

ANNOTATIE

KS en KD t. Raad e.a. (C-29/22 P) – Hof van Justitie hervormt bevoegdheid van EU-rechtscolleges in GBVB op grondige wijze

F. Fonteyn

Annotatie bij Hof van Justitie van de Europese Unie, 10-09-2024, ECLI:EU:C:2024:725 (EHRC-2024-0223)

I. Uitbreiding van het rechterlijke toezicht op het GBVB

2. Na het arrest-*KS en KD* rest er weinig twijfel: de bevoegdheid van de EU-rechtscolleges in het GBVB is grondig hervormd en wijkt af van de oorspronkelijke beperkingen die in de Verdragen staan. Immers, volgens die Verdragen kunnen de EU-rechtscolleges met betrekking tot het GBVB slechts toezien op de naleving van art. 40 VEU (aangaande de verhouding tussen dat beleidsdomein en het overige Unierecht) en, in het kader van een vernietigingsberoep, op de wettigheid van individuele beperkende maatregelen (lees: sanctiemaatregelen).[1] In het GBVB bestaat er dus een ‘carve-out’[2] ten aanzien van de algemene bevoegdheid van de EU-rechtscolleges.[3] Het uitgangspunt is na dit arrest echter niet langer dat de EU-rechtscolleges slechts in beperkte mate bevoegdheid hebben, maar dat ze slechts in beperkte mate *geen* bevoegdheid hebben. Dat is immers enkel voor aangelegenheden die ‘rechtstreeks in verband staa[n] met [de] politieke of strategische keuzes’ in het GBVB.[4] Het arrest-*KS en KD* keert zo het uitgangspunt in de Verdragen om.

3. Rechterlijk toezicht op de buitenlandse betrekkingen vormt een heikel punt in elk rechtssysteem. Rechters die moeten oordelen over die betrekkingen worden geconfronteerd met een ‘buitenlandse betrekkingen-dilemma’ dat gestoeld is op grondwettelijke beginselen. Enerzijds wordt rechterlijke terughoudendheid (of zelfs volledige afwezigheid van rechterlijk

toezicht) bepleit. Er geldt, of zo wordt althans beweerd, immers een bijzondere scheiding der machten in dat domein, waarin de uitvoerende macht een centrale positie bekleedt. Bovendien hebben rechters niet de democratische capaciteit om over dergelijke belangrijke aangelegenheden te beslissen.[5] Anderzijds menen voorstanders van rechterlijk toezicht dat, net als in elk ander beleidsdomein, de beginselen van de rechtsstaat en grondrechtenbescherming onverkort gelden.[6]

4. Die spanning veruitwendigt zich ook, en zeer nadrukkelijk, op het niveau van de Unie. De ‘carve-out’ werd in de Verdragen geschreven omwille van, onder meer, bovenstaande bezorgdheden rond rechterlijk toezicht op het GBVB.[7] Dat weerhield de EU-rechtscolleges er niet van om deze ‘carve-out’ restrictief te interpreteren en op incrementele wijze de eigen bevoegdheid uit te breiden. Ze verwijzen hierbij stelselmatig naar de beginselen van de rechtsstaat (art. 2 VEU, zoals nader uitgewerkt in art. 19 VEU) en het recht op een doeltreffende voorziening in rechte (art. 47 Handvest).[8] Het arrest-*KS en KD* is het orgelpunt van deze rechtspraak en bevestigt nadrukkelijk het uitgangspunt: de bevoegdheid van de EU-rechtscolleges is ruimer dan de tekst van de Verdragen doet vermoeden.

5. Dat mag opmerkelijk genoemd worden. Het sluit weliswaar aan bij een algemene tendens naar meer rechterlijk toezicht op de buitenlandse betrekkingen – met bijgevolg ook meer discussie over de legitimiteit ervan.[9] Bijzonder is wel dat de EU-rechtscolleges dat doen, ondanks dat hun bevoegdheid in dat domein (grond)wettelijk geregeld en beperkt is. In de overgrote meerderheid van de rechtssystemen is een wettelijke regeling van die bevoegdheid niet voorzien.[10] De rechterlijke macht positioneert zich dan zelf in het domein van de buitenlandse betrekkingen. Dat resulteert vaak in een terughoudendheid, waarbij rechters zich beroepen op de hierboven besproken grondwettelijke beginselen.

