

De ‘nieuwe generatie’ Associatieovereenkomst tussen de EU en Oekraïne en zijn constitutionele context

N.F. Idriz en L.A.J. Senden*

In deze bijdrage wordt de bredere context, doelstelling en inhoud van de Associatieovereenkomst tussen de EU en Oekraïne (hierna: AO) geschetst, en wat deze bijzonder maakt ten opzichte van andere associatieovereenkomsten. In het bijzonder gaan we ook in op die juridische aspecten die democratische controle via een referendum bemoeilijken. Daarbij besteden we specifiek aandacht aan de constitutionele perikelen die ontstaan voor de Nederlandse regering alsook voor de EU, ingeval een meerderheid zich tegen de goedkeuringswet uitspreekt en het Nederlandse parlement vervolgens zou besluiten de goedkeuringswet in te trekken.

Trefwoorden: associatieovereenkomst, nabuurschapsbeleid, bevoegdheidsverdeling, gemengd verdrag, ratificatie, referendum

1. De AO in zijn bredere context

De AO¹ komt in de plaats van de in 1994 ondertekende Partnerschaps- en Samenwerkingsovereenkomst (hierna: PSO) tussen de Europese Gemeenschappen (EG) en hun lidstaten enerzijds en Oekraïne anderzijds.² De PSO trad in werking in 1998 en volgde op de in 1989 ondertekende Overeenkomst omtrent handel en samenwerking tussen de EG en de toenmalige Sovjet-Unie.³ De PSO beoogde economische samenwerking en politieke dialoog, maar was veel minder ambitieus dan de huidige AO. De bepalingen van de PSO waren breed en vaag geformuleerd en de partijen stelden enkel als doel op termijn te bekijken of de omstandigheden het toestaan, met name wanneer Oekraïne verder gevorderd zal zijn in het economisch hervormingsproces, onderhandelingen te beginnen over het tot stand brengen van een vrijhandelszone (art. 4). Met andere woorden, die bepalingen waren niet meer dan intentieverklaringen. De PSO was getekend voor een periode van 10 jaar, die afliep in 2008. Vanaf dat tijdstip zou de PSO automatisch jaarlijks worden verlengd, tenzij een van de partijen zes maanden voordien de overeenkomst schriftelijk zou opzeggen. Aangezien veel van de PSO bepalingen echter als verouderd werden beschouwd,⁴ ontstond er in 2008 al politieke overeenstemming tussen de EU en haar lidstaten enerzijds en de Oekraïne anderzijds over de onderhandeling van een nieuwe overeenkomst; de uiteindelijk in 2014 ondertekende Associatieovereenkomst.⁵

De AO maakt deel uit van een serie Associatieovereenkomsten die op de EU-top in Praag in mei 2009 is afgesproken. Die serie vormt het Oostelijke Partnerschap van de EU met zes van

* Dr. Narin Idriz is universitair docent Europees recht aan de Universiteit Utrecht, prof.mr. Linda Senden is hoogleraar Europees recht aan de Universiteit Utrecht. Beiden zijn verbonden aan het RENFORCE onderzoekscentrum.

¹ Pb 2014 L161/3.

² Pb 1998 L49/1.

³ Pb 1990 L68/1.

⁴ Onder meer omdat in de preambule en art. 1 van de PSO nog werd gesproken van ‘een economie in transitie’ terwijl daar na de toetreding van Oekraïne tot de WTO in 2008 geen sprake meer van was. Zie nader hierover R. Petrov, G. Van der Loo, en P. Van Elsuwege, “The EU-Ukraine Association Agreement: Assessment of an Innovative Legal Instrument”, *EUI Working Papers*, LAW 2014/09, p. 3-4.

⁵ Zie Conclusies van de EU-Oekraïne top in Parijs van 9 September 2008. Online beschikbaar: http://www.consilium.europa.eu/ueDocs/cms_Data/docs/pressData/en/er/102633.pdf

haar oostelijke buurlanden: Armenië, Azerbeidzjan, Wit-Rusland, Georgië, Moldavië en Oekraïne. Het Oostelijke Partnerschap is op haar beurt onderdeel van het overkoepelende Europese Nabuurschapsbeleid. Dat heeft tot doel naburige landen te stabiliseren en hen te ondersteunen in hun proces om volledig werkende democratieën te worden.⁶

Artikel 217 VWEU geeft een nogal brede rechtsgrondslag voor en omschrijving van associatieakkoorden: “De Unie kan met één of meer derde landen of internationale organisaties akkoorden sluiten waarbij een associatie wordt ingesteld die wordt gekenmerkt door wederkerige rechten en verplichtingen, gemeenschappelijk optreden en bijzondere procedures.”⁷ Hoewel handelsliberalisatie doorgaans een belangrijk onderdeel is van associatieovereenkomsten, zijn de associatieovereenkomsten in het kader van het nabuurschapsbeleid niet slechts handelsverdragen.⁸ Ze omvatten een breed scala aan onderwerpen, zoals politieke samenwerking, samenwerking op het gebied van het Gemeenschappelijk Buitenlands- en Veiligheidsbeleid, en de bestrijding van illegale migratie, corruptie, terrorisme, etc. Politieke samenwerking maakte vaak al onderdeel uit van associatieovereenkomsten maar met het Verdrag van Lissabon (2009) is het een onontbeerlijk onderdeel daarvan geworden, aangezien art. 21 VEU de Unie nu uitdrukkelijk opdraagt om “de democratie, de rechtsstaat, de mensenrechten en de beginselen van het internationaal recht” in haar internationale betrekkingen te bevestigen en te ondersteunen. De AO behelst ook een zogenaamde standaard ‘essential element clause’ die democratische beginselen en respect voor mensenrechten en fundamentele vrijheden betreft. Ingeval van schending van deze beginselen en rechten kan de overeenkomst worden opgeschort (art. 2 juncto art. 478 AO).⁹ Dergelijke clausules zijn sinds de jaren 90 niet alleen in associatieovereenkomsten te vinden, maar ook in andere verdragen die de Unie sluit.

Associatieovereenkomsten worden vaak gezien als springplank naar EU lidmaatschap,¹⁰ maar dat is niet altijd het geval. Hoewel sommige associatieovereenkomsten een lidmaatschap in het vooruitzicht stellen, doen andere dat weer niet.¹¹ EU lidmaatschap is in elk geval afhankelijk van het overnemen van het algehele *acquis communautaire* door de kandidaat-lidstaat, een proces dat is onderverdeeld in onderhandeling over vijftientig hoofdstukken/gebieden. Pas dan kan een toetredingsverdrag tot stand komen waarmee alle

⁶ Zie de Gezamenlijke Verklaring uit de Oostelijke Partnerschap Top in Praag, 7 mei 2009. Online beschikbaar: http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/en/er/107589.pdf Voor een kritische analyse van de Oostelijke Partnerschap, zie E. Korosteleva, “Change or Continuity: Is the Eastern Partnership an Adequate Tool for the European Neighbourhood?”, 25 *International Relations* (2011), p. 243-262.

