

Bedankt voor het downloaden van dit artikel. De artikelen uit de (online)tijdschriften van Uitgeverij Boom zijn auteursrechtelijk beschermd. U kunt er natuurlijk uit citeren (voorzien van een bronvermelding) maar voor reproductie in welke vorm dan ook moet toestemming aan de uitgever worden gevraagd.

Boom

Behoudens de in of krachtens de Auteurswet van 1912 gestelde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch door fotokopieën, opnamen of enig andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voor zover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikelen 16h t/m 16m Auteurswet 1912 jo. Besluit van 27 november 2002, Stb 575, dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoeding te voldoen aan de Stichting Reprorecht te Hoofddorp (postbus 3060, 2130 KB, www.reprorecht.nl) of contact op te nemen met de uitgever voor het treffen van een rechtstreekse regeling in de zin van art. 16l, vijfde lid, Auteurswet 1912.

Voor het overnemen van gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (artikel 16, Auteurswet 1912) kan men zich wenden tot de Stichting PRO (Stichting Publicatie- en Reproductierechten, postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, www.cedar.nl/pro).

No part of this book may be reproduced in any way whatsoever without the written permission of the publisher.

info@boomamsterdam.nl
www.boomuitgeversamsterdam.nl

Brexit en het gevaar van EU-onvermijdelijkheid

De EU moet oppassen het brexitfalen als het eigen gelijk van de Unie te zien. Doordat de brexit maar niet tot stand komt, draagt hij bij aan de gedachte dat het onmogelijk is de EU te verlaten. Om dit tegen te gaan dient niet alleen de eigen aard van de brexit te worden erkend, maar moeten ook alternatieven worden ontwikkeld voor het volle EU-lidmaatschap. Bovendien moet, nu een EU-federatie verder weg is dan ooit, de democratische verankering van de EU in de lidstaten worden vergroot.

door Armin Cuyvers De auteur is universitair hoofddocent Europees recht aan het Europa Instituut van de Universiteit Leiden.

Democratie vereist keuze, en keuze vereist flexibiliteit. Een legitieme EU vereist daarom afdoende flexibiliteit om democratische keuzes over het eigen lidmaatschap mogelijk te maken. Het creëren van betekenisvolle keuzeruimte over het eigen EU-lidmaatschap is echter om constitutionele en juridische redenen bijzonder lastig. De brexit illustreert deze spanning en belichaamt daarmee een existentiële keuze voor de toekomst van de Unie: wordt de brexit gebruikt om het bestaande systeem in beton te gieten of om een flexibelere Unie vorm te geven met verschillende vormen van lidmaatschap?

Aan beide opties kleven significante risico's. Flexibilisering zal het fundament van de EU blootstellen aan politieke krachten die het bestaan van de EU kunnen bedreigen. Toch is ingraven geen toekomstbestendige oplossing. Overleving vergt aanpassing, en daarmee flexibiliteit. Daarom pleit deze bijdrage voor fundamentele flexibilisering van de Unie waarbij lidstaten en vooral lidvolkeren meer keuze krijgen over het eigen lidmaatschap van de EU. Deze keuze berust op een onderliggende visie op de EU als een modern confederaal systeem: een systeem waarin het politieke primaat bij de lidvolkeren blijft maar de Unie een constitutioneel netwerk vormt tussen lidstaten en volkeren om gezamenlijke doelen te bereiken.¹ De eenentwintigste eeuw vraagt om een constitutionele *smart grid*, geen centralisatie in een federatie.

In het licht van het voorgaande schetst deze bijdrage eerst kort waarom de brexit een roep is om meer flexibiliteit, waarna in vogelvlucht wordt ingegaan op enkele juridische obstakels voor flexibilisering. Tot slot worden enkele mogelijke richtingen van flexibilisering gegeven en wordt stilgestaan bij een noodzakelijke voorwaarde voor flexibilisering die vaak vergeten wordt: de politieke capaciteit in lidstaten om flexibiliteit effectief te benutten. Gezien de noodzaak en urgentie van nieuwe ideeën kiest deze

bijdrage daarbij bewust een provocerende lijn. Nu duidelijk is dat de EU in de voorzienbare toekomst geen federale staat zal worden, en het geduld van kiezers over 'het proces' Europa evident begint op te raken, is fundamentele herbezinning nodig, maar zonder daarbij de op veel punten zeer goed gelukte Europese baby met het spreekwoordelijke badwater weg te gooien.

