



**UvA-DARE (Digital Academic Repository)**

**Autonomie van de nationale rechter in het Europees recht: een verkenning van de praktijk aan de hand van de Nederlandse Europeesrechtelijke rechtspraak over de vestigingsvrijheid en het vrijedienstenverkeer**

van Harten, H.J.

[Link to publication](#)

*Citation for published version (APA):*

van Harten, H. J. (2011). *Autonomie van de nationale rechter in het Europees recht: een verkenning van de praktijk aan de hand van de Nederlandse Europeesrechtelijke rechtspraak over de vestigingsvrijheid en het vrijedienstenverkeer*.

**General rights**

It is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), other than for strictly personal, individual use, unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

**Disclaimer/Complaints regulations**

If you believe that digital publication of certain material infringes any of your rights or (privacy) interests, please let the Library know, stating your reasons. In case of a legitimate complaint, the Library will make the material inaccessible and/or remove it from the website. Please Ask the Library: <https://uba.uva.nl/en/contact>, or a letter to: Library of the University of Amsterdam, Secretariat, Singel 425, 1012 WP Amsterdam, The Netherlands. You will be contacted as soon as possible.

# 1 INLEIDING

*‘De thans gevallen beslissing is namelijk voor artikel 31 reeds genomen door de Italiaanse Raad van State [...] Deze beslissing en het late tijdstip waarop zij ter kennis van belangstellende juristen in de Gemeenschap komt, demonstreert hoezeer er behoefte bestaat aan een documentatie van gemeenschapswege van nationale rechterlijke en administratieve beslissingen, die voor de toepassing van het gemeenschapsrecht van onmiddellijk belang zijn. Het initiatief tot een dergelijke documentatie is in de kring van de Gemeenschap reeds geruime tijd geleden genomen. Naar verluid heeft de Raad van Ministers een desbetreffende post op de ontwerp-begroting van de Europese Commissie geschrapt. Als dit gerucht waarheid bevat, is het een triest getuigenis van gebrek aan inzicht in de wijze waarop men kennis van en belangstelling voor het gemeenschapsrecht effectief zou kunnen bevorderen ten dienste van alle belanghebbenden.’*

I. Samkalden, ‘Annotatie bij zaak 26/62, *Van Gend & Loos*’, in: *SEW* 1963, p. 111-112

## 1.1 Aanleiding, achtergrond en afbakening

Graag schreef ik een boek dat een beeld van de praktijk van de nationale Europeesrechtelijke rechtspraak van rechters uit alle lidstaten van de Europese Unie in de volle breedte van het Europees recht zou verschaffen. Vanuit een pragmatisch realisme heb ik besloten mij voor dit proefschrift te beperken tot de praktijk van de rechtspleging van een klein fundamenteel deel terrein van het Europees recht in één lidstaat: Nederland.

Dit onderzoek verkent de autonomie van de nationale rechter in het Europees recht aan de hand van de praktijk van de Nederlandse rechtspraak waarin het Europees recht over de vestigingsvrijheid en/of het vrijedienstenverkeer een element vormt. Deze rechtspraak duid ik als zodanig aan als nationale Europeesrechtelijke rechtspraak.<sup>1</sup> Het gebruik van het begrip ‘autonomie van de nationale rechter’ is daarbij in de eerste en belangrijkste plaats functioneel van aard, als feitelijk gegeven. Met het begrip valt het feitelijke verschijnsel van de zelfstandige taak en rol van de nationale rechter binnen het Europees recht in de praktijk nader te duiden en te begrijpen.<sup>2</sup> Centrale doelstelling is om aan de hand van een verkenning van lidstatelijke uitsprakenpraktijk, kenmerken van

---

<sup>1</sup> Waar dit proefschrift spreekt over Nederlandse Europeesrechtelijke rechtspraak, nationale Europeesrechtelijke rechtspraak of nationale Europeesrechtelijke rechtspleging wordt EU-lidstatelijke rechtspraak bedoeld waarin Europeesrechtelijke normen worden toegepast of uitgelegd. Deze kan worden onderscheiden van de Europeesrechtelijke rechtspraak door het Hof van Justitie.

<sup>2</sup> Een nadere achtergrond bij het gebruik van het begrip ‘autonomie’ in de context van dit boek wordt geboden in hoofdstuk 2, paragraaf 2.3.

nationale rechterlijke autonomie in het Europees recht nader in kaart te brengen en te duiden tegen de achtergrond van het stelsel van Europese rechtspleging.

Er lagen diverse redenen ten grondslag aan de keuze om het onderzoek te beperken tot de praktijk van de Nederlandse Europeesrechtelijke rechtspraak over de vestigingsvrijheid en het vrijedienstenverkeer. Waarom is in de eerste plaats gekozen voor specifiek de Nederlandse rechtspraak? Daarvoor bestaan redenen van praktische en theoretische aard. Wat de theoretische redenen betreft, maak ik onderscheid tussen de begrenzing naar één lidstaat en specifiek de keuze om daarvoor onderzoek te doen naar de Nederlandse situatie.

De nationale Europeesrechtelijke rechtspleging bestaat weliswaar uit de rechterlijke instanties van de 27 EU-lidstaten, maar die maken onderdeel uit van dezelfde rechtswereld, dezelfde gedeelde Europese rechtsorde, wanneer het om het Europees recht gaat.<sup>3</sup> Dit onderzoek gaat in op de situatie in één lidstaat, mede omdat het Europees recht in hoofdlijn overal binnen de Europese Unie op een vergelijkbare, eenvormige manier hoort te worden toegepast en uitgelegd.<sup>4</sup> De eenheid van recht houdt in dat het Europees recht als zodanig, in theorie, ondeelbaar in karakter is: rechtsgevolgen horen niet te verschillen door het enkele feit dat het in een bepaalde lidstaat wordt toegepast en uitgelegd.<sup>5</sup> Deze eenheid van het Europees recht moet overigens worden onderscheiden van uniformiteit. In de woorden van Prechal:

