

# VU Research Portal

## Rightful Relations with Distant Strangers

Ganesh, A.R.

2019

### **document version**

Publisher's PDF, also known as Version of record

[Link to publication in VU Research Portal](#)

### **citation for published version (APA)**

Ganesh, A. R. (2019). *Rightful Relations with Distant Strangers: A Kantian Critique of the Law of the European Union in the Wider World*. [PhD-Thesis - Research and graduation internal, Vrije Universiteit Amsterdam].

### **General rights**

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

### **Take down policy**

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

### **E-mail address:**

[vuresearchportal.ub@vu.nl](mailto:vuresearchportal.ub@vu.nl)

# Samenvatting

---

Dit proefschrift bekritiseert de wereldsgezindheid van het recht van de Europese Unie (EU), met oog op de juridische en politieke filosofie van Immanuel Kant. Concreet gaat dit onderzoek in op de juridische verhoudingen die bestaan tussen de EU en zogenoemde 'verre vreemden' (personen die niet in de EU verblijven, noch burgers zijn van haar lidstaten). Doelstellingen die de EU wordt geacht te honoreren in haar 'betrekkingen met de wereld' vloeien voort uit bepalingen binnen het Verdrag betreffende de Europese Unie (VEU) en het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VwEU). De meest opvallende daarvan zijn artikel 3, lid 5 VEU en artikel 21 VEU. In grote lijnen pleiten deze bepalingen voor (1) de bevordering van mensenrechten, democratie en de rechtsstaat, alsook (2) het nastreven van een reeks beleidsdoelstellingen, vaak gegroepeerd onder de noemer 'mondiale publieke goederen'. Hoewel aanvankelijk enkel gezien als aspiratie zijn deze bepalingen met de tijd deel uit gaan maken van een lange traditie waarin de EU haar rechtsbevoegdheid extraterritoriaal toeschrijft op beleidsterreinen zoals concurrentie, luchtvaart, veiligheid op zee en het milieu.

Als eerste argument geldt dat de extraterritoriale betrekkingen van de EU vaak niet alleen tot feitelijke gevolgen leiden, maar dat deze ook rechtsgevolgen creëren voor 'verre vreemden'. Anders gezegd, bij wijze van haar beleid beïnvloedt de EU verre vreemden niet alleen, zij *beheerst* ze. Dit wordt stapsgewijs aangetoond. Allereerst bestuderen we de structuur van extraterritoriale maatregelen. Zo vergelijken we het Emissions Trading Directive<sup>1</sup> met de Process and Production Method (PPM) – een tweede maatregel die algemeen als extraterritoriaal wordt beschouwd en waarmee een staat de verkoop van buitenlandse goederen kan voorkomen of beperken op basis van de productiemethode. Daarna nemen we de theorieën over extraterritoriale rechtsmacht zoals aangehaald in de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Unie (HvJ-EU) onder de loep. Deze contrasteren we met theorieën die in andere rechtsgebieden worden aangetroffen, zoals bijvoorbeeld het 'doctrine van nuttig effect' binnen het Amerikaanse mededingingsrecht.<sup>2</sup> Uit deze oefening komen twee belangrijke punten naar voren. Ondanks dat PPMs (en soortgelijke maatregelen) alleen buitenlandse gedragingen beïnvloeden of manipuleren, door met uitsluiting van de binnenlandse markt te dreigen, behandelen de richtlijn inzake emissiehandel en andere EU-maatregelen buitenlands gedrag alsof het op de binnenlandse markt plaatsvindt, en reguleren het zodoende rechtstreeks. Daarnaast, terwijl het 'effectdoctrine' zich, al dan niet

---

<sup>1</sup> Parliament and Council Directive 2008/101/EC of 19 November 2008 amending Directive 2003/87/EC so as to include aviation activities in the scheme for greenhouse gas emission allowance trading within the Community [2009] OJ L8/3.

<sup>2</sup> Zie *United States v Aluminum Co of America* 148 F2d 416, 444 (2d Cir, 1945).

pretextueel, berust op enig gelaakt effect dat zich binnen het territorium voordoet, imputeert de territoriale uitbreidingstheorie<sup>3</sup> van het HvJ-EU de EU als het ware de bevoegdheid zich te gedragen als een autoriteit met een zo goed als grenzeloze wetgevende reikwijdte, zolang rechtshandhaving zich beperkt tot het grondgebied van haar lidstaten.