De brexit als een roep om flexibiliteit

Het Verenigd Koninkrijk wil een andere relatie met de EU dan het huidige lidmaatschap. Bij de onderhandelingen hierover in 2016 ving Cameron bot. Hij vertrok naar Brussel met de belofte om immigratie te maximeren. Hij kreeg een juridisch complexe en EU-rechtelijk omstreden constructie om tijdelijk het recht op sociale zekerheid van EU-burgers in het VK te beperken. De overige beloften waren juridisch niets waard.²

In het VK gaf vervolgens 51,9 procent van de kiezers de voorkeur aan vertrek. In de daaropvolgende onderhandelingen eiste het VK wederom een nieuwe, tailormade relatie met de EU. Het conceptakkoord dat op tafel ligt is op zich niet slecht voor het VK, maar biedt qua toekomstige relatie in feite een keuze tussen de backstop (een douane-unie met de EU) en een nog vergaandere relatie die neerkomt op lidmaatschap zonder stemrecht (Noorwegen+).³ Beide zijn niet wat brexiteers voor ogen stond, maar het alternatief is een no-dealbrexit. Vanuit mijn

eigen EU-bubbel bezien ligt de schuld voor het zojuist beschreven falen bij het VK. In plaats van de waanideeën van zijn eigen backbenchers te confronteren, kwam Cameron naar Brussel met een onder EU-recht volstrekt onmogelijke wensenlijst. De Europese Raad deed vervolgens wat hij kon, waaronder een toezegging over

Hebben wij nog een keuze over de toekomst van ons land?

sociale zekerheid die wellicht in strijd was met het beginsel van gelijke behandeling van EU-burgers en die een gevoelige concessie van Oost-Europa betekende aangezien deze toezegging relatief veel Oost-Europeanen raakte. In een stemming die gebaseerd was op angst, leugens, decennia aan goedkope eurosceptis in de media en sluimerende illusies van *Empire* koos een krappe meerderheid voor vertrek. Vervolgens klopte May aan in Brussel met een even onmogelijke wensenlijst voor een Europa à la carte en een set rode lijnen die ieder akkoord onmogelijk maakten. Wel vrij verkeer van financiële diensten, maar geen vrij verkeer van personen. En wel uit de interne markt, maar geen harde grens in Noord-Ierland of in de Ierse Zee. Nu er eenmaal een mede door May onderhandeld akkoord ligt dat de schade van de brexit zo veel mogelijk beperkt, weigert het Lagerhuis dit te ratificeren omdat het hopeloos verdeeld is: er is geen meerderheid voor het akkoord, geen meerderheid voor een harde brexit, en geen meerderheid voor een blijvend lidmaatschap. In de tussentijd wacht de EU en verleent zij uitstel na uitstel totdat het VK besluit wat het wil: de deal of de afgrond.

Vanuit EU-recht gezien is het daarom moeilijk niet de draak te steken met de zichzelf verscheurende Britse politiek die de werkelijkheid hardnekkig blijft ontkennen. Toch is het gevaarlijk het falen van de Britten te zien als het gelijk van de EU. Want achter de valse claims en bangmakerij in het VK ligt een veel

fundamentele vraag aan de EU: hebben wij nog een keuze over de toekomst van ons land? Vanuit dit perspectief valt de slogan ‘Take back control’ ook te begrijpen, net als de toenemende roep om ‘sovereiniteit’ van populistische partijen als Le Pen, Farage en Baudet.

Het antwoord op deze vraag kan en mag geen ‘nee’ zijn, en *is* ook geen ‘nee’. Het grote gevaar van de brexit is echter dat het antwoord wel ‘nee’ *lijkt*. Eerst was er geen ruimte om *binnen* de EU wijzigingen af te dwingen, en nu lijkt het evenmin mogelijk om dan maar *uit* de EU te stappen. Als het VK het terugtrekkingsakkoord tekent, zal het VK namelijk dermate nauw met de EU verbonden blijven dat veel brexiteers dit als verraad zullen ervaren. Als het VK voor een harde brexit kiest, zal dit worden gezien als bewuste wraak van de EU: ‘Als je er uitgaat, dan maakt de EU je kapot.’ Als het VK lid blijft, laat het zien dat zelfs de wil van de meerderheid niet genoeg is om uit de EU te stappen als ‘de elite’ of ‘de EU’ dat niet wil.