‘Eenheid van recht en eenvormige uitleg en toepassing moeten overigens niet gelijk worden gesteld aan uniformiteit. Divergentie of differentiatie kunnen voortbestaan en zijn soms geboden, omdat de noodzakelijke samenhang van het communautaire rechtssysteem juist alleen gerealiseerd kan worden door verschillen te accepteren en zo nodig te overbruggen. Op deze wijze kan recht worden gedaan aan de bestaande maatschappelijke, economische, politieke en juridische verscheidenheid. Anders gezegd er is ruimte voor differentiatie, maar waar het om gaat is dat de kaders waarbinnen differentiatie mogelijk is en de zeggenschap over de rechtsregels die hierop van toepassing zijn, bij de EG en haar instellingen ligt.’<sup>6</sup>

---

<sup>3</sup> In hoofdstuk 2 verklaar ik mijn benadering ten aanzien van de aard van de Europese rechtsorde in navolging van een richting in de literatuur nader als een gedeelde rechtsorde met gedeeld gezag.

<sup>4</sup> Daarover R. Barents, *De communautaire rechtsorde. Over de autonomie van het gemeenschapsrecht*, Deventer: Kluwer 2000, hoofdstuk 6, paragraaf 6 e.v. en S. Prechal, *Juridisch cement voor de Europese Unie*, Groningen: Europa Law Publishing 2006, p. 14-15 (hierna: Prechal 2006A).

<sup>5</sup> Barents 2000, p. 243.

<sup>6</sup> Prechal 2006A, p.14.

Waar ik het eens ben met het eerste deel van dit citaat, acht ik de benadering in de laatste regel minder bevredigend. Daar kom ik in het volgende hoofdstuk op terug. Weinigen zullen de stelling betwisten dat tussen de nationale Europeesrechtelijke rechtspraak in de verschillende lidstaten in de praktijk accentverschillen zullen bestaan en verschillen in rechtscultuur naar de voorgrond treden, maar dat is een feitelijk gegeven dat zeker niet per definitie problematisch hoeft te zijn. Inderdaad, soms is divergentie of differentiatie geboden. Tegelijkertijd kan de situatie uit één lidstaat al van betekenis zijn voor het gehele Europees recht. Dat zien we terug in het stelsel van Europese rechtspleging, vooral bij de prejudiciële verwijzing; ook in dat geval is er sprake van een zaak die omgaat bij een rechter uit één lidstaat waarbij de uitleg voor het geldende Europees recht in de 27 lidstaten van betekenis kan zijn.

Waarom juist de uitsprakenpraktijk uit Nederland? In de eerste plaats is Nederland een van de constituerende lidstaten van de Europese samenwerking na de Tweede Wereldoorlog. Als één van de *pays fondateurs* heeft de Nederlandse jurisdictie een traditie van receptie van Europees recht opgebouwd. Ten tweede valt, zoals al uit de proloog duidelijk werd, uit de rechtspraak bij het Hof van Justitie in de afgelopen decennia af te leiden dat de Nederlandse rechters zich in het algemeen actief hebben opgesteld op het terrein van de ontwikkeling van het Europees recht. Vele markante uitspraken van het Hof van Justitie zijn gebaseerd op Nederlandse prejudiciële vragen. Dat veronderstelt dat de Nederlandse rechterlijke macht een zekere loyaliteit ten aanzien van het Europees recht heeft (gehad) en tegelijk een besef van lacunes in de ontwikkelende Europese rechtsgemeenschap. Ten slotte is het Nederlandse rechtssysteem weliswaar klein in jurisdictie, maar vormt het een betrekkelijk open systeem waarbij het een treffende mix vertegenwoordigt van de meer civiel georiënteerde rechtssystemen (Duitsland en Frankrijk) en de *common law* tradities (Verenigd Koninkrijk, Ierland).<sup>7</sup>

Als praktische reden moet gedacht worden aan het feit dat dit onderzoek in een relatief beperkte onderzoekstijd werd uitgevoerd. Binnen de afweging van mogelijkheden ging de voorkeur uit naar een verdiepend en grondig beperkt onderzoek in plaats van een globaler rechtsvergelijkend onderzoek. Daaraan verbonden is het gegeven dat mijn huidige kennis als auteur en onderzoeker, naast die van het Europees recht, van het Nederlands recht het grootste is ten opzichte van de nationaalrechtelijke context van andere lidstaten. Een andere praktische reden wordt gevormd door de gekoesterde wens de omvang van het

---

<sup>7</sup> Over het verschil in karakter tussen civielrechtelijke en common law stelsels zij bijvoorbeeld verwezen naar H. Patrick Glenn, *Legal traditions of the world. Sustainable diversity in law*, Oxford: Oxford University Press 2004.

onderzoek en dit onderzoeksverslag beperkt te houden. Ten slotte anticipeert dit onderzoek op een toegenomen belangstelling naar de toepassing en uitleg van Europees recht in de Nederlandse rechtspraak die te vinden is binnen de Nederlandse (Europeesrechtelijke) doctrine en rechtspraktijk.<sup>8</sup> Er bestaat daarin behoefte om kennis te verkrijgen over de wijze van toepassing en uitlegging van het Europees recht door de Nederlandse rechters. Hoe ik mij ten opzichte van het al verrichte onderzoek positioneer, verklaar ik verderop.