⁷ Nader hierover, N. Idriz-Tezcan, *Legal constraints on EU Member States as primary law makers. A Case Study of the Proposed Permanent Safeguard Clause on Free Movement of Persons in the EU Negotiating Framework for Turkey’s Accession*, E.M. Meijers Instituut, 2015, p. 35-38 en p. 43-53 voor wat betreft de verschillende associatiemodellen.

⁸ D. Phinnemore, *Association: Stepping-Stone or Alternative to EU Membership?*, England: Sheffield Academic Press, 1999, p. 30.

⁹ L. Bartels, *Human Rights Conditionality in the EU’s International Agreements*, OUP, 2005.

¹⁰ Phinnemore 1999, *op.cit.*

¹¹ Zo verwijst de aanhef van de EEG-Turkije Associatieovereenkomst (1963) bijvoorbeeld expliciet naar de toetreding van Turkije tot de Europese Gemeenschap in een later stadium, maar het is de vraag of die toetreding ooit zal plaatsvinden. De Associatieverdragen met Malta (1970) en Cyprus (1972) daarentegen, stelden geen lidmaatschap in het vooruitzicht. Ze waren vooral beperkte handelsverdragen die de mogelijkheid boden om in de toekomst een douane-unie op te richten. Maar er was begin jaren ’90 politieke wil om deze landen onderdeel te laten uitmaken van het pre-toetredingsbeleid ten aanzien van de Centraal- en Oosteuropese landen. De meesten traden uiteindelijk in 2004 toe tot de EU. Zie M. Maresceau, *Bilateral Agreements Concluded by the European Community*, Martinus Nijhoff Publishers, 2006, p. 319.

lidstaten en hun parlementen vervolgens moeten instemmen.¹² Kort gezegd, is het een lange weg van associatie naar toetreding, zelfs wanneer een associatieovereenkomst nadrukkelijk in een toekomstig lidmaatschap voorziet. Uiteindelijk is de eventuele toetreding niet een juridische vraag; dit hangt volledig af van de politieke wil van de lidstaten.¹³

Ook al behelst de AO bepalingen die Oekraïne verplichten tot het overnemen van bepaalde EU normen, dit wordt nergens als zodanig verbonden aan de mogelijkheid van toetreding tot de Unie. De AO bevat geen enkele uitdrukkelijke bepaling of overweging die refereert aan toetreding van Oekraïne in de toekomst, wat een weloverwogen politieke keuze is.¹⁴ In de aanhef van de Overeenkomst wordt Oekraïne wel erkend als “Europees” land, dat een gezamenlijke geschiedenis en gezamenlijke waarden deelt met de Lidstaten van de EU.¹⁵ “Opmerkend dat Oekraïne belang hecht aan zijn Europese identiteit”, erkent de EU in de aanhef van de Overeenkomst “de Europese ambities van Oekraïne” en juicht het “de keuze voor Europa” toe. Er wordt dus geen expliciete toezegging gedaan, maar evenmin wordt de mogelijkheid tot toetreding in de toekomst van dit “Europees land” bij voorbaat uitgesloten.¹⁶ Het doel van de huidige Associatieovereenkomst is om “geleidelijke toenadering tussen de partijen te bewerkstelligen op basis van gemeenschappelijke waarden en nauwe en geprivilegieerde banden”, aldus art. 1(2)(a) AO.

2. Procedure en ‘gemengde’ rechtskarakter

Associatieovereenkomsten worden gesloten volgens de procedure die artikel 218 VWEU voorschrijft. Dit impliceert allereerst instemming van alle lidstaten en goedkeuring door het Europees Parlement. De Europese Commissie onderhandelt over de inhoud van deze overeenkomsten, maar doet dat op uitdrukkelijk mandaat van de Raad van Ministers. Op 22 januari 2007 heeft de Raad de Europese Commissie een mandaat gegeven en instructies geformuleerd om onderhandelingen te openen over een associatieovereenkomst met Oekraïne. Dat heeft op 17 maart 2014 geleid tot een unaniem besluit van de Raad tot ondertekening van de AO en op 21 maart resp. 27 juni 2014 is de Overeenkomst daadwerkelijk ondertekend.¹⁷ Op 16 september 2014 is de goedkeuring van het Europees Parlement verkregen. Voorwaarde voor de inwerkingtreding is, zo is bepaald in artikel 486(2) van de AO, ratificatie door iedere lidstaat overeenkomstig hun grondwettelijke vereisten. In alle lidstaten behalve Nederland, is het ratificatieproces door nationale parlementen en andere daartoe bevoegde nationale instanties inmiddels afgerond.¹⁸ In Nederland hebben de Tweede Kamer en de Eerste Kamer medio 2015 ook hun instemming gegeven, maar hangt uiteindelijke ratificatie nu af van wat het parlement zal doen naar aanleiding van de uitslag van het referendum.

¹² C. Hillion, “EU Enlargement”, in P. Craig en G. De Burca (eds.), *The Evolution of EU Law*, Oxford: OUP, 2011.

¹³ S. Peers, “EC Frameworks of International Relations: Co-Operation, Partnership and Association”, in *The General Law of EC External Relations*, A. Dashwood en C. Hillion (ed.), Sweet & Maxwell, 2000.

¹⁴ Zie bv. het artikel in de Volkskrant van 1.4.2016 ‘Vijf EU-landen blokkeerden lidmaatschap Oekraïne’.

¹⁵ Op zichzelf genomen, zou dit wel een eerste toets zijn die elke kandidaat-lidstaat moet kunnen doorstaan.

¹⁶ Deze mogelijkheid kan ook niet worden uitgesloten vanwege het feit dat Oekraïne een deel uitmaakt van Oostelijke Partnerschap. Zie, A. Verdun en G. E. Chira, “The Eastern Partnership: The burial ground of Enlargement hopes?”, 9 *Comparative European Politics* (2011), p. 449.

¹⁷ Voor een analyse van de juridische en politieke hindernissen in de richting van de totstandkoming van de overeenkomst, zie G. Van der Loo, *The EU-Ukraine Association Agreement and Deep and Comprehensive Free Trade Area*, Leiden: Brill, 2016, pp. 100-164.

¹⁸ Zie voor een overzicht van de nationale ratificatieprocedures: https://nl.wikipedia.org/wiki/Associatieovereenkomst_tussen_de_Europese_Unie_en_Oekraïne, laatst geraadpleegd op 29 maart 2016.

Wanneer associatieovereenkomsten zowel betrekking hebben op handelsliberalisatie als politieke samenwerking, wat nu dus de praktijk is (zie par. 1), hebben zij een ‘gemengd’ rechtskarakter en zijn ze te typeren als ‘gemengde’ verdragen.¹⁹ Dit wil zeggen dat bepaalde onderdelen daarvan binnen de bevoegdheid van de Unie vallen en andere binnen nationale bevoegdheden. Dit brengt mee dat derhalve niet alleen de Unie maar ook de afzonderlijke lidstaten partij moeten zijn bij een dergelijk verdrag. Dit komt ook tot uiting in artikel 482 AO dat voor de toepassing van deze overeenkomst, naast Oekraïne, onder „partijen” verstaat ‘de Unie, of haar lidstaten, of de Unie en haar lidstaten’ en dit ‘in overeenstemming met hun respectieve bevoegdheden’ krachtens het Werkingsverdrag.