De brexit draagt daarom bij aan een toenemend narratief van onvermijdelijkheid: wat je ook doet, de EU dendert voort en zelfs er uitstappen is geen echte optie. Dit narratief is het tegenovergestelde van keuze en van een democratisch Europa. Daarmee ondermijnt dit narratief het democratische fundament van de EU.⁴

Delen van dit narratief zijn overigens volstrekt onjuist. Zo is de brexit voor een belangrijk deel zo moeilijk door Noord-Ierland: zonder de noodzaak om de Noord-Ierse grens onzichtbaar te houden had het VK veel makkelijker uit de EU kunnen stappen.⁵ Ook is de EU er niet op uit het VK te straffen – anders was er niet verlengd en had het VK al onder aan de klif gelegen. Maar ook voor de EU geldt: *Feelings are facts*. Alleen het gevoel van onvermijdelijkheid is daarom al een bedreiging. Andere delen van dit narratief zijn bovendien wel juist, mede omdat verschillende constitutionele en juridische factoren leiden tot een zekere rigiditeit in de EU.

Recht is minder flexibel dan politiek

Bronnen van EU-rigiditeit

Ieder constitutioneel systeem vereist een zekere rigiditeit om stabiliteit te verzekeren. Dit geldt zeker voor de EU, die 28 nationale systemen moet combineren en fundamentele waarden moet garanderen. Een uitputtende analyse van EU-rigiditeit is hier niet mogelijk, maar enkele voorbeelden, mede op basis van de brexit, kunnen volstaan.⁶

Een eerste belangrijke bron van rigiditeit is dat veel zaken die nationaal in gewone regelgeving zijn vastgelegd, op EU-niveau in het Verdrag staan. Zeker nu verdragswijziging politiek onmogelijk is, zit een groot deel van het EU-recht daarmee in een verdragsrechtelijke kluis.

Een tweede bron van rigiditeit vloeit voort uit funderende beginselen van EU-recht, zoals de voorrang, de effectiviteit en de autonomie van de EU-rechtsorde. Deze beginselen voorkomen dat nationaal recht de EU ondermijnt. Dit is cruciaal, maar betekent ook dat deze beginselen een inherent defensief karakter hebben en flexibiliteit beperken.

Het centrale belang van recht vormt een derde bron van rigiditeit. Hoewel de EU intens politiek is, staat het recht vergeleken met nationale politiek relatief centraal.

Recht is echter minder flexibel dan politiek. Alleen al conceptueel vergt recht een mate van interne consistentie die politiek niet vergt.

Een vierde bron van rigiditeit is dat EU-recht een zwaarbevochten balans reflecteert tussen belangen van verschillende lidstaten. Een Europa à la carte tast deze onderliggende balans aan, net als wanneer een partner de vaatwasser niet meer inruimt, maar nog wel eist dat de ander de was ophangt.

De brexit raakt al deze bronnen van rigiditeit. De wensen van het VK botsen met de EU-verdragen en de funderende EU-beginselen. Daarnaast wil het VK de onderliggende balans tussen rechten en plichten wijzigen, en ziet het de onderhandelingen als een puur politieke uitruil. De brexit laat daarmee zien dat verdergaande flexibilisering in de EU ofwel een betere omgang met deze bronnen van rigiditeit vergt, ofwel een meer fundamentele aanpassing van deze bronnen zelf.

Mogelijke paden naar meer flexibiliteit in de EU

Vooropgesteld moet worden dat EU-lidmaatschap nooit volledig flexibel kan zijn. Geen enkel constitutioneel verband kan werken als een app waarin vrij gekozen kan worden welke stukjes EU vandaag gelden. Tegelijkertijd moet, om zinvol te zijn, flexibiliteit kwalitatief verder gaan dan de variëteit aan bestaande vormen van flexibiliteit in de EU. Flexibilisering is daarmee een uitdaging die de capaciteit van een enkele bijdrage of auteur ver te buiten gaat. Maar verschillende oplossingsrichtingen verdienen verdere reflectie, ondanks de problemen die eraan kleven.