Waarom richt dit onderzoek zich specifiek op de vestigingsvrijheid en/of het vrijedienstenverkeer? Ook hieraan liggen zowel praktische als theoretische redenen ten grondslag. Mijn persoonlijke interesse lag en ligt bij het Europees economisch recht, een fascinerend terrein dat voortdurend uitnodigt tot nadere bestudering. Reeds begonnen Nederlands promotieonderzoek richtte zich op de verhouding tussen het Europees mededingingsrecht en het nationale mededingingsrecht bij de Nederlandse bestuursrechter.<sup>9</sup> Eerder onderzoek strekte zich uit tot het vrijegoederenverkeer op het bord van de nationale rechter.<sup>10</sup> Maar ook de vestigingsvrijheid en het vrijedienstenverkeer vormen

---

<sup>8</sup> Gewezen kan worden op R.R. Winter, 'Kan iedere Nederlandse rechter daadwerkelijk een Europese rechter zijn? Ontwikkelingen van het netwerk van gerechtscoördinatoren Europees recht', in: *Trema Special* nr 1. 2010, p. 443-446, R. de Moor, 'Het 'E-team' van de rechtbank 's-Hertogenbosch. Kleine stapjes op een lange tocht', in: *Trema Special*, nr 1, 2010, p. 447-449, A. Gerbrandy, *Convergentie in het mededingingsrecht. De invloed van het EG-recht op materiële toepassing, toegang, bewijs en toetsing bij de Nederlandse mededingingsbestuursrechter, bezien in het licht van effectieve rechtsbescherming*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2009, O. Essens, A. Gerbrandy, S. Lavrijssen (red.), *National courts and the Standard of Review in Competition Law and Economic Regulation*, Groningen: Europa Law Publishing 2009, M. van Berckel, Y. Roijers (red.) *Rechtspraak 2015*, Den Haag: Sdu uitgevers 2007, hoofdstuk 5 en 6, *Europa en de Nederlandse Rechtspraak: de praktische gevolgen*, Rechtstreeks 1/2006, Den Haag: Raad voor de rechtspraak 2006, S. Prechal, R.H. van Ooik, J.H. Jans, K.J.M. Mortelmans 2005, K.J.M. Mortelmans, R.H. van Ooik, S. Prechal, *Europees recht en de Nederlandse rechter. Verworvenheden en uitdagingen*, Deventer: Kluwer 2004, *The Uncertain Future of the Preliminary Rulings Procedure*, Den Haag: Raad van State 2004, *Magistraten zonder grenzen – de invloed van het Europese recht op de Nederlandse rechtspleging*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2002; A.W.H. Meij, *Europese rechtspraak in de Nederlandse rechtspleging: impressies uit Den Haag en Luxemburg. Preadvies Nederlandse Juristenvereniging over het onderwerp Internationale rechtspraak in de Nederlandse rechtsorde*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1999, R.H.M. Jansen, A.C. Koster en R.F.B. van Zutphen (red.), *European Ambitions of the National Judiciary*, Deventer: Kluwer Law International 1997.

<sup>9</sup> Waarvan het resultaat zijn weerslag heeft gekregen in het boek van Gerbrandy 2009.

<sup>10</sup> Eerder onderzoek van Jarvis en Lichtenwalder richtte zich op het recht betreffende het vrijegoederenverkeer bij de nationale rechter, een reden om nu de aandacht op andere vrijheden te richten. Jarvis onderzocht hiervoor mede Nederlandse Europeesrechtelijke rechtspraak. Zie M. Jarvis, *The Application of EC Law by National Courts. The Free Movement of Goods*, Oxford: Oxford University Press 1998 en W. Lichtenwalder, *Die anwendung von Art. 30 EGV in der mitgliedstaatlichen Rechtsprechung*, Frankfurt am Main: Lang 1996.

een kernonderdeel van het Europees economisch recht. Sinds het Verdrag van Rome vormen ze een hoeksteen voor de totstandkoming van de interne markt, decennialang een van de belangrijkste instrumenten om de doelstelling van de Europese samenwerking te verwezenlijken. Dit onderzoek concentreert zich op het primaire recht over deze verdragsvrijheden, waarvan de basisbepalingen tegenwoordig zijn opgenomen in het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie.

De economische vestigingsvrijheid houdt kort gezegd in dat iedere Europese onderneming zich in beginsel overal binnen de EU moeten kunnen vestigen en daar zo min mogelijk bij belemmerd moet worden: het Europees recht garandeert onder voorwaarden de vrijheid tot vestiging. Het vrijedienstenverkeer streeft na dat diensten binnen de EU in beginsel vrij moeten kunnen worden verricht en ontvangen, waarbij geen onnodige belemmeringen zich mogen voordoen. Het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie geeft hiervoor een primair kader, dat door het Europese Hof van Justitie rechtstreekse werking is toegekend. Dit houdt in dat private partijen zich voor de nationale rechter kunnen beroepen op de vestigingsvrijheid en het vrijedienstenverkeer. Het primaire kader gaat in hoofdlijn van het volgende toepassingssysteem uit: belemmerende maatregelen zijn in beginsel verboden, maar kunnen worden gerechtvaardigd uit oogpunt van publiek belang. Noodzakelijk is wel dat een rechtvaardiging voldoet aan de eisen van het evenredigheidsbeginsel: de maatregel moet geschikt zijn om het beoogde doel te bereiken, moet niet verder gaan dan noodzakelijk is voor het bereiken van dat doel en hoort te leiden tot een evenredige verdeling van marktbelang en andere te beschermen publieke belangen.

Door de jaren heen is de reikwijdte van de vrijheden in de jurisprudentie van het Hof van Justitie dusdanig uitgelegd dat de verwachting gerechtvaardigd was dat er op dit deel terrein van het Europees recht binnen de Nederlandse rechtspraak wel enige ervaring moest zijn ontstaan. Nader onderzoek maakte duidelijk dat die ‘enige ervaring’ op zijn zachtst gezegd op een understatement neerkwam. Vooral de afgelopen 10 jaar bleek de hoeveelheid Nederlandse rechtspraak over deze fundamentele vrijheden brisant toegenomen.

Was het in de jaren zeventig en tachtig van de vorige eeuw nog zeer uitzonderlijk dat zich bij de Nederlandse rechter een zaak over het vrijedienstenverkeer of de vestigingsvrijheid voordeed, vanaf begin jaren negentig is er steeds meer Nederlandse jurisprudentie beschikbaar waarin een van beide vrijheden een rol speelt. Grofweg – gegeven het feit dat lang niet alle Nederlandse jurisprudentie automatisch wordt gepubliceerd<sup>11</sup> en dat er ook in

---

<sup>11</sup> Volgens voorzitter Philippart van de redactieraad van [www.rechtspraak.nl](http://www.rechtspraak.nl) staat, ingegeven door kostenoverwegingen, amper één procent van de uitspraken die Nederlandse rechters jaarlijks doen, gepubliceerd op [www.rechtspraak.nl](http://www.rechtspraak.nl). Zie <http://www.rechtspraak.nl/Actualiteiten/Alle+uitspraken+publiceren+is+verkwisting+van+belastinggeld.htm>.

dit verband vette en magere jaren bestaan – gaat het tegenwoordig gemiddeld om ongeveer 80 uitspraken per jaar.