Gegeven dat het gaat om het vormgeven van de algehele relatie met een buurland van de EU, waarbij politieke en economische aspecten vaak nauw samenhangen, is het een logische keuze de samenwerking in één enkel verdrag te gieten. Bijgevolg zijn associatieovereenkomsten wel juridisch complex, aangezien ze enerzijds zaken regelen die binnen de exclusieve bevoegdheden van de Unie vallen, anderzijds zaken die binnen de bevoegdheden van de lidstaten vallen. Zo staat op grond van het door het Verdrag van Lissabon geïntroduceerde art. 3(1)e VWEU nu vast dat gemeenschappelijk handelsbeleid een exclusieve Uniebevoegdheid betreft. Ingevolge art. 2(1) VWEU betekent dat, dat op die gebieden uitsluitend de Unie bevoegd is tot handelen, en dat de lidstaten slechts bevoegd zijn voor zover de Unie hen daartoe gemachtigd heeft. Dit geldt dus ook voor de handelsonderdelen van de AO. Op het terrein van buitenlands beleid en veiligheid, bestrijding van terrorisme, corruptie, witwaspraktijken en georganiseerde misdaad, bescherming van persoonsgegevens, migratie, etc, zijn de lidstaten zelf bevoegd en delen ze tot op zekere hoogte bevoegdheden met de EU (zie art. 2(2) VWEU). Het gemengde rechtskarakter brengt dus met zich dat zowel de Unie als de afzonderlijke lidstaten feitelijk voor verschillende onderdelen van de overeenkomst handelingsbevoegd zijn. Maar voor inwerkingtreding van associatieovereenkomsten is nationale ratificatie vereist. Ook al betreft de nationale bevoegdheid enkel een deel van zo’n overeenkomst, het nationale ratificatieproces is aldus wel relevant voor de gehele overeenkomst, zo ook voor de AO.

Behalve dat een dergelijk gemengd verdrag problemen bij de ratificatie kan opleveren, die we in par. 4 en 5 nader duiden, kan er onduidelijkheid bestaan wie precies waarvoor bevoegd is en verantwoordelijkheid draagt – de EU dan wel de individuele lidstaten - en daarmee rechtsonzekerheid, bijvoorbeeld over wie aan te spreken ingeval er conflicten zijn over de interpretatie of implementatie²⁰ en wie aansprakelijk is ingeval van schendingen van de overeenkomst.²¹ De afbakening van Unie- en nationale bevoegdheden is in de praktijk echter lastig scherp te trekken, zeker wanneer het gaat om veelomvattende internationale overeenkomsten.²² Het aanhechten van een zogenaamde ‘verklaring van bevoegdheden’ is daarom niet altijd een oplossing. Ook een opsplitsing van de overeenkomst in tweeën - een handelsverdrag waar de Unie partij bij zou zijn en een politiek verdrag waarbij de lidstaten partij zouden zijn – is om dezelfde reden niet meteen een voor de hand liggende oplossing.²³

¹⁹ Zie hierover H.G. Schermers, “A Typology of Mixed Agreements”, in D. O’Keeffe en H. G. Schermers, *Mixed Agreements*, Kluwer, 1983, pp. 25-26; A. Rosas, “The European Union and Mixed Agreements”, in A. Dashwood en C. Hillion (eds.), *The General Law of EC External Relations*, Sweet & Maxwell, 2000, pp. 203-204; C. Hillion en P. Koutrakos (eds.), *Mixed Agreements Revisited – The EU and its Member States in the World*, Oxford; Hart Publishing 2010.

²⁰ Zie B. van Vooren en R. Wessel, *External relations of the EU*, CUP 2014, p. 57.

²¹ P. Eeckhout, *EU External Relations Law*, OUP, tweede druk, 2011, p. 213-214 en 221.

²² In deze zin ook Eeckhout 2011, *op.cit.*, p. 256.

²³ Vgl. Van Vooren en Wessel 2014, *op.cit.*, p. 56.

Bij pure handelsverdragen is er geen aanleiding voor de sluiting van een gemengd verdrag en zal enkel de Unie en het derde land partij zijn daarbij. In dat geval is ratificatie door de afzonderlijke lidstaten niet aan de orde; uitsluitend de Unie is bevoegd. Ook de besluitvormingsprocedure bij dit soort verdragen verloopt anders; over veel onderwerpen wordt dan met gekwalificeerde meerderheid in de Raad besloten, met uitsluiting van handel in diensten en handelsaspecten van intellectuele eigendom en buitenlandse directe investeringen (art. 207, lid 4 VWEU). Maar ook in dit verband speelt in de praktijk vaak de vraag wat precies wel en niet onder het gemeenschappelijke handelsbeleid valt, en daarmee wel en niet onder de exclusieve bevoegdheid van de EU. De grenzen van het gemeenschappelijk handelsbeleid zelf zijn dus niet eenduidig en gemakkelijk vast te stellen, getuige ook de uitvoerige rechtspraak van het Hof van Justitie.²⁴ Met andere woorden, wanneer is er sprake van een puur handelsverdrag?

In dit verband is interessant op te merken dat de parlementen van 16 lidstaten, op initiatief van de Tweede Kamer, bij de Eurocommissaris voor Handel, Karel de Gucht hebben gepleit voor een ratificatiebevoegdheid ten aanzien van de *Comprehensive Economic Trade Agreement* (CETA) tussen de EU en Canada en het *Transatlantic Trade and Investment Partnership* (TTIP) tussen de Verenigde Staten en de EU.²⁵ De redenering die aan hun verzoek ten grondslag ligt is dat het gaat om gemengde verdragen, omdat niet alles wat deze akkoorden regelen onder het gemeenschappelijke handelsbeleid valt maar ook beleidsterreinen raken waarop de lidstaten bevoegd zijn, in het bijzonder diensten, investeringsbescherming en transport. Naar aanleiding hiervan heeft de Commissie het Hof van Justitie om advies gevraagd wat de juridische aard is van dit soort akkoorden, maar het heeft die adviesvraag niet aan de CETA en TTIP akkoorden gekoppeld maar aan het handelsakkoord tussen de EU en Singapore.²⁶ Overigens zijn er vanuit verschillende groeperingen al initiatieven genomen om over de CETA en TTIP akkoorden, wanneer deze goedgekeurd zouden worden door het parlement, een referendum te organiseren.²⁷

3. Inhoudelijke reikwijdte en voorwaardelijkheid

De AO is de meest gedetailleerde internationale overeenkomst die ooit door de EU met een derde land is gesloten.²⁸ Getuige art. 1 van de AO is het overkoepelende doel de politieke en economische betrekkingen te verdiepen en vrede en stabiliteit te bevorderen. De oprichting van een versterkt institutioneel kader en innovatieve bepalingen die niet in eerdere associatieakkoorden zijn te vinden moeten daaraan bijdragen. Deze betreffen onder meer harmonisatie van de wetgeving van Oekraïne op bepaalde gebieden in overeenstemming met EU wetgeving, maar ook bijvoorbeeld arbitrage, de rol van civil society, conditionaliteit en

²⁴ Uitgebreid hierover, Eeckhout 2011, *op.cit.* p. 11-67.