6. De EU-rechtscolleges hebben die flexibiliteit echter niet: de Verdragen stellen immers duidelijke beperkingen. Gecombineerd met de *ratio legis* van de ‘carve-out’ en de algemene constitutionele uitdagingen van rechterlijk toezicht op de buitenlandse betrekkingen, kan bezwaarlijk redelijk beargumenteerd worden dat het Hof met het arrest-*KS en KD* niet de grenzen van zijn constitutionele mandaat overschrijdt, dan wel minstens ze opzoekt en tot het uiterste verlegt. Weliswaar is het eindoordeel niet verrassend. Het sluit aan bij de tendens in vorige GBVB-rechtspraak en het belang dat de EU-rechtscolleges hechten aan de rechtsstaat en de grondrechten sinds het Verdrag van Lissabon. Vanuit een strategisch oogpunt is het ook een belangrijke stap om de toetreding van de Unie tot het EVRM mogelijk te maken, zoals hierna besproken. Het Hof kreeg verder ook steun om in die richting te evolueren van enkele EU-instellingen en tussenkomende lidstaten. Maar ongeacht deze goede redenen en bedoelingen moet de vraag gesteld worden: is het aan het Hof, als rechtscollege, om de eigen bevoegdheid zo grondig, voorbij de bewoordingen van de Verdragen, te hervormen?

7. Het Hof lijkt zich ervan bewust te zijn dat een volledige ommekeer van de bevoegdheidsregeling op verzet zou stuiten. Het zoekt dus een balans. Zo komt het zorgvuldig en stapsgewijs tot zijn besluit. Eerst benadrukt het Hof op omstandige wijze dat de EU-rechtscolleges een beperkte bevoegdheid dragen en die niet kunnen overschrijden. Die beperkte bevoegdheid is bovendien niet strijdig met het recht op een doeltreffende voorziening in rechte en op een eerlijk proces.^[11] Pas daarna introduceert het Hof de grondige hervorming. Het doet dat niet *ab novo*, maar via een test die volgens het Hof volgt uit de Verdragsbepalingen zelf. Ten eerste moet nagegaan worden of de situatie voorhanden onder één van de twee voornoemde bevoegdheden van de EU-rechtscolleges in dit domein valt. Zo niet, zijn de EU-rechtscolleges toch bevoegd zolang het handelen en nalaten niet rechtstreeks aan de politieke en strategische keuzes in het GBVB raakt. Die tweede stap bevat eveneens een verder element van balans, namelijk de invoering van een *political question*-doctrine. Hoewel de doctrine verdere uitwerking behoeft, is het een duidelijk signaal aan de lidstaten: politieke beslissingen over het GBVB blijven buiten het bereik van de EU-rechtscolleges.

8. Het zou dus te ver gaan om het Hof te verwijten dat het zonder oog voor de grenzen in de Verdragen het rechterlijke toezicht op het GBVB heeft hervormd. Het valt af te wachten hoe het Hof de *political question*-doctrine zal hanteren en in welke mate dat zal overeenstemmen met de ‘carve-out’ die nog steeds in de Verdragen staat. Met die nuance in het achterhoofd, kan nog steeds opgemerkt worden dat het bedenkelijk is dat een rechtscollege de eigen macht hertekent op een wijze die ingaat tegen de bepalingen van een tekst die dat rechtscollege eveneens constitueert. Bovendien gaapt er een kloof tussen de letter van de Verdragen en de jurisprudentiële praktijk. Om transparantie en rechtszekerheid te waarborgen, zijn aanpassingen aangewezen. Dat kan in de GBVB-rechtspraak, bijvoorbeeld via een ruime interpretatie van de *political question*-doctrine. Het is echter zeer de vraag of dat realistisch is, gelet op de eenduidige richting die de EU-rechtscolleges reeds enkele jaren volgen met betrekking tot het GBVB. Een andere mogelijkheid is een verdragswijziging, die de bevoegdheid van de EU-rechtscolleges zoals voorgesteld in het arrest-*KS en KD* bevestigt of verwerpt. Uit de posities van de tussenkomende lidstaten en de betrokken EU-instellingen in deze zaak blijkt alvast dat de neuzen niet allemaal in dezelfde richting staan.