Dit geeft meteen aanleiding tot de eerste van de drie kritische vragen die in dit proefschrift worden behandeld: *zijn dergelijke unilaterale asserties van autoriteit over verre vreemden verdedigbaar?* Om tot een antwoord te komen, doorspitten we de juridische literatuur omtrent mondiale publieke goederen – een term die doorgaans wordt aangehaald om vele, zo niet alle, beleidsgebieden te beschrijven waarin de EU regelmatig gebruik maakt van extraterritoriale maatregelen. In het oog van de economische wetenschappen worden mondiale publieke goederen over het algemeen gezien als nut bevorderend, begeerd door of genoodzaakt voor iedereen omwille van hun niet-rivaliserende en niet-uitsluitbare classificatie, maar vaak onderbevoorrad door overheden of andere zelf-handelende politieke gemeenschappen. Op basis hiervan stellen sommige academici dat de uitoefening van extraterritoriale rechtsmacht voor het aanbieden van mondiale publieke goederen tot op zekere hoogte normatief verdedigbaar is en in toenemende mate geaccepteerd wordt door het positief internationaal recht. In dit verband besteden we met name aandacht aan de 'Sovereign Trusteeship of Humanity', een overtuigend concept van Eyal Benvenisti waarin Grotius, Locke en Mill worden aangehaald om te beargumenteren dat soevereiniteit moet worden herdefinieerd als een vorm van curatorschap doelende op het bevorderen van de welzijn van de mensheid.<sup>4</sup> Een dergelijke stelling vindt weerklank in de Europese verdragsbepalingen die centraal staan in deze studie. Deze laatste worden immers beschreven als een expressie van het 'missionaris principe' waarmee de EU bepaalde universele waarden tracht te exporteren in haar betrekkingen met derden.<sup>5</sup>

Hoewel de argumenten van Benvenisti, stellende dat de soeverein een fiduciair is, correct en waardevol zijn, zijn deze ontoereikend om twee belangrijke redenen. Ten eerste haalt Benvenisti de concepten 'schade' en 'fouten' geregeld door elkaar: het feit dat een globaliserende wereld ons steeds meer de kans biedt om elkaars welzijn te beïnvloeden, wil niet noodzakelijk zeggen dat we ook steeds meer rechtsgeldige verplichtingen tegenover elkaar aangaan. Het tegenovergestelde is ook waar. Het feit dat maatregelen globale waarden of belangen kunnen bevorderen, rechtvaardigt op zich geen

---

<sup>3</sup> Zie Joanne Scott, 'Extraterritoriality and Territorial Extension in EU Law' (2014) 62 AmJCompL 87.

<sup>4</sup> Eyal Benvenisti, 'Sovereigns as Trustees of Humanity: On the Accountability of States to Foreign Stakeholders' (2013) 107 AJIL 295.

<sup>5</sup> Bijvoorbeeld Ester Herlin-Karnell, 'EU Values and the Shaping of the International Legal Order' in Dimitry Kochenov and Fabian Amtenbrink (eds), *The European Union's Shaping of the International Legal Order* (CUP 2014) 90–92; Morten P Broberg, 'Don't Mess with the Missionary Man! On the Principle of Coherence, the Missionary Principle and the European Union's Development Policy' in Paul James Cardwell (ed), *EU External Relations Law and Policy in the Post-Lisbon Era* (T M C Asser Press 2011).

extraterritoriale bewerkstelling van autoriteit over verre vreemden. Dit is meteen de tweede fout: het imperialisme. In tegenstelling tot Benvenisti toont dit werk aan dat de manier waarop een politieke gemeenschap zulke waarden bevordert cruciaal is in de bepaling of het al dan niet is toegestaan, of dat het simpelweg een moderne variant van imperialisme is. Zo bespreken we (1) de limitatie van de artikel 21(3) VEU-taal van beleidscoherentie en consistentie op basis van waarden die afdwingbare rechten en verplichtingen genereren, en (2) de relatie tussen ‘het messianisme’ en bepaalde diepgewortelde imperialistische neigingen die men treft in de jurisprudentie van de EU.

Contrastrerend met onder meer Benvenisti's benadering tot de unilaterale rechtsmacht, biedt dit proefschrift een alternatief gegrond in de juridische en politieke filosofie van Kant, zoals uiteengezet in de werken *Eeuwige Vrede* en *Rechtsleer*. Voor Kant is het uitgangspunt dat 'waardigheid' niet ligt in de bevrediging van interesses, behoeften of andere aspecten van welzijn, maar juist in onafhankelijkheid – het simpele idee dat niemand onderworpen is aan de wil van een ander. Waardigheid manifesteert zich dan in drie mogelijke rechtsovereenkomsten: delictuele, contractuele en fiduciaire. Deze privé-rechten zijn onverwezenlijkbaar zonder een specifieke configuratie van politieke instellingen gevestigd met enige autoriteit; idealiter de staat. Staten, zelf ook rechtspersonen, hebben geen ander doel dan het verzekeren van de vrijheden van onderdanen. Dit maakt hen in wezen 'publieke' fiduciaires. De verhoudingen tussen staten en hun onderdanen vallen onder de rubriek *constitutioneel* recht. Relaties tussen staten vormen *internationaal* recht. Betrekkingen tussen staten en privépersonen niet onderdaan van de staat in kwestie worden dan gereguleerd door middel van *kosmopolitische* wetgeving. Onderliggend aan de drie categorieën van het publiek recht vinden we de drie vormen van privaatrecht.