²⁵ Brief van 25 juni 2014 over parlementaire betrokkenheid bij vrijhandelsakkoorden, te raadplegen via: <https://www.tweedekamer.nl/nieuws/kamernieuws/belangrijke-rol-voor-parlementen-bij-verdragen-als-ttip>

²⁶ Advies 2/15, ingediend op 16.10.2015. De voorgelegde vragen zijn: Heeft de Unie de vereiste bevoegdheid om alleen de vrijhandelsovereenkomst met Singapore te ondertekenen en te sluiten? Meer bepaald, welke bepalingen van de overeenkomst behoren tot de exclusieve bevoegdheid van de Unie; welke bepalingen van de overeenkomst behoren tot de gedeelde bevoegdheid van de Unie; is er enige bepaling van de overeenkomst die tot de exclusieve bevoegdheid van de lidstaten behoort? Zie ook de brief van Minister Ploumen aan de Voorzitter van de Tweede Kamer hierover, d.d. 15 januari 2016, Vergaderjaar 2015-2016, 21 501-02.

²⁷ Zie bv. <https://www.tni.org/es/node/22341>. Overigens heeft de Tweede Kamer op 18 november 2015 een motie van de PvdD en SP verworpen om een referendum over TTIP te organiseren.

²⁸ De overeenkomst bevat 486 bepalingen, 44 bijlages, en 3 protocollen, in totaal meer dan 2000 pagina's.

toezicht.²⁹ Van bijzonder belang is ook de doelstelling om een diepe en brede vrijhandelsruimte op te richten; de zogenaamde *Deep and Comprehensive Free Trade Area* (hierna: “DCFTA”).

De eerste titels van de AO betreffen de politieke samenwerking. Titel I bevat in het bijzonder de al genoemde ‘*essential element*’ clause over respect van de rechtsstaat en fundamentele rechten. Titel II gaat over “Politieke dialoog en hervorming, politieke integratie, samenwerking en convergentie op het vlak van buitenlands- en veiligheidsbeleid” en Titel III betreft het gebied van “Justitie, vrijheid en veiligheid”. Titel III bevat cruciale bepalingen inzake de rechtsstaat, respect voor de mensenrechten en fundamentele vrijheden, bescherming van persoonsgegevens, juridische samenwerking, migratie, asiel en grensbeheer, witwassen van geld en terrorismefinanciering, bestrijding van misdaad, corruptie en terrorisme.

De AO behoort verder tot de zogenaamde “nieuwe generatie” associatieovereenkomsten;³⁰ deze streven naar economische integratie door middel van de al eerder genoemde DCFTAs. Ze zijn de “nieuwe generatie” omdat ze verder gaan dan het verwijderen van im- en exportheffingen en het instellen van een vrij verkeer van goederen en ook barrières weghalen voor het vrije dienstenverkeer, de vestigingsvrijheid van ondernemingen en investeringen. Ze voorzien ook in convergentie in regulering en handhaving op terreinen zoals het mededingingsrecht, aanbestedingsrecht, bescherming van intellectueel eigendomsrecht, milieubescherming, etc.³¹ Dat is onder Titel IV “Handel en daarmee verband houdende aangelegenheden” het meest gedetailleerde onderdeel van de overeenkomst. De reikwijdte van economische en sectorale samenwerking onder Titel V van de overeenkomst is ook indrukwekkend.³² In elk van deze hoofdstukken en gebieden is een stapsgewijze, maar uitgebreide toenadering voorzien tot het EU *acquis* door de gedeeltelijke of volledige vaststelling van honderden relevante EU-richtlijnen en verordeningen. Het tijdpad voor de verschillende gebieden verschilt van 2 tot 10 jaar na de inwerkingtreding van de AO.

De AO is gebaseerd op een strikte voorwaarde van ‘markttoegang’.³³ Dit betekent dat Oekraïne slechts dan toegang krijgt tot de Europese interne markt, als de Unie ervan overtuigd is dat Oekraïne met succes aan haar verplichtingen tot het doorvoeren en naleven van de vereiste wetwijzigingen heeft voldaan. Het moeilijkste of meest strikte deel met betrekking tot markttoegang is dat van DCFTA (Titel IV) hoofdstuk 6 op Diensten, vestiging en elektronische handel, want dit deel bevat de meest gedetailleerde verplichtingen inzake de

²⁹ R. Petrov, G. Van der Loo, en P. Van Elsuwege, “The EU-Ukraine Association Agreement: A New Legal Instrument of Integration Without Membership?”, 1 *Kyiv-Mohyla Law and Politics Journal* (2015), p. 2.

³⁰ Dit geldt bijvoorbeeld ook voor de recente associatieakkoorden met Moldavië en Georgië.

³¹ Zie Titel IV van de AO: Handel en daarmee verband houdende aangelegenheden.

³² Titel V bevat 28 hoofdstukken. Die hoofdstukken hebben betrekking tot de volgende gebieden: Samenwerking inzake energie, met inbegrip van kernenergie; Macro-economische samenwerking; Beheer van overheidsfinanciën; Begrotingsbeleid, interne controle en externe audit; Belastingen; Statistiek; Milieu; Vervoer; Ruimtevaart; Wetenschap en Technologie; Industrie- en ondernemingsbeleid; Mijnbouw en metaalindustrie; Financiële diensten; Venootschapsrecht, corporate governance, boekhouding en boekhoudkundige controle; Informatiemaatschappij; Audiovisueel beleid; Toerisme; Landbouw en plattelandsontwikkeling; Visserijbeleid en maritiem beleid; De Donau; Consumentenbescherming; Werkgelegenheid, sociaal beleid en gelijke kansen; Volksgezondheid; Onderwijs, opleiding en jeugd; Cultuur; Sport en beweging; Maatschappelijke samenwerking; Grensoverschrijdende en regionale samenwerking; en Deelname aan EU-agentschappen en –programma’s.

³³ Dat geldt niet voor alle gebieden. Er is bijvoorbeeld geen voorwaardelijkheid verbonden aan het aanpassing clauses inzake mededingingsrecht (art. 256 AO) of Handelsrelateerde energie (hoofdstuk 11 van Titel IV).

aanpassing van de wetgeving in deze gebieden.³⁴ De reden voor deze ingrijpende aanpassing van de wetgeving in dit specifieke gebied is dat het zal leiden tot het verlenen van interne markt behandeling. Dit betekent dat rechtspersonen van Oekraïne dezelfde vrijheid van vestiging zullen hebben en diensten zullen mogen verrichten in de interne markt als rechtspersonen van de EU-lidstaten.³⁵ Werknemers van een Oekraïense rechtspersoon kunnen dus bijvoorbeeld als tijdelijke dienstverlener op de Europese interne markt actief zijn. Daarmee strekt de AO verder dan andere associatieovereenkomsten wat betreft het vrij dienstenverkeer en het vrij verkeer van ondernemingen (onder de strenge voorwaarden van ‘markttoegang’), volgens sommigen bijna net zo vergaand als de EER-Overeenkomst.³⁶ Maar de interne markt behandeling wordt pas mogelijk nadat er een positieve beoordeling en beslissing van het Handelscomité ligt.³⁷ Dit Comité bestaat uit vertegenwoordigers van de Unie en Oekraïne (zie art. 464-466 AO) en kan ook zaken als fraudebestrijding meewegen in zijn beslissingen (zie bv. art. 37, lid 4 AO).