Hoe is dat te verklaren? Statistisch onderzoek maakt duidelijk dat de dienstensector tegenwoordig een ruime meerderheid van de economische activiteit in de reële economie van de EU vertegenwoordigt.<sup>12</sup> Het juridische kader voor het vrijedienstenverkeer en de vestigingsvrijheid vertolkt vandaag de dag een door de oorspronkelijke Europese Verdragsopstellers ongetwijfeld onvoorzien groot maatschappelijk belang.<sup>13</sup> Of zoals Hatzopoulos in 2000 opmerkt:

*‘The closing decade of this millennium marks the infant age of the ‘information society’, wherein the production and trade of goods loses its economic prevalence and becomes ancillary to the exchange of information and the provision of services. This new era is also called the ‘services society’. Such an important technological and economic (r)evolution necessarily affects the applicable law, both on a national and supranational level.’*<sup>14</sup>

In de jurisprudentie van het Hof van Justitie is dit terug te zien. De afgelopen twee decennia is de Europese rechtsontwikkeling op het terrein van het vrijedienstenverkeer en ook de vestigingsvrijheid enorm toegenomen.<sup>15</sup>

---

<sup>12</sup> Zie bijvoorbeeld P. Alajääslö, *Main features of the EU-27 services sector*, Eurostat, Issue number 78/2008: ‘Services were the main activity of 14.5 million enterprises in the EU-27 in 2005, which generated a turnover of EUR 11 974 billion. Producing a value added of EUR 2 991 billion and employing 76 million persons, Services accounted for respectively 56 % and 60 % of the non-financial business economy. [...] When one looks at the contribution made by Services to the Member States’ non-financial business economies [...], the United Kingdom, the Netherlands, Ireland and Greece were clearly the most specialised in terms of employment as the Services sector made up more than 70 % of their non-financial business economies.’

<sup>13</sup> Daar draagt mede het proces van ‘servitization of products’ aan bij, ofwel de ‘verdienstisering’ van de economie. Dat wil zeggen dat tegenwoordig goederen door ondernemingen in toenemende mate gekoppeld aan een servicecontract of servicerelatie op de markt worden gezet. Goederen worden aldus onderdeel van een verrichte dienst. Daarover reeds S. Vandermerwe, J. Rada, ‘Servitization of business. Adding value by adding services’, in: *European Management Journal* 6, 1988, p. 314-324. Deze ontwikkeling heeft zijn weerslag op het recht. Het maakt aannemelijk dat het zwaartepunt wat het vrijverkeerrecht betreft tegenwoordig eerder bij het recht betreffende het vrijedienstenverkeer ligt dan bij het vrijgoederenverkeer.

<sup>14</sup> V. Hatzopoulos, ‘Recent developments of the case law of the ECJ in the field of services’, in: *CMLR* 37, 2000, p. 43-82, op p. 43.

<sup>15</sup> Hatzopoulos wijst in zijn schets van de ontwikkelingen met betrekking tot het vrijedienstenverkeer in de rechtspraak van het Hof van Justitie tussen 1995 en 1999 op het feit dat de hoeveelheid uitspraken op dit terrein vanaf 1991 constant steeg: ‘after a long period of relative inactivity, whereby the ECJ would give an average of three services cases a year, from 1991 onwards the amount of Court decisions on services has been constantly on the rise.’ Hatzopoulos 2000, p. 43. In een follow-up-artikel over de ontwikkelingen in de jurisprudentie van het Hof van Justitie op dit terrein over de periode 2000 tot 2005 wordt door

Het is niet onwaarschijnlijk dat het aantal Nederlandse uitspraken over deze vrijheden in de nabije toekomst verder zal oplopen. Deze verwachting heeft te maken met de invloed van de Dienstenrichtlijn op het recht betreffende de vestigingsvrijheid en het vrijedienstenverkeer.

Ondanks het grote belang van de dienstensector voor de reële economie bleven de grensoverschrijdende vestiging, de verrichting en het ontvangen van diensten door in het bijzonder het midden en kleinbedrijf in de EU in de afgelopen decennia relatief beperkt. Om het grensoverschrijdende vrijedienstenverkeer en de grensoverschrijdende vestiging verder te stimuleren heeft de Europese wetgever, na een bijzonder controversieel wetgevingstraject, uiteindelijk op 12 december 2006 de dienstenrichtlijn aangenomen.<sup>16</sup>

Deze richtlijn is een vorm van 'horizontale harmonisatie': de richtlijn stelt algemene bepalingen vast 'ter vergemakkelijking van de uitoefening van de vrijheid van vestiging van dienstverrichters en het vrije verkeer van diensten [...], met waarborging van een hoge kwaliteit van de diensten' (artikel 1 lid 1 Dienstenrichtlijn) en concentreert zich niet op bepaalde sectoren. In beginsel strekt de richtlijn zich uit tot alle diensten die binnen het Europeesrechtelijke dienstenbegrip te plaatsen zijn. De Europese wetgever heeft echter een groot aantal specifieke diensten uitgezonderd van de werkingssfeer van de richtlijn. Deze worden niet geraakt, althans niet direct, door de harmoniserende werking van de Dienstenrichtlijn. Op dat soort diensten blijft evenwel het normale Verdragskader net zo goed van toepassing. Dat betekent dat belemmeringen op dat soort diensten of vestiging in beginsel verboden zijn en gerechtvaardigd moeten worden door nationale overheden. De ruimte voor rechtvaardiging van dergelijke diensten door lidstaten is echter groter. Overigens zal de dienstenrichtlijn zelf, zijnde secundair Europees recht, in grote lijn moeten voldoen aan de uitleg die is gegeven aan het daarvoor relevante primaire recht inzake de vestigingsvrijheid en het vrijedienstenverkeer.