De kernelementen van de juridische en politieke filosofie van Kant zijn een bron van inspiratie voor dit proefschrift, alsmede de categorieën van het Romeinse privaatrecht waaruit Kant zelf inspiratie putte. Op basis daarvan, brekend met de reguliere benaderingen binnen het veld, verdedigt het onderzoek de (uitoefening van de) unilaterale rechtsmacht om mondiale publieke goederen te leveren. Zo worden publieke goederen niet gedefinieerd volgens de capaciteit om nut of welzijn te produceren, maar als iets aangeboden en gewaarborgd in het collectief van de politieke gemeenschap om te garanderen dat er zich geen systemische of systematische onevenredigheid voordoet tussen leden. Arthur Ripstein volgende tonen we aan hoe een gemeenschap van ogenschijnlijk vrije personen feitelijk als gedomineerd gezien kan worden moesten ‘publieke wegen’ onbewandelbaar zijn.<sup>6</sup> Politieke autoriteiten (zoals staten) zijn zodoende verplicht om deze wegen aan te leggen. Dit resulteert dan weer in verplichtingen voor leden van de gemeenschap. Zij behoren niet alleen bij te dragen aan het onderhoud van deze wegen maar worden tevens verwacht zich te onthouden van enige inmenging die het vermogen van de staat aantast om in ze te voorzien. Cruciaal is dat wordt aangetoond dat deze rechtsverplichtingen niet afhankelijk zijn

---

<sup>6</sup> Arthur Ripstein, *Force and Freedom: Kant's Legal and Political Philosophy* (Harvard UP 2009) ch 8.

van schade: mensen die wegen blokkeren zijn aansprakelijk, zelfs als er geen verkeer wordt verstoord. De bevoegdheid van de staat om openbare goederen te leveren, wordt echter beperkt door twee criteria: publiek doel en noodzaak. De eerste is te wijten aan het feit dat het de staat als publieke persoon niet is toegestaan om te handelen voor privédoeleinden. De tweede beperking vloeit voort uit de eerste: handelingen die niet strikt noodzakelijk zijn, en evenredig zijn aan het aanbieden van een openbaar goed, overtreffen de vereisten van openbaar nut en moeten daarom worden beschouwd als voor privédoeleinden.

Deze zelfde ideeën –van openbare goederen die een onafhankelijkheidsverbintenis vormen, politieke autoriteiten die verplicht zijn om hen te verschaffen, inmenging in publieke goederen die onrechtmatig zijn ten opzichte van politieke autoriteiten ongeacht schade, en beperkingen van publiek doel en noodzaak– worden aangetoond in de context van andere collectieve goederen; bijvoorbeeld het milieu. Daarnaast wordt beargumenteerd dat deze principes niet alleen binnen de eigen jurisdictie van toepassing zijn, maar ook internationaal. Geen enkele actie die een staat onderneemt om een systeem van gelijke vrijheden –een conditie van gelijkwaardigheid– aan te bieden kan ooit worden gekwalificeerd als een fout vis-à-vis een andere persoon, staat of niet-staat. Bovendien mag geen enkele staat gefrustreerd worden door de willekeurige keuze van enig persoon in het verschaffen van deze conditie van gelijkwaardigheid. De beperkingen m.b.t. behoorlijk publiek doel alsook noodzaak zijn tevens van toepassing op het internationaal niveau. Belangrijk is dat schendingen van deze rechten - internationale misstanden - niet zijn gebaseerd op schade of verlies. Structureel zijn ze niet zo zeer verwant met *damnum iniuria datum* of met schade-gerelateerde concepten zoals nalatigheid of privéoverlast, maar met letsel-gerelateerde misstanden zoals *iniuria* of geweldpleging, laster, en het zich wederrechtelijk onrechtmatig toegang verschaffen tot een woning. Als zodanig stelt het proefschrift dat prominente, op schade gebaseerde rechtvaardigingen van extraterritoriale jurisdictie, zoals het 'geen kwaad'-principe (binnen het milieurecht) en de doctrine van nuttig effect (binnen het mededingingsrecht), on samenhangend zijn. De opkomende internationale rechtspraktijk demonstreert dat deze incoherentie weerklank vindt. Het feit dat de EU geen Kantiaanse democratische republiek is –en in veel opzichten juist als het tegenovergestelde gezien kan worden– betekent ten slotte niet dat zij in het uitoefenen van haar externe betrekkingen niet kan vertrouwen op de rechten die zulk een democratische republiek met zich meebrengt.

