsconform of non-conform, blijft onderbelicht. Zo moest het Hof ten aanzien van de status van het Unierecht in de lidstaten een koers uitzetten op basis van summiere en dubbelzinnige teksten, die ruimte lieten voor zowel analogie als a-contrario. Horsley ziet hier een schoolvoorbeeld van *constitutional contestation*, doordat er doctrines van voorrang en directe werking werden gelanceerd zonder tekstueel aanknopingspunt of historische indicatie dat die oorspronkelijk beoogd waren. Een aanvechtbare conclusie, omdat de materie evengoed vanuit een systematische en teleologische optiek benaderd mocht worden. Op vergelijkbare wijze stelt hij de *Francovich*-jurisprudentie in een kwaad daglicht, terwijl een bredere beschouwing met bijvoorbeeld oog voor de regulering van overheidsaansprakelijkheid in het nationale en internationale recht tot een positiever oordeel had geleid.⁸ De auteur koestert kortom een verabsoluteerde voorkeur voor twee traditionele interpretatiemethoden, zonder dat met zoveel woorden te erkennen; in plaats daarvan durft hij zijn redenering en invalshoek te presenteren als compleet nieuw, terwijl die sterke parallellen vertonen met recente boeken van o.m. Conway, Beck en Sankari.⁹ Terloops versimpelt hij bovendien de status quo in het volkenrecht, door de benadering van het Europees Hof te kwalificeren als afwijkend, alsof het Weense verdragenrecht tekst en *travaux préparatoires* heilig verklaart, en context en doel nooit hetzelfde (of méér) gewicht kunnen krijgen.¹⁰

Eén van de belangrijkste tekortkomingen in de analyse is dat er onvoldoende onderscheid wordt gemaakt tussen de noden en kansen in specifieke casus en rechtsgebieden. Op het eerste gezicht ondersteunen de drie geselecteerde constitutionele kwesties het problematische karakter van een instelling die zich onvoldoende richt naar een (verondersteld) ondubbelzinnig verdragskader. Waar het nochtans gaat om beknopte primairrechtelijke bepalingen, of secundairrechtelijke instrumenten die door de

8 Vgl. H. de Waele, *Rechterlijk activisme en het Europees Hof van Justitie*, Den Haag: BJu 2009, hoofdstuk 6 resp. hoofdstuk 8.

9 G. Conway, *The Limits of Legal Reasoning and the European Court of Justice*, Cambridge: Cambridge University Press 2012; G. Beck, *The Legal Reasoning of the Court of Justice of the EU*, Oxford: Hart Publishing 2012; S. Sankari, *European Court of Justice Legal Reasoning in Context*, Groningen: Europa Law Publishing 2013.

Waar Horsley in hoofdstuk 5 zijn pijlen richt op het *Sturgeon*-arrest, correspondeert zijn bezwaar tegen de *contra legem*-manoeuvre van het Hof (waarmee het de rechten van vliegtuigpassagiers gevoelig uitbreidde) één-op-één met de opvattingen van de meeste annotatoren.

10 Tekenend is dat hij voor (de rechtsvinding door) het EHRM in de afgelopen vijftig jaar evenmin veel belangstelling toont. Om de tegendraadsheid van 's Hof's jurisprudentie te onderbouwen houdt hij ook vrij krampachtig vast aan het beeld van de EU als 'gewone' internationale organisatie (ondanks bijv. de unieke wetgevingscompetenties, het rechtstreeks verkozen representatieve orgaan, subsidiariteitscontrole, het Europees burgerschap, en de bevoegdheid om lidstaten punitieve sancties op te leggen).