---

Hatzopoulos en Do gesignaleerd: *'The first striking feature is that it has to deal with almost 3.5 times as many cases in the five year period as the previous one. Thus, the ECJ has gone from deciding 40 cases in the five year period between 1995-1999 to deciding over 140 cases based on Article 49 EC between 2000-2005.'* Uit V. Hatzopoulos, T.U. Do, 'The case law of the ECJ concerning the free provision of services: 2000-2005', in: *CMLR* 43, 2006, p. 923-991 op p. 923.

<sup>16</sup> Richtlijn 2006/123/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2006 betreffende diensten op de interne markt. Daarover in het algemeen C. Barnard, 'Unravelling the services directive', in: *CMLR* 45, 2008, p. 323-394, H.F. Köck, M.M. Karollus (eds), *The New Services Directive of the European Union. Hopes and Expectations from the Angle of a (Further) Completion of the Internal Market*, FIDE XXIII Congress Linz 2008 - Congress Publications Vol. 3, Baden-Baden: Nomos 2008 en J.W. van de Gronden, E. Belhadj, S.J.H. Evans, 'De Dienstenrichtlijn: de gebreken van de deugden? Een eerste verkenning van de Dienstenrichtlijn' in: *SEW* 2007, p. 141-152.



De Dienstenrichtlijn is in Nederland onder meer geïmplementeerd in de Dienstenwet.<sup>17</sup> De invoering van een algemeen kader voor het dienstenverkeer en de vestigingsvrijheid in de Nederlandse wetgeving rechtvaardigt de verwachting dat deze gedeeltelijk geharmoniseerde Europeesrechtelijke vrijheden een toenemende belangstelling zullen gaan genieten, mede gezien de grote reflexwerking van de dienstenrichtlijn op de praktijk van Nederlandse bestuursorganen. Het complexe harmonisatieproduct dat de dienstenrichtlijn is geworden – met de nodige interne tegenstrijdigheden<sup>18</sup> –, voedt de verwachting dat in de komende jaren de hoeveelheid nationale jurisprudentie over het vrijedienstenverkeer en de vestigingvrijheid zeker niet zal afnemen, maar eerder verder zal toenemen.

Het recht over de vestigingsvrijheid en het vrijedienstenverkeer is gedeeltelijk uitontwikkeld, maar staat ook aan het begin van verdere ontwikkeling. Dat levert een mooi vertrekpunt op om juist dit gedeelte Europees recht in Nederland als exponent te nemen voor een onderzoek naar nationale Europeesrechtelijke rechtspraak. Toen vervolgens bleek dat het onderzoek naar de Nederlandse rechtspraak over deze vrijheden een ruime hoeveelheid uitspraken opleverde, werd duidelijk dat dit terrein al voldoende materiaal bood om als basis te dienen voor het in kaart brengen van autonomie van de nationale rechter in het Europees recht in de praktijk tegen de achtergrond van het stelsel van Europese rechtspleging. Het onderzoek is daardoor ‘Nederlands georiënteerd’,<sup>19</sup> een beperking van het onderzoek die moet worden erkend. Toch acht ik het zeer wel verdedigbaar om met behulp van een algemene theoretische inkadering en de koppeling aan de praktijk analyse van de manier waarop de rechter opereert, te kunnen bijdragen aan de kennis van de nationale Europeesrechtelijke rechtspraak en de rol van de nationale rechter in het Europees recht.

## 1.2 Probleemstelling en onderzoeksvraag

Wees Samkalden in 1963 op het belang van de Europeesrechtelijke uitspraken van nationale rechters, het Europees Parlement verwoordde het in 2008 als volgt

---

<sup>17</sup> Staatsblad 2009, 503. Daarnaast is er een Aanpassingwet (Staatsblad 2009, 616) en geeft een ministeriële regeling een indicatieve vaststelling van de reikwijdte Dienstenwet (Regeling van de Minister van Economische Zaken van 10 februari 2010, nr. WJZ/9216044). Zie over de implementatie van de dienstenrichtlijn de themawebsite van de Rijksoverheid <http://www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/dienstenrichtlijn#ref-ez>; het themanummer van het *Tijdschrift voor Consumentenrecht* 2010-2 en M.R. Botman, ‘De Dienstenwet: dekt de vlag de lading’, in: *NTER*, 2010, p.109-116.

<sup>18</sup> Daarover bijvoorbeeld Barnard 2008, op p. 324-325, 344.

<sup>19</sup> Vgl. Prechal 2006, p. 432.

‘het Gemeenschapsrecht [blijft] een dode letter als het in de lidstaten niet naar behoren wordt toegepast, onder andere door de nationale rechters, die derhalve de hoeksteen vormen van het Europees gerechtelijk apparaat en die een wezenlijke en onontbeerlijke rol spelen in de totstandkoming van een gemeenschappelijke Europese rechtsorde, ook in het licht van de recente prestaties van de communautaire wetgever om een grotere rol toe te kennen aan de nationale rechters en hen bij de toepassing van het Gemeenschapsrecht meer verantwoordelijkheid te geven.’<sup>20</sup>

Dit citaat afkomstig uit een aangenomen resolutie onderstreept dat de nationale rechtspleging ook volgens het Europees Parlement van wezenlijke betekenis is voor het Europees recht. Zonder de Europeesrechtelijke rechtspleging in de EU-lidstaten blijft het Europees recht een dode letter, de Europeesrechtelijke jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Unie kennelijk daargelaten.