De AO is verder nog wel terughoudend wat betreft de mobiliteit van werknemers. De AO geeft werknemers geen recht op toegang tot de arbeidsmarkt, noch een recht op vrij verkeer in de EU. Art. 17 AO garandeert alleen een gelijke behandeling van Oekraïners als zij rechtmatig in dienst zijn in een lidstaat. Art. 18 AO bevat slechts een zgn. ‘standstill’ clausule betreffende het behoud en mogelijk verbetering van “de door de lidstaten in het kader van bilaterale overeenkomsten verleende werkgelegenheidsmogelijkheden voor Oekraïense werknemers”. De lidstaten mogen dus geen regelingen invoeren die een teruggang of nieuwe obstakels zouden impliceren en andere lidstaten worden aangemoedigd het sluiten van dergelijke bilaterale overeenkomsten te overwegen.

Omtrent het vrij verkeer van personen verwijst art. 19(3) AO verder nog naar het actieplan voor visumliberalisering van 22 november 2010. De EU-Oekraïne Dialoog over Visum Liberalisatie speelt al sinds oktober 2008, in de context van het Oostelijke Partnerschap. In het kader van de dialoog diende Oekraïne te voldoen aan voorwaarden op vier terreinen: documentbeveiliging, inclusief biometrie; grensmanagement, migratie en asiel; openbare orde en veiligheid; en externe betrekkingen en fundamentele rechten. Het laatste rapport van de Europese Commissie van december 2015 meent dat Oekraïne aan de Europese maatstaven en voorwaarden heeft voldaan.³⁸ Verwacht wordt dat de Commissie in de eerste helft van 2016 een voorstel bij de Raad en het Europees Parlement zal indienen om Verordening (EG) 539/2001 te wijzigen om zo de bestaande visumvereisten voor Oekraïense burgers op te heffen. Kortom, de AO bevat zelf als zodanig geen juridische verplichting maar het proces van visumliberalisering ontwikkelt zich al los daarvan.

Ten slotte moet nog worden opgemerkt dat de voorwaardelijkheid ten aanzien van markttoegang ook een strikt en effectief proces van toezicht en beoordeling vereist. De AO voorziet daartoe in een nieuw en uitgebreid toezichtmechanisme in aanvulling op het

³⁴ Zie bijvoorbeeld arts. 114, 124, en 133 AO. Deze bepalingen worden verder uitgewerkt in bijlage XVII die specifieke regels en beginselen inzake aanpassing van de wetgeving en een duidelijke selectie van de EU-wetgeving bevat.

³⁵ Zie het eerste en tweede streepjes van art. 4(3), Bijlage XVII AO. Het vrije verkeer van natuurlijke personen, dat wil zeggen de zelfstandigen, is niet inbegrepen. Zie art. 4(6) Bijlage XVII AO.

³⁶ R. Petrov, G. Van der Loo, en P. Van Elsuwege, “The EU-Ukraine Association Agreement: Assessment of an Innovative Legal Instrument”, *EUI Working Papers*, LAW 2014/09, p. 16.

³⁷ Zie art. 4(3), Bijlage XVII AO.

³⁸ European Commission, Sixth Progress Report on the Implementation by Ukraine of the Action Plan on Visa Liberalisation, 18.12.2015, COM(2015) 905 final. Online beschikbaar:

<https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2015/EN/1-2015-905-EN-F1-1.PDF>

vereiste regelmatig voortgangsrapportages op te stellen. “Het toezicht kan missies ter plaatse omvatten, waaraan de instellingen, organen en agentschappen van de EU deelnemen, evenals indien nodig niet-gouvernementele organisaties, toezichthoudende autoriteiten, onafhankelijke deskundigen en anderen”, aldus art. 475(3) AO. Het doel is daarbij natuurlijk dat het proces verder gaat dan een formele aanpassing van nationale regels, en dat er daadwerkelijk geïmplementeerd en gehandhaafd wordt, wat in oudere Associatieovereenkomsten met andere landen veel minder nadruk kreeg. De praktijk zal moeten uitwijzen hoe dit precies invulling krijgt..

4. De kwestie van de ‘voorlopige toepassing’

Hoewel voor formele inwerkingtreding zowel goedkeuring door het EP als ratificatie door alle lidstaten is vereist (art. 486(2) AO), zijn delen van de AO per 1 januari 2016 van ‘voorlopige toepassing’ verklaard. Het betreft die bepalingen van de AO die binnen de exclusieve bevoegdheden van de EU vallen, namelijk de handelsgerelateerde onderdelen. De voorlopige toepassing strekt zich niet uit tot de politieke bepalingen die tot de nationale bevoegdheden behoren, zoals buitenlands- en veiligheidsbeleid, migratie, databescherming en de strijd tegen criminaliteit, terrorisme, corruptie en geldwitwassening,³⁹ maar ook van de overige titels vallen sommige bepalingen niet onder de voorlopige toepassing.⁴⁰ De rechtsgevolgen van de bepalingen die onder de voorlopige toepassing vallen is niet anders dan in het geval zij in werking zijn getreden, omdat volgens art. 486(5) AO verwijzingen naar „de datum van inwerkingtreding van deze Overeenkomst” moeten worden gelezen als „de datum met ingang waarvan de Overeenkomst voorlopig wordt toegepast”.

‘Voorlopige toepassing’ is geen juridische bijzonderheid van de Associatieovereenkomst met Oekraïne;⁴¹ dit is volledig in overeenstemming met het Nederlandse, internationale en het Europees recht. Zo voorziet artikel 15 van de Rijkswet goedkeuring en bekendmaking van verdragen in deze mogelijkheid, maar wordt daar wel een aantal voorwaarden aan verbonden.⁴² Art. 25 van het Weens Verdragenverdrag bepaalt dat een verdrag of een deel van een verdrag voorlopig toegepast kan worden in afwachting van de formele inwerkingtreding, indien dit in het verdrag zelf is geregeld. Art. 486(3) en (4) AO voorziet uitdrukkelijk in deze mogelijkheid, mits de daarvoor vastgestelde procedures worden gevolgd. Zolang de laatste akte van ratificatie of goedkeuring niet is ontvangen en inwerkingtreding dus niet mogelijk is, kan ingevolge lid 3 de Unie en Oekraïne de AO op voorlopige basis ‘ten dele toepassen, zoals door de Unie gespecificeerd, overeenkomstig het bepaalde in lid 4 van dit artikel en overeenkomstig hun interne procedures en wetgeving.’ Lid 4 bepaalt dat “De voorlopige toepassing [...] van kracht [is] vanaf de eerste dag van de tweede maand volgende op de datum waarop de depositaris het volgende heeft ontvangen: –de kennisgeving van de Unie dat de voor de voorlopige toepassing vereiste procedures zijn voltooid, waarin wordt vermeld welke delen van de overeenkomst op voorlopige basis worden toegepast; en –de indiening door Oekraïne van zijn ratificatie-instrument, overeenkomstig de procedures en wetgeving van Oekraïne.” Het primair Unierecht zelf bepaalt in art. 218(5) VWEU dat “de Raad op voorstel van de onderhandelaar een besluit vast[stelt] waarbij machtiging wordt

³⁹ Deze zijn vooral te vinden in Titel I, II en III; daarvan zijn enkel de art. 2, 3, 4, 5, 6, 14 en 19 van voorlopige toepassing verklaard.