opstellers bewust ambigu zijn gelaten, is een rechterlijke oplossing onvermijdelijk – maar zullen de gemaakte keuzes, in welke richting die ook uitvallen, even onvermijdelijk discussie uitlokken. Neem de rechtspraak inzake vrij verkeer, waar het Hof in *Dassonville* (extensieve uitleg van kwantitatieve beperkingen op de import van goederen) en *Cassis de Dijon* (gebod tot wederzijdse erkenning) zich ontegenzeggelijk activistisch heeft opgesteld. Het fungeerde hier echter *nolens volens* als wetgever-plaatsvervanger. Over de daarbij gemaakte keuzes valt nog altijd te twisten, maar het verwijt dat het Hof zich überhaupt niet een dergelijke houding mag aanmeten, en meer respect moet tonen voor de tekst, komt in dit soort casus vrij oneigenlijk over. Toch schildert Horsley het Hof op deze en andere momenten af als een *rival policy-maker*, hoewel mede de vraag is of het echt om maken van beleid gaat: immers behoort het tot de archetypische rol van de rechter om grenzen te markeren, en waar nodig de wetgever terug te fluiten. Uiteraard levert dit soms spanningen op (de welbekende *countermajoritarian difficulty*), maar dat is allesbehalve onnatuurlijk vanuit de gedachte dat democratische besluitvorming niet per definitie het primaat mag hebben op fundamentele rechten. Even overtrokken lijkt de aanklacht dat de ‘*judicial challenges to constituent authority (...) undermine progressive efforts to enhance the democratic qualities of EU decision-making*’ (p. 267). Dat dit een te grove generalisatie is, blijkt uit een arrest als *Tsjernobyl*, waarin het Hof weliswaar buiten de verdragstekst om rechten toekende aan het Europees Parlement, maar met een duidelijk democratiebevorderend resultaat. Dat de drie door Horsley gesignaleerde constitutionele problemen ook gemakkelijk overlappen bewijst een arrest als *Van Gend & Loos*, dat in alle door hem bedachte categorieën is te plaatsen. *An sich* heeft hij zeker gelijk dat diverse oordelen blijk geven van grote eigenzinnigheid, en een mate van activisme vertonen die dringende vragen oproept over de rechterlijke taakuitoefening. Het door hem toegepaste denkraam blijft echter zodanig grofmazig dat er uiteindelijk geen wezenlijk nieuwe inzichten ontstaan.

In het slothoofdstuk treffen we vier ‘*reform proposals*’ aan, die aan hetzelfde euvel lijden. Het eerste voorstel luidt dat het Hof meer aansluiting zoekt bij het verdragskader, wat zowel een open deur is als een herhaling van al decennia geuite kritiek. Daarmee ontbreekt de grondslag voor het tweede voorstel, namelijk dat commentatoren zich kritischer gaan uitspreken over ’s Hof’s doen en laten. Het derde voorstel spreekt het eerste tegen, door te bepleiten dat de kwaliteit van het verdragskader wordt verhoogd door bepalingen helderder te formuleren – een amper uitgewerkt verlangen, dat politiek gezien vermoedelijk illusoir is, gelet op de Europese voorkeur voor vage compromissen waar iedereen iets van zijn gading in kan

vinden. Het laatste voorstel betreft het instellen van een mechanisme om het Hof te controleren en corrigeren, waarbij Horsley in het midden laat of dit een rechterlijke beroepsinstantie moet zijn (op nationaal of supranationaal niveau), of dat een andere EU-instelling het allerlaatste te woord dient te krijgen. Ook dit soort suggesties zijn al vaker gedaan, mede door lidstaten als Duitsland en het Verenigd Koninkrijk, tot nu toe steeds zonder succes. Het idee om het Hof onder externe curatele te plaatsen is sowieso bedenkelijk vanuit het perspectief van de *rule of law*, en leidt tot een Droste-effect: wie bewaakt dan de bewakers van de bewakers?

Op het eerste gezicht leverde Horsley een interessante studie af over een boeiend constitutioneel- en Europeesrechtelijk onderwerp. Bij nader inzien viel deze recensent van de ene teleurstelling in de andere: de toon is pretentieuze, de basispremissen zijn ondeugdelijk, de daarop gestoelde analyses slagen er niet in te overtuigen, of behelzen van dik hout gezaagde planken. Hierbij komen de eindeloze herhalingen van zowel inhoudelijke argumenten als identieke zinsconstructies, soms zelfs binnen één en hetzelfde hoofdstuk. Met een wat strakkere redactie had dit werk van bijna 300 pagina's met een stevig percentage kunnen worden bekort. De verbazingwekkende hoeveelheid slordigheidsfouten mag in dit verband evenmin onvermeld blijven; datzelfde geldt voor een hele serie juridische en feitelijke onjuistheden.¹¹ De enige meerwaarde van het boek schuilt nu misschien vooral in het *gebrek* aan vernieuwing – hetgeen onderstreept dat over de thematiek van de grenzen aan de Europese rechtspraak, althans vanuit juridisch-monodisciplinair perspectief, inmiddels alles wel is gezegd.

¹¹ Zo gaan de namen van M. Bobek en J.H. Gerards vergezeld van incorrecte initialen, is die van A. Hinarejos consequent verkeerd gespeld, wordt E. Cannizzaro verhaspeld tot C. Enzo, en R.A. Wessel veranderd in A. Ramses. In hoofdstuk 6 figureert meermaals een zekere 'Klemen' in de hoofdtekst; volgens een voetnoot gaat het om 'J. Klemen', terwijl bedoeld is de Sloveense jurist K. Jaklic. Inhoudelijke misslagen betreffen o.a. de opmerking dat de verdragen nergens iets vermelden over hun interne werking, de toeschrijving van het autonomiebegrip aan *Van Gend & Loos*, en de introductie van de Hoge Vertegenwoordiger voor het buitenlandbeleid aan het Verdrag van Lissabon.