II. Een *political question*-doctrine à la EU

9. Het Hof introduceert in dit arrest, voor het eerst woordelijk,^[12] een Unierechtelijke *political question*-doctrine: handelen en nalaten dat ‘rechtstreeks in verband staat met [de] politieke of strategische keuzes’ in het GBVB valt buiten de bevoegdheid van de EU-rechtscolleges. Met dergelijke doctrine verklaren rechters zichzelf onbevoegd om geschillen of vragen op te lossen omdat, omwille van hun natuur of gevolgen, dat toekomt aan andere (politieke) actoren. Ze begrenzen daarmee de verhouding tot de andere machten, al dan niet met de bedoeling om de

eigen legitimiteit te bewaren.[13]

10. De *political question*-doctrine is een klassiek instrument van rechters om (soms absolute) terughoudendheid te tonen in het domein van de buitenlandse betrekkingen. De Amerikaanse variant van de doctrine, die ongetwijfeld de bekendste is, wordt bijvoorbeeld vooral in dat domein toegepast.[14] Het is dus niet opmerkelijk dat het Hof deze doctrine aangrijpt om de verhouding met de andere, politieke actoren te regelen in het GBVB. Handelen en nalaten dat ‘rechtstreeks in verband staat met [de] politieke en strategische keuzes’ behoort toe aan die laatste – de EU-rechtscolleges zijn onbevoegd. Op de andere handelingen in het GBVB houden ze echter wel toezicht.

11. Verdere rechtspraak zal de doctrine moeten verduidelijken. Er kan kort worden ingegaan op twee punten die verduidelijking behoeven. Ten eerste: wanneer is een keuze ‘politiek en strategisch’, en is het voldoende dat een keuze ofwel politiek ofwel strategisch is? Met andere woorden: wanneer is een vraag politiek/strategisch (genoeg) om onder de doctrine te vallen? Het Hof verduidelijkt in *KS en KD* enkel dat uit die zinsnede volgt dat ‘het realiseren, bepalen en uitvoeren van het GBVB, en met name van het [gemeenschappelijk veiligheids- en defensiebeleid], te weten in het bijzonder de vaststelling van de strategische belangen van de Unie en de bepaling van zowel het door de Unie uit te voeren optreden en de door de Unie in te nemen standpunten als de algemene richtsnoeren van het GBVB’[15] hiertoe behoren. Daarnaast gaat het Hof ook *in concreto* na of het handelen en nalaten waarover de verzoekers klaagden ‘politiek en strategisch’ zijn, zonder dat dit veel verduidelijking brengt over de inhoud van die noties. De terminologie en die *in concreto*-benadering laten de EU-rechtscolleges alvast enige ruimte om netelige kwesties in de toekomst toch te ontwijken, mocht dat nodig geacht worden.

12. Een andere interessante vraag die rijst, peilt naar eventuele uitzonderingen op de *political question*-doctrine. Regelmatig vormen grondrechten dergelijke uitzondering: indien deze in het gedrang komen, dan geldt de doctrine niet en oordeelt de rechter toch.[16] De verzoekers, Commissie, enkele tussenkomende lidstaten en advocaat-generaal beargumenteerden allen in essentie dat bij grondrechtenschendingen de ‘carve-out’ verviel. Het Hof wijst dat argument echter zonder meer af. Bovendien gingen de feiten die aanleiding gaven tot het arrest-*KS en KD* net over grondrechtenschendingen. Een grondrechtenpanel, dat geïnstalleerd was om te waken over de grondrechten bij de uitvoering van de rechtsstaatmissie EULEX Kosovo, oordeelde immers dat het gebrek aan middelen van die missie om grondig onderzoek te voeren naar de verdwijningen van de naasten van verzoekers een schending van art. 2 en 3 EVRM uitmaakte.[17] Het Hof acht die toekenning van middelen echter rechtstreeks verbonden met politieke en strategische keuzes, en is dus niet bevoegd om erover te oordelen. Dat alles doet uitschijnen dat er geen grondrechtenuitzondering bestaat op de Unierechtelijke

political question-doctrine. Mocht dat het geval zijn, staat die conclusie overigens op gespannen voet met het uitgangspunt in de GBVB-rechtspraak dat de fundamentele beginselen van de Unie ook toepassing vinden in het GBVB en daaruit de verruimde bevoegdheid van de EU-rechtscolleges volgt. Die verruiming zou dan echter niet zover reiken dat grondrechten, een dergelijk fundamenteel beginsel volgens art. 2 VEU, steeds een rechterlijke bescherming op Unieniveau in dat beleidsdomein genieten.