⁴⁰ Zie voor een overzicht daarvan de Memorie van Toelichting, TK 2014-2015, 34 116, nr. 3, p. 3-4.

⁴¹ Hoewel het gebruik ervan geen standaard praktijk is, is het ook niet helemaal ongebruikelijk. Zie voor een kort overzicht, met daarna een bespreking van het Energy Charter Treaty en Rusland.

<http://harriman.columbia.edu/files/harriman/01764.pdf>

⁴² Zie daarover nader G. Leenknecht, Wetenschappelijk commentaar op de Nederlandse Grondwet, artikel 91, op: www.nederlandrechtsstaat.nl/grondwet.

verleend tot ondertekening van de overeenkomst en, *in voorkomend geval, in afwachting van de inwerkingtreding, tot de voorlopige toepassing ervan.*” [onze cursivering] Dat is precies wat de Raad van Ministers heeft gedaan met zijn drietal Besluiten van 17 maart 2014, 23 juni 2014 en 29 september 2014.⁴³

De voorlopige toepassing voorzien in Besluit 2014/295/EU betreft Titel I (Algemene Beginselen), delen van Titel II (Politieke Dialoog en Hervorming, Samenwerking en Convergentie op het Vlak van Buitenlands- en Veiligheidsbeleid), en Titel VII (Institutionele, Algemene en Slotbepalingen). In de aanhef van het Besluit is expliciet opgenomen dat de voorlopige toepassing van die onderdelen geen afbreuk doet aan de bevoegdheidsverdeling tussen de Unie en de lidstaten. Een dergelijke verklaring vinden we niet in de volgende Raadsbesluiten, aangezien deze de voorlopige toepassing betreffen van delen van de Associatieovereenkomst die over handel gaan, en waar de Unie exclusief bevoegd is. Overeenkomstig die Besluiten zijn sinds 1 januari 2016 de handelsgerelateerde onderdelen van de AO van voorlopige toepassing. Benadrukt wordt wel dat de voorlopige toepassing niet die onderdelen betreft die nog steeds binnen de nationale bevoegdheden vallen.⁴⁴

Besluiten tot voorlopige toepassing zoals deze zijn te begrijpen vanuit het oogpunt van de tijd die het vergt om het ratificatieproces van een dergelijke overeenkomst in alle 28 lidstaten te doorlopen. Ervaringen in het verleden hebben laten zien dat inwerkingtreding van een verdrag voor de gehele EU aldus jaren kon worden vertraagd door een enkele lidstaat.⁴⁵ Logischerwijs is ‘voorlopige toepassing’ natuurlijk niet bedoeld om van permanente aard te zijn; het beoogt de periode te overbruggen naar formele inwerkingtreding. De voorlopige toepassing stopt pas automatisch wanneer het verdrag na ratificatie in werking treedt. Zo lang kan de voorlopige toepassing dus aanhouden, maar staten en/of de EU kunnen wel aangeven dat ze niet de intentie hebben om partij te worden bij het verdrag. Hieronder gaan we nader in op mogelijke stopzetting van de voorlopige toepassing van de AO.

5. Het Nederlandse referendum; een constitutionele spagaat

Op 7 april 2015 en 7 juli 2015 gaven de Tweede Kamer resp. de Eerste Kamer hun goedkeuring aan de Associatieovereenkomst tussen de EU en Oekraïne.⁴⁶ Op 1 juli 2015 werd echter ook de Wet raadgevend referendum (hierna: Wrr) van kracht die het mogelijk maakt voor burgers om onder meer een parlementaire goedkeuringswet via een referendum aan de Nederlandse bevolking voor te leggen. GeenPeil heeft binnen de door de Wrr gestelde termijn van 6 weken meer dan de 300.000 benodigde handtekeningen verzameld om een dergelijk referendum te organiseren over de goedkeuringswet van de AO, met name vanuit zorgen over verdere bevoegdhedenoverdracht aan de EU.⁴⁷ Het referendum is voorzien voor 6 april 2016. De uitkomst ervan is geldig als er een opkomst van 30% van het electoraat wordt behaald. In dat geval dient de goedkeuringswet opnieuw aan het parlement te worden voorgelegd. Er is

⁴³ Resp. 2014/295/EU, PB L 161/1; 2014/668/EU, PB L 278/1; en 2014/691/EU, PB L 289/1.

⁴⁴ Zie ook voetnoot 39.

⁴⁵ Zie Eeckhout 2011, *op.cit.*, p. 258-259. Eeckhout verwijst naar Rosas die het voorbeeld geeft van de Overeenkomst over de Douane-Unie en Samenwerking met San Marino, die sommige lidstaten na acht jaar nog niet hadden geratificeerd. A. Rosas, “The European Union and Mixed Agreements”, in A. Dashwood en C. Hillion (ed.), *The General Law of EC External Relations*, Sweet & Maxwell, 2000, p. 208.

⁴⁶ TK 2014-2015, 34 116, nr. 3, Memorie van Toelichting.

⁴⁷ Hierover nader A. van den Brink en L.A.J. Senden, ‘Division of competences and regulatory powers between the EU and the Member States. Report of the Netherlands’, FIDE Congress Budapest, 2016, te raadplegen via: <http://static1.squarespace.com/static/5574a2fae4b0083487121509/t/56425fb6e4b07a45a8606aca/1447190454044/FIDE.51115-2.pdf>. FIDE report 2016.

geen verplichting voor het parlement om gevolg te geven aan de uitkomst van het referendum, ook niet als de meerderheid van de uitgebrachte stemmen tegen de goedkeuringswet is.⁴⁸

Ingeval er geen geldige uitkomst is vanwege een lagere opkomst dan 30%, dan wel een geldige uitkomst die een overwegend 'ja' oplevert, dan is daarin geen reden gelegen de goedkeuringswet niet in stand te laten. In dat geval zal de AO gewoon formeel in werking kunnen treden zoals voorzien in art. 486(2) AO. Ingeval er een geldige uitkomst is met een overwegend 'nee', ontstaat er echter een constitutionele spagaat voor het Nederlandse parlement; hoewel er enerzijds geen juridische verplichting is om op die grond de parlementaire goedkeuringswet in te trekken, zal er anderzijds grote politieke en publieke druk zijn om dat wel te doen om zodoende gehoor te geven aan de uitslag van het referendum. Wanneer het parlement in dat geval de referendumuitslag volgt en de wet intrekt, zal dat de Nederlandse tegenstemmer in eerste instantie tevreden stellen maar op langere termijn moet dat worden afgewacht, gegeven de mogelijke juridische stappen en politieke keuzes die vervolgens op EU-niveau worden gemaakt. Een Nederlands besluit tot non-ratificatie van de AO impliceert namelijk dat deze formeel niet in werking kan treden waardoor zich ook op EU-niveau een constitutionele spagaat ontvouwt, gegeven de spanning die dit veroorzaakt tussen Unierechtelijke en nationaalrechtelijke constitutionele verplichtingen.