De resolutie spreekt alleen over ‘toepassing’ van het Europees recht. Dat roept verschillende vragen op. Beperkt de taak van de nationale rechter zich in de praktijk tot rechtstoepassing? Of neemt de rechter ook een taak in het interpreteren van het Europees recht? En waar komt die toepassing dan in de praktijk nu werkelijk op neer? Wat voor kenmerken van feitelijke autonomie heeft de nationale rechter in de praktijk? En wat betekent dat voor het begrip van het stelsel van Europese rechtspleging? Wat voor gezag heeft de Europeesrechtelijke rechtspraak van de nationale rechter? Naar die fundamentele vragen blijkt tot op heden opmerkelijk weinig onderzoek uitgevoerd. Zoals Prechal in 2006 opmerkt bestaan er her en der wel publicaties die ingaan op de nationale rechterlijke praktijk, maar bestaat er nauwelijks systematisch onderzoek in dit verband.<sup>21</sup>

Van het beperkte bestaande onderzoek richt het merendeel zich op de vraag of de nationale rechter het Europees recht wel gemeenschapsrechtconform heeft toegepast.<sup>22</sup> Met andere woorden: of de lijnen van het Hof van Justitie van de

<sup>20</sup> Resolutie van het Europees Parlement van 9 juli 2008 over de taak van de nationale rechter binnen het Europees gerechtelijk apparaat (2007/2027(INI)). In de resolutie wordt wat de prestaties van de Europese wetgever betreft, verwezen naar Verordening (EG) nr. 1/2003 van de Raad van 16 december 2002 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag (PB L 1 van 4.1.2003, blz. 1).

<sup>21</sup> Prechal 2006, p. 432. Zij baseert haar stelling dat de kwaliteit en deskundigheid van nationale rechters om Europees recht (correct) toe te passen reden tot zorg vormt op enkele publicaties, persoonlijke ervaringen en contacten met nationale rechters en wijst erop: *‘It is difficult to make statements which can be generalized, as there is, as far as I know, no systematic research that has been done in this area.’*

<sup>22</sup> Op het terrein van het vrijverkeerrecht kan in dit verband het werk van Jarvis 1998 en Lichtenwalder 1996 worden genoemd. Op het terrein van de invloed van het Europees recht op nationaal bestuursprocesrecht kan worden gewezen op M. Eliantonio,

Europese Unie en de Europese wetgever in de decentrale rechtspleging daadwerkelijk zijn opgevolgd. Een dergelijke perspectief is op zijn minst eenzijdig te noemen. Het gaat te veel uit van de veronderstelling dat het stelsel van Europese rechtspleging alleen wordt bepaald of zou moeten worden bepaald door de autonomie van de centrale rechtspleging. Alsof het neerkomt op een soort van eenrichtingsverkeer: het Hof van Justitie van de Europese Unie beslist, de nationale rechter heeft maar te volgen. In werkelijkheid ligt een en ander vermoedelijk een stuk genuanceerder.

In het stelsel van Europese rechtspleging zijn de nationale rechtspraak en het Hof van Justitie van de Europese Unie op zijn minst communicerende vaten.<sup>23</sup> Dat blijkt duidelijk uit de prejudiciële procedure. Maar een wezenlijk deel van de Europese rechtspleging die zich in een nationale context voordoet speelt zich af buiten de sfeer van de prejudiciële procedure, zoals ook al uit de proloog naar voren kwam. Aandacht voor die Europeesrechtelijke jurisprudentie is eveneens van belang voor het begrip van het Europees recht en de Europese rechtspleging. Het is zeer aannemelijk dat het merendeel van Europeesrechtelijke uitspraken als zodanig tegenwoordig door nationale rechters wordt uitgesproken.<sup>24</sup> Dat gegeven zou de reële suggestie kunnen wekken dat de betekenis van de nationale rechtspraak voor de bescherming, eenheid en ontwikkeling van de

---

*Europeanisation of Administrative Justice? The influence of the ECJ's case law in Italy, Germany and England*, Groningen: Europa Law Publishing 2009. Met betrekking tot de private handhaving van het Europees mededingingsrecht A.P. Komninos, *EC Private Antitrust Enforcement. Decentralised Application of EC Competition Law by National Courts*, Oxford: Hart Publishing 2008, ook de benadering van Gerbrandy is ten dele gericht op de vraag of wettelijke materiële convergentie tussen het Europees mededingingsrecht en het Nederlandse mededingingsrecht tot procedurele en materiële convergentie bij de bestuursrechter leidt en vervolgens hoe deze ontwikkeling normatief is te waarderen in het licht van het beginsel van effectieve rechtsbescherming, dat weliswaar in haar optiek ook een Nederlandse variant als rechtsstatelijk beginsel heeft, maar primair een Europeesrechtelijk beginsel is. Zie Gerbrandy 2009, hoofdstuk 1 en 2.

<sup>23</sup> Vgl. K. Lenaerts, 'The Legal Protection of Private Parties under the EC Treaty: a Coherent and Complete System of Judicial Review?', in: *Scritti in onore Giuseppe Federico Mancini*, Vol II, Milano: Giuffrè 1998, p. 591-623, Prechal 2006, op p. 430-431, R.J.G.M. Widdershoven, 'Annotatie bij het arrest Johnston', in: Beukers e.a. 2010, p. 177-182 op p. 179.

<sup>24</sup> Vgl. reeds L.A. Geelhoed, 'De kwaliteit van het gemeenschapsrecht', in: H.G. Schermers, R.H. Lauwaars, L. Goffin, B.H. ter Kuile, L.A. Geelhoed, *Rechtsbescherming in de Europese Gemeenschappen*, Kluwer: Deventer 1975, p. 129-158 op p. 130: 'Verreweg het grootste aantal uitspraken over het gemeenschapsrecht is afkomstig van nationale jurisdicties. Ook wanneer de uitspraken waaraan een prejudiciële uitspraak van het Hof van Justitie is voorafgegaan niet worden meegerekend, ligt het kwantitatieve zwaartepunt duidelijk bij de nationale rechter; de werkelijke receptie van het gemeenschapsrecht berust in de eerste plaats bij hem.' Eveneens bijvoorbeeld J. Temple Lang, 'The Duties of National Courts under Community Constitutional Law', in: *ELRev* 22, 1997, p. 3-18 op p. 3: 'In fact national courts probably interpret and apply Community law more often than the two Community courts do.'