© Bron: iStock



Een eerste methode is om bepaalde onderwerpen, zoals het Unie-burgerschap of het vrije verkeer, uit de EU-verdragen te halen. Hiermee komt er meer juridische ruimte voor politieke besluitvorming op deze onderwerpen door de EU-wetgever.

Een tweede methode is om de funderende beginselen van de EU, te herijken om meer ruimte te creëren voor nationale afwijkingen. Zo kan gevraagd worden of het EU-recht altijd voorrang moet hebben op nationale grondwetten of dat lidstaten wellicht een bepaalde constitutionele kern, bijvoorbeeld rakend aan de eigen nationale identiteit of een nog verdergaande bescherming van de menselijke waardigheid, boven EU-recht mogen stellen, zoals veel nationale constitutionele hoven in de praktijk al doen.

Een derde methode richt zich op de interne markt. Tijdens de brexit heeft de EU in toenemende mate gesteld dat de interne markt ondeelbaar is. Dit is een nogal recente en niet geheel overtuigende ontdekking. De vier vrijheden (van goederen, diensten, personen en kapitaal) zijn deels los van elkaar ontwikkeld. Verschillende regimes, waaronder de Europese Economische Ruimte (EER) en de EU-Zwitserland-relatie, kennen bovendien een verschillende mix van vrijheden.⁷ Zeker het vrije verkeer van personen, en dan met name de rechten die gekoppeld zijn aan het EU-burgerschap, kan tot op bepaalde hoogte worden losgekoppeld van de overige vrijheden. Aangezien juist het EU-burgerschap, met zijn gevolgen voor sociale zekerheid, tot spanningen leidt, kan dit juridische ruimte geven.

Een laatste, vergaande optie is om enkele alternatieve lidmaatschapsvormen te creëren. Dit kan gezien worden als een model met concentrische cirkels.

Het intensiefste lidmaatschap, inclusief euro en defensie, zit in de kern. Hieromheen zitten verschillende ringen van EU-lidmaatschap, met minder rechten, maar ook minder verplichtingen. Anders dan bij de brexit hoeft een lidstaat dan niet meer zelf een alternatieve relatie te ontwerpen: er kan gekozen worden uit enkele bestaande, reeds onderhandelde opties. Inspiratie voor een dergelijk model kan geput worden uit bestaande modellen: er kan gekeken worden naar de relatie van de EU met Noorwegen, Zwitserland en Oekraïne, maar ook naar asymmetrische federale systemen als Spanje, Canada of India. Vanzelfsprekend zijn er ook grote obstakels voor een dergelijk systeem. Zo is het vinden van alternatieve bundels van rechten en plichten niet eenvoudig. Ook is het bijzonder complex om EU-besluitvorming aan te passen aan dit model: Welke leden mogen over welke vragen meestemmen? En hoe regel je de overgang tussen de verschillende cirkels, zeker als een lidstaat naar een minder vergaand lidmaatschap wil? Dit brengt ons ook bij een laatste complicatie: de nationale capaciteit om gebruik te maken van EU-flexibiliteit.

Kunnen we van onze Eerste Kamer geen direct gekozen EU-senaat maken?

Meer keuzeruimte

Keuzeruimte heeft geen waarde als deze niet goed gebruikt kan worden. Het creëren van meer keuzeruimte over het eigen EU-lidmaatschap vergt daarmee ook een verbeterde nationale politieke structuur voor het bediscussiëren en besluiten over de EU. Onze huidige vertegenwoordigende structuur is ontworpen toen Nederland