Dit proefschrift komt daardoor tot de bevinding dat extraterritoriale maatregelen, zoals de richtlijn emissiehandel, tot op zekere hoogte normatief verdedigbaar zijn, evenals de standvastige weigering van het HvJ-EU om de wettigheid te handhaven van de extraterritoriale rechtsmacht beweringen op de grond van een schade-gerelateerde theorie, zoals de doctrine van nuttig effect. In plaats daarvan is het belangrijkste obstakel voor de legitimiteit van deze extraterritoriale maatregelen

*institutioneel*. Net zoals dat particulieren zich vanuit een natuurlijke hoedanigheid moeten ontpoppen en zich aan rechtmatige voorwaarden dienen te houden, zo moeten staten, als publieke personen, op gelijkaardige manier de internationale natuurlijke gesteldheid verlaten om internationale rechtmatige voorwaarden aan te gaan waarmee zij geschillen beslechten ‘*in a civil way, as if by lawsuit, rather than in a barbaric way (the way of savages), namely by war.*’<sup>7</sup> In dit verband hebben echter zowel de *sui generis*-aard van de EU als een niet-statelijke entiteit en de verschillende doctrines van haar interne constitutie het HvJ-EU toegestaan om een jurisprudentie te ontwikkelen die zich onvermurwbaar verzet tegen externe rechterlijke toetsing, waardoor de EU zich kan onttrekken aan valide juridische uitdagingen m.b.t. de vraag of haar extraterritoriale maatregelen niet meer dan noodzakelijk en evenredig zijn in haar nastreven van behoorlijke openbare doeleinden. In het kort is het antwoord op de eerste kritische onderzoeksvraag zodoende: 'Ja' inzake inhoud en methodologie, maar 'Nee' inzake institutionele structuur.

Dit leidt alsmede tot de tweede kritische vraag: *als de EU regelmatig gezag uitoefent over verre vreemden, is zij dan misschien jegens hen verplichtingen verschuldigd?* Als het feit dat de EU geen Kantiaanse democratische republiek is haar niet weerhoudt statelijke rechten uit te oefenen in haar externe betrekkingen, dan kan zij ook niet worden vrijgesteld van de verplichtingen die een staat normaliter is verschuldigd aan degenen over wie hij autoriteit opeist. Deze studie stelt dat, precies zoals het privaatrecht een reeks juridische principes bevat om te voorkomen dat de relatie tussen curator en begunstigde tot uitbuiting degenerereert, zo bevat het publiekrecht vergelijkbare principes die verhinderen dat de betrekkingen tussen politieke autoriteiten en onderdanen eindigen in overheersing. Zulke rechten, zo stellen we, komen overeen met de claims die in de praktijk onder de noemer 'mensenrechten' vallen en vastliggen in het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens (EVRM) –de bron van de rijkelijke jurisprudentiële traditie inzake mensenrechten, met een enorme intellectuele invloed op EU-advocaten. Binnen deze context zien we mensenrechten als wettelijke (en niet als morele) rechten die door individuen op basis van het constitutioneel (en niet het internationaal) recht worden van publieke personen (in tegenstelling tot privépersonen) die zich in verhouding in een positie van gezag (niet louter macht of invloed) bevinden. Op grond van de jurisprudentie m.b.t. de mensenrechtenlijke rechtsbevoegdheid, voortkomende uit artikel 1 EVRM, wordt aangetoond dat extraterritoriale mensenrechtenverplichtingen onder het EVRM niet voortkomen uit het vermogen om feitelijke veranderingen in het materiele welzijn van verre vreemden tot stand te brengen, maar dat deze de tenuitvoerlegging van autoriteit over die verre vreemden volgen; dat wil zeggen, instanties wanneer een staat zichzelf gerechtigd acht om de normatieve positie van deze vreemden te wijzigen. Echter, als de assertie van autoriteit de drempel is die moet worden overschreden voordat een mensenrechtenclaim kan

---

<sup>7</sup> Immanuel Kant, ‘The Doctrine of Right’ in Mary J Gregor (ed), *Practical Philosophy: The Cambridge Edition of the Works of Immanuel Kant* (9th edn, CUP 2006) 488 (6:351).