Europese rechtsorde in wezen maar moeilijk kan worden overschat. Maar we weten te weinig van de praktijk van de nationale Europeesrechtelijke rechtspraak om daar verantwoorde uitspraken over te doen.

Het onderhavige onderzoek is gemotiveerd vanuit dit kennistekort. Met dit proefschrift streef ik ernaar om aan de hand van lidstatelijke uitsprakenpraktijk kenmerken van het feitelijke verschijnsel van autonomie van de nationale rechter in het Europees recht in kaart te brengen en te duiden tegen de achtergrond van het stelsel van Europese rechtspleging. Met als doel om in de eerste plaats bij te dragen aan het verantwoorde weten op dit terrein en, ten tweede, onderzoekend en vragend het gezag van de nationale Europeesrechtelijke rechtspraak voor de Europese rechtsorde te verkennen. Voor de concretisering van dit streven kan vanzelfsprekend gekozen worden uit een veelheid van manieren om onderzoek te doen naar de praktijk van nationale Europeesrechtelijke rechtspraak. Om het onderzoek te begrenzen heb ik, zoals hierboven al naar voren kwam, ervoor gekozen om grondig en verdiepend onderzoek te doen naar de uitsprakenpraktijk ten aanzien van een beperkt gedeelte Europees recht in de specifieke rechtsplegingscontext van één lidstaat. Daarbij neem ik het nationale procesrechtelijke kader als een feitelijk gegeven en ben ik niet van plan dit procesrecht als zodanig te toetsen aan het Europees recht. Ook stel ik mij niet expliciet ten doel de resultaten van het onderzoek te vertalen naar de concrete context en mogelijke gevolgen voor het Nederlandse procesrecht. Dit is een beperking van het onderzoek die vooraf moet worden erkend.

De doelstelling van het boek wordt bereikt door de nationale Europeesrechtelijke rechtspraak van Nederlandse rechters op het terrein van het Europees recht op het gebied van de Verdragsrechtelijke vestigingsvrijheid en/of het vrijedienstenverkeer over de periode tussen 1 januari 1975 tot en met 31 december 2008 te onderzoeken.<sup>25</sup>

De afbakening van de periode lijkt wellicht willekeurig gekozen, maar is niet geheel zonder reden. Op 1 januari 1975 was de directe werking van zowel de vestigingsvrijheid en het vrijedienstenverkeer in de jurisprudentie van het Hof van Justitie pas recent erkend. In het voorafgaande jaar erkende het Hof van Justitie namelijk achtereenvolgens de directe werking van de vestigingsvrijheid op 21 juni in de zaak *Reyners* op prejudiciële vragen van de Belgische Raad van State en op 3 december, na prejudiciële vragen van de Centrale Raad van

---

<sup>25</sup> Waar dit boek spreekt van de vestigingsvrijheid en/of het vrijedienstenverkeer, wordt zowel de onderzochte rechtspraak bedoeld waarin dan wel de vestigingsvrijheid, het vrijedienstenverkeer of zowel de vestigingsvrijheid en het vrijedienstenverkeer aan de orde is.

Beroep, de directe werking van het vrijedienstenverkeer in de zaak *Van Binsbergen*.<sup>26</sup> Over wat die directe werking – ook wel rechtstreekse werking genoemd – precies inhoudt, kan verschillend worden gedacht<sup>27</sup>, maar de kern ervan is toch wel dat deze erkenning van dat karakter van de bepalingen rond de desbetreffende vrijheden de inroepbaarheid van deze normen voor de nationale rechter mogelijk hebben gemaakt.<sup>28</sup> 1 januari 1975 ligt daarom als begindatum voor de hand.<sup>29</sup> Als einddatum van de periode waarover het jurisprudentieonderzoek zich uitstrekte is 31 december 2008 aangehouden, dit om de verslaglegging niet ten onder te laten gaan in de voortdurende vloed van nieuwe rechtspraak en daardoor een zekere adempauze voor de verwerking van de jurisprudentie in te lassen.<sup>30</sup>

Verwoord in de centrale onderzoeksvraag gaat het in dit onderzoek om het volgende:

*Waarin uiten zich kenmerken van autonomie van de nationale rechter in de praktijk van de Nederlandse Europeesrechtelijke rechtspraak betreffende de vestigingsvrijheid en het vrijedienstenverkeer over de periode 1975-2008 tegen de achtergrond van het stelsel van Europese rechtspleging?*

---

<sup>26</sup> Zaak 2/74, *Reyners*; zaak 33/74, *Van Binsbergen*. Zie hierover de annotatie van S.C.G. van den Bogaert bij het arrest *Reyners* in: Beukers e.a. 2010, p. 83-89.

<sup>27</sup> Daarvan getuigen bijvoorbeeld verschillende van de bijdragen aan J.M. Prinssen, A.A.M. Schrauwen (eds), *Direct Effect; Rethinking a Classic of EC Legal Doctrine*, Groningen: Europa Law Publishing 2002.

<sup>28</sup> Vgl. W.T. Eijsbouts, J.H. Jans, L.A.J. Senden, A. Prechal (red.), *Europees recht – Algemeen Deel. Sinds het Verdrag van Lissabon*, Groningen: Europa Law Publishing 2010, p. 251-255.

<sup>29</sup> Voorafgaand aan 1 januari 1975 hebben zich binnen de Nederlandse rechtspraak waarschijnlijk niet veel gevallen voorgedaan waarin de vestigingsvrijheid en/of het vrijedienstenverkeer aan de orde was, al moet worden toegegeven dat het arrest *Van Binsbergen* juist tot stand is gekomen na prejudiciële verwijzing door de Centrale Raad van Beroep en er bijvoorbeeld kan worden gewezen op een arrest van het Gerechtshof Arnhem van 5 december 1962, NJ 1963, 241 waarin een appellant zich beroept op zowel het vrijegoederenverkeer als de vestigingsvrijheid (de artikelen 36, 37 en 52-58 EEG-Verdrag) en verzoekt om prejudiciële vragen te stellen aan het Hof van Justitie, maar het Gerechtshof niets ‘vermag aan te treffen dat aan de stelling van appellante steun geeft’, mede omdat naar oordeel van het Gerechtshof deze bepalingen ‘uitsluitend tot de Lid-Staten geboden en verboden richten’. Hierover I. Samkalden, ‘Annotatie bij Gerechtshof Arnhem, 5 december 1962’, in: *SEW* 1963, p. 353-354.