Ten eerste betekent non-ratificatie en niet-inwerkingtreding van de AO niet dat er automatisch een einde komt aan de voorlopige toepassing daarvan. In dit verband is art. 486(7) AO van belang dat bepaalt dat "Elke partij [...] door middel van een schriftelijke kennisgeving de depositaris in kennis [kan] stellen van het voornemen om de voorlopige toepassing van de overeenkomst te beëindigen. De beëindiging van de voorlopige toepassing wordt zes maanden na de datum van ontvangst van die kennisgeving door de depositaris van kracht." De vraag is hoe 'elke partij' in deze bepaling precies moet worden begrepen, wanneer beschouwd tegen het licht van eerder genoemd art. 482 AO dat als partijen definieert enerzijds 'de Unie, of haar lidstaten, of de Unie en haar lidstaten' en Oekraïne anderzijds. Impliceert dit dat individuele lidstaten een unilateraal besluit kunnen nemen dat de voorlopige toepassing van de AO stop zet voor hun land? Dat lijkt ons geen logische interpretatie, allereerst omdat uit deze formulering zelf al kan worden afgeleid dat aan de Europese kant het soms de Unie is die als partij kan worden gezien, soms de lidstaten en in weer andere gevallen de Unie en de lidstaten gezamenlijk. Dat zal dus afhankelijk zijn van wie voor welk onderdeel als de bevoegde partij wordt gezien. Deze zienswijze wordt bevestigd door de procedure die art. 486(4) AO voorschrijft en die duidelijk maakt dat de bevoegdheid tot het besluit tot voorlopige toepassing bij de Unie ligt en niet bij de afzonderlijke lidstaten. De drie Raadsbesluiten vormen daar een specifieke uitdrukking van. Het ligt derhalve volgens ons in de rede dat niet alleen beëindiging, maar ook wijziging van de huidige Raadsbesluiten tot voorlopige toepassing volgende dezelfde procedure in de Raad plaatsvinden.⁴⁹

Ten tweede, een Nederlands besluit tot non-ratificatie levert juridische spanning op tussen enerzijds het beginsel van Unietrouw (art. 4(3) VEU) en anderzijds het beginsel c.q. vereiste van nationale ratificatie van gemengde verdragen.⁵⁰ Verschillende opvattingen kunnen worden verdedigd over het gewicht dat aan beide beginselen toekomt en over de elementen

⁴⁸ Zie de art. 3 en 11 van de Wrr en W. Van der Woude, "Nationale referenda over 'de EU'", in A.W. Heringa (ed.), *Het eerste raadgevend referendum. Het EU-Oekraïne Associatieakkoord* - Montesquieu-reeks, deel 7 (pp. 23) (47 p.), Montesquieu Instituut, 2016.

⁴⁹ Vgl. de brief van Minister Ploumen die ook uitgaat van deze zienswijze ten aanzien van voorlopige toepassingsbesluiten, genoemd in noot 21.

⁵⁰ Hierover meest recentelijk onder meer M. Klamert, *The Principle of Loyalty in EU Law*, OUP, 2014.

die in die afweging moeten worden betrokken. Aan de ene kant kan worden gesteld dat het voorschrift dat ratificatie volgens nationale grondwettelijke procedures moet plaatsvinden niet van zijn belang en waarde mag worden ontbloot, door het zomaar met een beroep op het Unietrouw beginsel opzij te zetten. Aan de andere kant kan worden betoogd dat lidstaten niet al te gemakkelijk ondertekende Unieverdragen moeten kunnen ontsnaken door niet over te gaan tot ratificatie.⁵¹ Er zal dus hoe dan ook een afweging plaats moeten vinden tussen deze twee beginselen, waarvan de uitkomst niet op voorhand vast staat. Naar onze mening, zijn op basis van de literatuur de volgende elementen relevant in die afweging.

In de doctrine wordt benadrukt dat het Unietrouw beginsel niet alleen van toepassing is op het onderhandelingsproces van gemengde verdragen, de sluiting ervan en op de naleving van de verplichtingen die in dit verband zijn aangegaan, maar ook wat de ratificatie ervan betreft.⁵² Sommigen stellen zelfs dat het voor lidstaten verboden moet zijn om te handelen op een wijze die de inwerkingtreding van ondertekende gemengde verdragen frustreert.⁵³ Lidstaten kunnen in die zin dus niet volstaan met het voorleggen van een verdrag voor ratificatie, maar zullen zich ook inspanningen moeten getroosten om binnen de discretionaire ruimte die ze hebben ratificatie in eigen land te bewerkstelligen van verdragen waar ze zich al akkoord mee hebben verklaard. Een punt van belang in dit verband betreft de reden van vertraging of van non-ratificatie. Die mag niet neerkomen op een misbruik van nationale bevoegdheden, bijvoorbeeld om last-minute commerciële concessies te krijgen van een derde land.⁵⁴ Klamert is van mening dat niet alleen de reden van vertraging of non-ratificatie door een lidstaat van belang is, maar ook het Uniebelang dat gebaat is met snelle inwerkingtreding; hoe groter en specifiek het Uniebelang is, hoe groter de plicht die rust op een lidstaat om te ratificeren.⁵⁵

De Nederlandse regering heeft op verschillende momenten haar instemming betuigd in het onderhandelings- en besluitvormingsproces rondom de AO, met name toen de handtekening onder de overeenkomst is geplaatst maar ook toen ze in de Raad instemde met de voorlopige toepassing van het handelsonderdeel van de AO. Het zetten van die handtekeningen was in wezen de uitdrukking van de instemming van de Nederlandse regering met de manier waarop de EU haar exclusieve bevoegdheid in deze context heeft uitgeoefend. Nederland is hier niet 'ingerommeld' en had haar goedkeuring aan dit besluit niet hoeven geven, maar heeft dat wel gedaan zelfs vooruitlopend op de uitkomst van het ratificatieproces. Maar niet alleen de regering, ook het parlement heeft een positief besluit genomen ten aanzien van ratificatie. Dat er een referendum over deze AO zou plaatsvinden, kon de regering noch het parlement voorzien omdat de Wrr nog niet van kracht was toen de Tweede Kamer haar goedkeuring gaf en pas een week op het moment dat de Eerste Kamer dat deed. Maar gegeven dat het referendum uitdrukkelijk raadgevend is en niet bindend, is er wel degelijk discretionaire ruimte voor Nederland om aan de Unietrouw verplichting te voldoen en de AO te ratificeren. Maar als Nederland niet tot ratificatie overgaat, welke juridische uitwegen zijn er dan uit deze spagaat? Wij zien bovenal de volgende drie.

⁵¹ Vgl. Eeckhout 2011, p. 259 over deze verschillende standpunten.