volgen, moeten we tevens toegeven dat mensenrechten alleen ontstaan in verhoudingen van autoriteit en gehoorzaamheid. Louter feitelijke effecten, hoe destructief ze ook zijn, geven geen aanleiding tot mensenrechtenverplichtingen. Dit wordt ook aangetoond in de jurisprudentie uit Straatsburg. Zodoende bevestigt de positivistische rechtspraktijk de Kantiaanse theoretische claim dat wettelijke rechten alleen tot stand kunnen komen in een rechtmatige toestand waarin politieke instellingen bekleed zijn met de mogelijkheid om geweld te gebruiken. In een staat van natuur heeft niemand rechten.

Als direct gevolg bekritiseert dit proefschrift onder meer theorieën over de mensenrechtenlijke rechtsbevoegdheid geopperd door Yuval Shany<sup>8</sup> en Marko Milanovic,<sup>9</sup> en kan het zich vinden in de benadering van Samantha Besson.<sup>10</sup> Zo betoogt het onderzoek, de logica uit de huidige jurisprudentie van het EHRM volgende, dat de techniek die gepaard gaat met de territoriale uitbreidingstheorie waarop de EU regelmatig beroep doet in haar extraterritoriale betrekkingen, aanleiding geeft tot evenredige extraterritoriale mensenrechtenverplichtingen. Bovendien zijn de mensenrechtenverplichtingen die op deze manier ontstaan niet beperkt tot zogenaamde 'negatieve' verplichtingen van respect –m.a.w. afzien van actieve schending– maar resulteren ze ook in de 'positieve' verplichting om rechten te 'beschermen' en 'vervullen' – m.a.w. voorkomen dat derden schendingen veroorzaken en om in mechanismen te voorzien waarmee schendingen rechtgezet kunnen worden. Dus, in het kort, is het antwoord op de tweede vraag is 'Ja'; de EU heeft, in ieder geval op het gebied van mensenrechten, verplichtingen jegens de verre vreemden over wie zij autoriteit claimt.

Dit leidt tot de derde en laatste vraag: *voldoet de EU aan deze verplichtingen?* Hiervoor bestuderen we interne kwesties binnen het EU-recht. Deze studie beargumenteert zodoende dat het HvJ-EU procedureregels met betrekking tot de toegang tot Europese hoven interpreteert op een manier die de EU effectief isoleert van haar verplichtingen inzake fiduciaire verantwoording jegens de verre vreemden over wie zij gezag uitoefent. Ten tweede, en erger, het hof maakt gebruik van artikel 3(5) VEU en de retoriek over de loyaliteit aan het internationale recht om alle toerekenbaarheid van internationale onrechtmatigheden af te schermen. Met andere woorden, dezelfde bepaling die wordt ingeroepen om asserties van extraterritoriale rechtsbevoegdheid te rechtvaardigen wordt ook aangekaart om de corresponderende verantwoordelijkheid te ontlopen. Om dit standpunt te ondersteunen verwijzen we naar de recente procesvoering m.b.t. de Westelijke Sahara. Hierin betwisten de Sahrawi-bevrijdingsbeweging en een in het VK gevestigde NGO verschillende EU-maatregelen die de internationale overeenkomsten tussen de EU en Marokko, de bezettende macht in de Westelijke Sahara, als vanzelfsprekendheid

---

<sup>8</sup> Yuval Shany, 'Taking Universality Seriously: A Functional Approach to Extraterritoriality in International Human Rights Law' (2013) 7 *Law & Ethics of Human Rights* 49.

<sup>9</sup> Marko Milanovic, *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties: Law, Principles, and Policy* (OUP Oxford 2011).

<sup>10</sup> Samantha Besson, 'The Extraterritoriality of the European Convention on Human Rights: Why Human Rights Depend on Jurisdiction and What Jurisdiction Amounts To' (2012) 25 *LJIL* 857.

aannamen, met alle rechtsgevolgen van dien. Dit hoofdstuk analyseert daarom de verschillende stadia van de relevante jurisprudentie om te concluderen dat de standaard bewering dat de EU een constitutionele rechtsorde is, uitermate problematisch is. De slotsom van deze zaken is dat verre vreemden niet als waardigheidsdragers worden behandeld, maar als objecten worden gezien die geen rechten kunnen claimen en waartoe men geen verplichtingen kan hebben. Het gaat er dus niet alleen om dat de EU haar buitenlandbeleid op een inconsistente, incoherente of anderszins onvoorzichtige manier voert; de crux ligt in de kwestie of de EU een gepaste constitutionele orde bezit.