III. Staan er nog obstakels op het pad van de toetreding tot het EVRM?

13. Tot slot lijkt het Hof de laatste obstakels die het zelf opwierp in zijn advies over de toetreding tot het EVRM weg te nemen.[18] In dat advies oordeelde het Hof immers onder meer dat het onbestaanbaar was met het EU-recht dat na de toetreding het Europees Hof voor de Rechten van de Mens ('EHRM') wel over het GBVB zou kunnen oordelen, maar de EU-rechtscolleges niet.[19] Tijdens een nieuwe onderhandelingsfase werden alle andere bezwaren uit het advies behandeld en, min of meer, opgelost. Het GBVB vormde hierop een uitzondering. Er werd dan ook besloten dat de EU intern dat obstakel zou verhelpen.[20] Het Hof lijkt dat nu te doen. Naast het EHRM zullen nu ook de EU-rechtscolleges, door de zeer welwillende interpretatie van de 'carve-out', in beginsel controle kunnen uitoefenen op het GBVB.

14. Toegegeven, het volledige obstakel is niet verdwenen: een deel van het GBVB is nog steeds vrij van controle door de EU-rechtscolleges. Zonder andere oplossingen in het toetredingsakkoord, zou het EHRM zich nog steeds over dat gereserveerde deel kunnen buigen. Vraag is echter of dat nog een voldoende obstakel vormt. Het is onzeker of het EHRM hierover daadwerkelijk arresten zal wijzen. Handelingen in het domein van de buitenlandse betrekkingen hebben regelmatig een extraterritoriaal effect uit hun aard. Ze moeten echter binnen de jurisdictie van de lidstaten vallen, die voornamelijk een territoriale invulling krijgt, om aan het EVRM onderworpen te zijn.[21] Hoewel het EHRM verschillende uitzonderingen hierop voorzien heeft die aansluiten bij veel voorkomende situaties van buitenlandse betrekkingen, zoals militaire conflicten of diplomatieke zendingen, vallen extraterritoriale situaties zeker niet altijd onder het EVRM.[22] Verder lijkt het ook weinig aannemelijk dat het EHRM zich wel bereid acht om over die 'politieke en strategische' keuzes in het GBVB uitspraak te doen, zonder enige terughoudendheid te tonen. In die zin is het misschien ook geen toeval dat het Hof de 'carve-out' toetst aan de art. 47 Hv. en art. 6 en 13 EVRM en besluit, haast uitsluitend op basis van EHRM-rechtspraak, dat er geen strijdigheid bestaat.[23] Het lijkt alsof het Hof subtiel het EHRM er op wijst dat er geen reden is om dat deel van het GBVB wel te toetsen – zeker niet omdat het Hof de 'carve-out' enkel maar verengd heeft met dit arrest.

IV. Conclusie

15. Het arrest-*KS en KD* vormt het (voorlopige) eindpunt van jarenlange rechtspraak waarin de EU-rechtscolleges de grenzen van hun bevoegdheid in het GBVB steeds meer aftastten en het Hof deze uiteindelijk ook verlegt. Bovendien lijkt een toetreding van de Unie tot het EVRM realistisch(er). Het mag daarom gerust een arrest van constitutioneel belang genoemd worden. Het arrest doet echter ook bedenkingen rijzen over de wenselijkheid en rechtszekerheid van het rechterlijke ingrijpen, dat tot een discrepantie leidt tussen de jurisprudentiële praktijk en de (letter van de) Verdragsbepalingen.

F. Fonteyn

Mandaatassistent Staatsrecht aan de Universiteit Antwerpen

[1] Art. 24, eerste lid, VEU; art. 275 VWEU.

[2] Concl. A-G Wathelet, ECLI:EU:C:2016:381, bij *Rosneft*, HvJ EU (GK) 28 maart 2017, zaak C-72/15, punt 41.

[3] Art. 19 VEU.

[4] *KS en KD*, punt 117.

[5] Bijvoorbeeld J. Nzalibe, 'The Uniqueness of Foreign Affairs', *Iowa L.Rev.* 2004, afl. 3, p. 941-1009.

[6] Bijvoorbeeld T.M. Franck, *Political Question/Judicial Answers. Does the Rule of Law Apply to Foreign Affairs?*, Princeton: Princeton University Press 1992.

[7] Zie H. de Waele, *Legal Dynamics of EU External Relations*, Berlijn: Springer-Verlag 2017, p. 19.

[8] Zie hierover bijvoorbeeld P. van Elsuwege, 'Judicial review and the common foreign and security policy: limits to the gap-filling role of the Court of Justice', *CMLR* 2021, afl. 6, p. 1731-1760. Zie eveneens het arrest gewezen op dezelfde dag als *KS en KD*: *Neves 77 Solutions*, HvJ EU (GK) 10 september 2024, zaak C-351/22, ECLI:EU:C:2024:723, *EHRC Updates* m.nt. de Waele.