⁵² Klamert 2014, *op.cit.*, p. 188-189.

⁵³ *Ibid.*, p. 202, onder verwijzing naar C. Durand, 'Le principe de coopération loyale entre les États membres et les institutions: les article 5 et 6 du traité CEE', in *Commentaire Megret*, Vol. I 2nd edn, Brussels: Éditions de l'Université de Bruxelles, 1992, 25-42; L. Gormley, 'Some Further Reflections on the Development of General Principles of Law within Article 10 EC', in U. Bernitz, J. Nergelius, and C. Cardner (eds), *General Principles of EC Law in a Process of Development*, The Hague: Kluwer Law International, 2008, 303, 309.

⁵⁴ Eeckhout 2011, *op.cit.*, p. 259.

⁵⁵ Klamert 2014, *op.cit.*, p. 202.

De eerste betreft die van ‘gedeeltelijke gemengdheid’, waarbij niet alle lidstaten naast de Unie partij zijn bij een verdrag; in casu treedt de AO dan in werking voor de Unie en de andere 27 lidstaten maar niet voor Nederland. Bij ons weten, zijn hier geen precedents van als het specifiek gaat om associatieovereenkomsten. Een aspect om rekening mee te houden in dit verband is wel dat ingevolge art. 216(2) VWEU internationale verdragen die de Unie sluit niet alleen bindend zijn voor de instellingen maar ook voor alle lidstaten. In die zin bestaat er dus een risico dat Nederland langs deze weg toch gebonden wordt aan een verdrag waar het geen partij bij is. Met het oog daarop zou dan in de AO de verdeling van verantwoordelijkheid tussen de Unie en de lidstaten alsnog verduidelijkt moeten worden.⁵⁶

Een tweede mogelijkheid betreft het loskoppelen van het handelsonderdeel van de AO en dit langs andere weg van kracht te laten worden, de uitslag van het referendum ten spijt. Erg aantrekkelijk is deze route evenwel niet om de redenen die al hierboven uiteen zijn gezet. Het feit dat het gaat om een veelomvattende ‘nieuwe generatie’ AO maakt dat het een ingewikkelde juridische exercitie zou worden om vast te stellen welke bepalingen precies binnen de exclusieve handelsbevoegdheid van de EU vallen en welke niet.⁵⁷ Ook politiek lijkt dit niet de meest voor de hand liggende weg om te bewandelen, omdat het de heronderhandeling en sluiting van nieuwe verdragen met zich brengt en de bereidheid daartoe van de andere lidstaten valt te betwijfelen.

Een derde mogelijkheid zou zijn om te komen tot een soort van ‘ratificatie onder voorbehoud’ constructie, waarbij wordt ingezet op een nieuw Raadsbesluit dat aan Nederland een speciale positie zou verlenen, in het bijzonder een opt-out uit bepaalde onderdelen van de AO. Dat dit niet denkbeeldig is, laat Raadsbesluit 2014/669 zien.⁵⁸ Daarin hebben het VK, Ierland en Denemarken nu ook al een opt-out uit de AO met betrekking tot de bepalingen inzake de behandeling van onderdanen van derde landen die legaal werken op het grondgebied van de andere partij (art. 17 AO). Overwegingen 5 en 6 van de preambule van dat besluit bepalen dat deze landen niet deelnemen aan de vaststelling van het besluit, dat het niet bindend is voor hen noch van toepassing is in die lidstaten. Naar onze mening kan de mogelijkheid voor Nederland om te onderhandelen over een opt-out slechts betrekking hebben op die bepalingen van de AO die nog binnen de nationale bevoegdheden vallen (zie par. 3 en 4). Ten aanzien van deze bepalingen zou dus een andere afweging kunnen worden gemaakt tussen het gewicht dat toekomt aan het Unietrouw beginsel en dat van nationale ratificatie en een negatieve referendumuitslag. Een dergelijke juridische oplossing zou het meest recht kunnen doen aan het algehele Uniebelang enerzijds dat gediend is met inwerkingtreding van de AO, en zoals die door 27 lidstaten wordt gesteund, en anderzijds tegemoet komen aan constitutionele bezwaren die door de bevolking van één enkele lidstaat zijn geuit ten aanzien van verlies van nationale bevoegdheden aan de EU.

Uit politiek perspectief zitten hier echter ook nog wel enkele haken en ogen aan. Allereerst, een dergelijk Raadsbesluit vereist instemming van alle andere lidstaten. Die zullen zich dus bereid moeten tonen om Nederland hierin tegemoet te komen. Gegeven dat het ratificatieproces in alle andere 27 lidstaten is afgerond, is de politieke wil in die landen op dit moment gericht op volledige inwerkingtreding van het algehele verdrag. Een tweede punt betreft de vraag wat er vervolgens precies heronderhandeld zou moeten worden, nu de referendumuitslag geen antwoord geeft op de vraag om welke redenen de kiezer de AO heeft afgewezen en in hoeverre die te maken hebben met de onderdelen die binnen nationale

⁵⁶ Zie over deze problematiek van ‘partial mixity’, Eeckhout 2011, *op.cit.*, p. 264.

⁵⁷ Eeckhout 2011, *op.cit.*, p. 256.

⁵⁸ PB 2014, L278/6.

bevoegdheid liggen, zoals de bepalingen ter versterking van de democratie, de rechtsstaat, de bescherming van fundamentele rechten en de bestrijding van criminaliteit, terrorisme en corruptie, etc. Hoe wenselijk is het om juist uit deze onderdelen een opt-out te bedingen?

6. Tot besluit

Het mag duidelijk zijn dat een negatieve referendumuitslag en een eventueel daaruit voortvloeiend besluit tot non-ratificatie van de AO veel juridische vragen opwerpt. Het zal van de flexibiliteit en politieke bereidheid van zowel de Nederlandse regering als die van de andere lidstaten afhangen of en hoe een wederzijds acceptabele oplossing kan worden gevonden. Deze zal wel meer licht kunnen werpen op wat de reikwijdte c.q. de grenzen zijn van de speelruimte van de EU als het gaat om de vormgeving van haar externe betrekkingen. Ook zal de Nederlandse regering en het parlement lering kunnen trekken uit dit referenduminitiatief, voor wat betreft de onderhandelingen van de TTIP, CETA en andere internationale verdragen die de Unie voornemens is te sluiten. Men zal zich reeds in dat stadium, voordat er handtekeningen worden geplaatst, ervan moeten vergewissen in hoeverre de inhoud daarvan daadwerkelijk door de burger wordt gedragen en welke aspecten daarvan als problematisch worden gezien. Daartoe zou het parlement een betere brugfunctie kunnen vervullen tussen de burger en de EU, door bijvoorbeeld regelmatig brede en doelgerichte consultaties te houden over politiek en maatschappelijk gevoelige verdragen en wetgevingsdossiers.⁵⁹

⁵⁹ Zie AIV-advies 88, Naar een gedragen Europese samenwerking: werken aan vertrouwen, <http://aiv-advies.nl/697/publicaties/adviezen/naar-een-gedragen-europese-samenwerking-werken-aan-vertrouwen>