nog niet in de EU zat. Omdat lang verwacht werd dat de EU richting een federaal systeem zou gaan, werd Europese democratie vooral op EU-niveau gezocht: een sterk Europees Parlement en een uiteindelijke Senaat van lidstaten zouden het probleem wel oplossen. Maar nu de EU in de voorzienbare toekomst meer confederaal zal blijven, moet de primaire democratische controle in de lidstaten plaatsvinden. Als gevolg moeten EU-vraagstukken, waaronder vragen over alternatieve vormen van lidmaatschap, een veel sterkere verankering krijgen in ons eigen democratische bestel.⁸ Een provocerend voorstel: als meer dan de helft van onze wetgeving uit Brussel komt, kunnen we van onze Eerste Kamer dan geen direct gekozen EU-senaat maken? Als andere lidstaten dit ook doen, kan er bovendien een netwerk van nationale senaten ontstaan. Deze senaten kunnen met elkaar samenwerken, bijvoorbeeld in hoe zij hun ministers in de Raad instrueren. Discussies over welke vorm van EU-lidmaatschap Nederland wil, en welke balans tussen rechten en plichten, kunnen daar dan plaatsvinden. Een verdere optie zou zijn om het dubbelmandaat terug in te voeren. Leden van de nationale EU-senaat nemen dan ook zitting in het Europees Parlement, waarmee dit parlement direct verbonden wordt met de nationale politiek en de primaire democratische legitimiteit. Europa is dan geen onvermijdelijkheid, maar een keuze waar wij met onze nationale democratie direct invloed op kunnen uitoefenen.

-
- 1 Zie voor een verdere uitwerking: Armin Cuyvers, *The EU as a confederal union of sovereign member peoples. Exploring the potential of American (con)federalism and popular sovereignty for a constitutional theory of the EU* (proefschrift Universiteit Leiden). Leiden: Universiteit Leiden, 2013.
 - 2 Zie het concept voor 'Decision of the Heads of State or Government, meeting within the European Council, concerning a New Settlement for the United Kingdom within the European Union' van 19 februari 2016, SN 21/16. Voor een bespreking zie: Stefaan Van den Bogaert en Armin Cuyvers, 'Brexit: over & out?', *Nederlands Juristenblad* 91 (2016), nr. 36, pp. 2666-2677.
 - 3 Zie ook het opiniestuk 'Staying in a customs union after Brexit won't resolve the Irish border issue' van Pascal Lamy, voormalig EU-commissaris voor handel en directeur-generaal van de WHO, in *The Guardian* van 12 april 2019, waarin hij stelt: 'Clearly, staying only in a customs union would not be enough to solve the Irish border question.' Voor nadere analyse van de opties zie: Armin Cuyvers, 'Balancing sovereignty, trade and Northern-Irish peace. Free movement of goods post-Brexit', in: Friedemann Kainer en René Repasi (red.), *Trade relations after Brexit*. Oxford: Hart, 2019.
 - 4 Zie nader: Stefaan Van den Bogaert en Armin Cuyvers, 'Brexit blues. They still haven't found what they're looking for ...', *Nederlands Juristenblad* (2019), nr. 19, p. 1065 e.v.
 - 5 Zie nader: Stefaan Van den Bogaert en Armin Cuyvers, 'Brexit & de EU. "You can't always get what you want"', *Rechtsgeleerd Magazijn Themis* (2018), nr. 6, pp. 221-239.
 - 6 Zie voor een uitgebreidere analyse: Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid, *Europese variaties*. Den Haag: WRR, 2018; en verder: Bruno De Witte, 'An undivided union? Differentiated integration in post-Brexit times', *Common Market Law Review* 55 (2018), nr. 2-3, pp. 227-250; Bruno De Witte, Andrea Ott en Ellen Vos (red.), *Between flexibility and disintegration. The trajectory of differentiation in EU law*. Cheltenham/Northampton: Edward Elgar, 2017; en Bruno De Witte, 'Near-membership, partial membership and the EU constitution', *European Law Review* 41 (2016), nr. 4, pp. 471-472.
 - 7 Stephen Weatherill, 'The several internal markets', in: *Yearbook of European Law* 36 (2017), pp. 125-178; en Catherine Barnard, 'Brexit and the EU internal market', in: Federico Fabbrini (red.), *The law and politics of Brexit*. Oxford: Oxford University Press, 2017, pp. 201-218.
 - 8 Zie nader: Cuyvers 2013; en Armin Cuyvers, 'The confederal comeback. Rediscovering the confederal form for a transnational world', *European Law Journal* 19 (2013), nr. 6, pp. 711-738.
-