[9] Bijvoorbeeld A. Jr. Golia, 'Judicial Review, Foreign Relations and Global Administrative Law', in: H.P. Aust en T. Kleinlein (red.), *Encounters between Foreign Relations Law and International Law. Bridges and Boundaries*, Cambridge: Cambridge University Press 2021, p.

130-158.

[10] D. Amoroso, 'Judicial Abdication in Foreign Affairs and the Effectiveness of International Law', *Chinese JIL* 2015, afl. 1, p. 104.

[11] Art. 47 Hv.; art. 6 en 13 EVRM.

[12] Er waren voorheen reeds sporen van een *political question*-doctrine in de rechtspraak van de EU-rechtscolleges. Zie G. Butler, 'In Search of the Political Question Doctrine in EU Law', *LIEI* 2018, afl. 4, p. 329-354.

[13] Bijvoorbeeld *ibid.*, p. 329.

[14] Bijvoorbeeld C.A. Bradley en E.A. Posner, 'The Real Political Question Doctrine', *Stan.L.Rev.* 2023, afl. 5, p. 1069, 1082-1084.

[15] *KS en KD*, punt 118.

[16] Het Amerikaanse Hooggerechtshof wees bijvoorbeeld een beroep op de doctrine af en oordeelde vervolgens over de (politiek gevoelig liggende) fundamentele rechten van gevangenen in het gevangenkamp Guantánamo Bay (US Supreme Court 12 juni 2008, *Boumediene v. Bush*, 553 U.S. 723 (2008)).

[17] Zie HRRP 11 november 2015, *L.O. t. EULEX*, par. 59; HRRP 19 oktober 2016, *D.W. e.a. t. EULEX*, par. 65, te raadplegen op www.hrrp.eu.

[18] Zie uitgebreider 'Editorial Comments. From Opinion 2/13 to KS and KD: Confronting a legacy of constitutional tensions', *CMLR* 2024, afl. 6, p. 1455-1468; J. Krommendijk, 'One step closer after KS and KD: EU accession to the ECHR', *REALaw.blog* 1 oktober 2024; D. Sarmiento en S. Iglesias Sánchez, 'KS and Neves 77: Paving the Way to the EU's Accession to the ECHR', *EU Law Live* 12 september 2024.

[19] *Adhésion de l'Union à la CEDH*, HvJ EU (voltallig) 18 december 2014, advies 2/13, ECLI:EU:C:2014:2454, punten 249-257, «EHRC» 2015/65 m.nt. (1) Krommendijk en Beijer en (2) Van Rossem.

[20] Rapport 46+1(2023)R18 van de CDDH Ad Hoc Negotiation Group ("46+1") on the Accession of the European Union to the European Convention on Human Rights (17 maart 2023), par. 7.

[21] Art. 1 EVRM.

[22] Voor een overzicht: *Oekraïne en Nederland t. Rusland*, EHRM (GK) 30 november 2020 (ontv.), nrs. 8019/16 e.a., ECLI:CE:ECHR:2022:1130DEC000801916, par. 547-575, *EHRC Updates* m.nt. Pijnenburg.

[23] Een omstandige analyse van die rechtspraak past niet binnen het bestek van deze noot. Echter kan opgemerkt worden dat het EHRM een bijzonder belang hecht aan de proportionaliteit van beperkingen op de toegang tot de rechter, zoals bijvoorbeeld blijkt uit de rechtspraak over de Franse *political question*-doctrine in het domein van de buitenlandse betrekkingen. In een eerste zaak boog geen enkele rechter zich over de situatie van verzoekers op basis van de doctrine, wat een schending van art. 3, tweede lid, Vierde Protocol betekende (EHRM (GK) 14 september 2022, nrs. 24384/19 en 44234/20, ECLI:CE:ECHR:2022:0914JUD002438419, par. 277-284, *EHRC Updates* m.nt. Pijnenburg; het EHRM toetste art. 6 EVRM niet). In een tweede zaak was een andere juridische procedure wel mogelijk, waardoor art. 6 EVRM niet geschonden was (EHRM 4 april 2024, nrs. 17131/19 e.a., ECLI:CE:ECHR:2024:0404JUD001713119, par. 112-127, *EHRC Updates* m.nt. (1) van der Hulle en (2) Kuiper-Slendebroek). Het Hof van Justitie besteedt echter weinig tot geen aandacht aan de proportionaliteit van de ‘carve-out’.