<sup>30</sup> Van de Nederlandse Europeesrechtelijke rechtspraak na 31 december 2008 zijn enkele, incidentele, voorbeelden meegenomen.

### 1.3 Onderzoeksmethodiek, bronnen en verantwoording

Het doel van het onderzoek is de beantwoording van de centrale onderzoeksvraag. Dit onderzoek richt zich op het recht als wetenschapsgebied.<sup>31</sup> Het onderzoek waarvan dit boek de weerslag geeft, beschrijft rechterlijke praktijk aan de hand van uitspraken, rechtsfeiten, en duidt deze in de context van het recht. De methode is daarmee juridisch-dogmatisch en kwalitatief van aard. Het is bij uitstek disciplinair van karakter. Het kent als zodanig geen economische, bestuurskundige, politicologische, geografische of andersoortige (sociaal-) wetenschappelijke invalshoek.

Het is zeker niet ondenkbaar om onderzoek te doen naar de niet-juridische effecten of percepties van de Europeanisering van de nationale rechtspleging of de Europese vestigingsvrijheid en het vrijedienstenverkeer binnen de Europese Unie. Denk bijvoorbeeld aan de mogelijke economische, sociaal-maatschappelijke, migratorische en politieke effecten die daarmee zouden kunnen samenhangen. In dit onderzoek onthoud ik mij van een dergelijke invalshoek.

In dit onderzoek gaat het om het in kaart brengen van kenmerken van autonomie van de nationale rechter in de praktijk. Hierboven maakte ik duidelijk dat ik het begrip ‘autonomie’ daarbij in de eerste plaats als functioneel concept gebruik. Het dient, kort gezegd, als hulpmiddel, als feitelijk gegeven om de onderzochte werkelijkheid te beschrijven en context te geven aan relaties ten opzichte waarvan de nationale rechter feitelijk autonoom opereert. Een nadere inkadering van dit gebruik van het concept autonomie zal in het volgende hoofdstuk worden gegeven.

De primaire bron voor de kennis van de praktijk is, zoals gezegd, een verzameling van rechterlijke uitspraken. Daaruit vloeien de bevindingen voort. Dit heeft consequenties voor het methodologische domein waarin het onderzoek moet worden gesitueerd. De uitspraak van de rechter is een eindpunt, andere vormen van geschilbeslechting hebben kennelijk niet afdoende gewerkt of kennelijk niet volstaan. Het is gekomen tot een uitspraak die beslist over een rechtsstrijd tussen partijen. Zodra de rechter uitspraak doet over een bij hem

<sup>31</sup> Juridisch onderzoek behoeft in mijn visie uit zichzelf geen aanvulling uit andere vakgebieden om het wetenschappelijk karakter ervan te rechtvaardigen. Het heeft tot op zekere hoogte een eigen, specifiek karakter. In zelfde zin C.H. van Rhee, ‘Geen rechtsgeleerdheid, maar rechtswetenschap!’, in: *RM Themis* 2004, p. 196-201, J.H.A. Lokin, ‘Regtskunde, rechtsgeleerdheid, rechtswetenschap’, in: *RM Themis* 2008, p. 49-51, C. Sieburgh, ‘L’art de la distinction’, in: *NJB*, 2008, p. 3-13, P. Westerman, M. Wissink, ‘Rechtsgeleerdheid als rechtswetenschap’, in: *NJB*, 2008, p. 503-506. Andere benadering geven C.J.J.M. Stolker, “‘Ja, geléerd zijn jullie wel!’ Over de status van de rechtswetenschap”, in: *NJB*, 2003, p. 766-778 of G. de Geest, ‘Hoe maken we van de rechtswetenschap een volwaardige wetenschap?’, in: *NJB*, 2004, p. 58-66.

omgaand geschil en we daarover willen gaan spreken, bevinden we ons in ieder geval in het juridische domein en binnen de sfeer van de rechtsgeleerdheid.<sup>32</sup>

Een rechterlijke uitspraak kan niet geïsoleerd worden beschouwd, maar vindt zijn oorsprong, richting en begrenzing in de context van het recht.<sup>33</sup> De uitspraak is het ultieme verantwoordingsmoment van de rechter. In de uitspraak legt de rechter verantwoording af voor zijn oordeel. Als het goed is, rechtvaardigt de rechter zijn oordeel zoveel als mogelijk in de uitspraak. Daar doet hij recht aan recht.<sup>34</sup> De rechter stelt bindend vast wat rechtens is. De uitspraak is een historisch feit, maar ook een rechtsfeit: een feit ‘waaraan het recht zijn gevolgen verbindt, waaraan het zijn surplus aan betekenis en binding geeft’.<sup>35</sup>

In dit onderzoek is gebruik gemaakt van een selectie uit deze bestaande rechtsfeiten, deze rechterlijke verantwoordingsmomenten in het licht van het

---

<sup>32</sup> Vgl. P. van Schilfgaarde, *Accidituitie in de rechtsvinding*, Amsterdam: Koninklijke Nederlandse Akademie van Wetenschappen 2006, op p. 26: ‘voor mijn betoog is slechts van belang dat ik een gebied in intellectuele zin aanwijs, waarin de door mij bedoelde werkzaamheid gestalte kan krijgen of krijgt. Ik noem dat gebied de ‘juridische sfeer’ of de ‘juridische werkelijkheid’, zonder de pretentie van een enigszins nauwkeurige afbakening. [...] Wat dit betreft mag men mijn betoog zo opvatten dat alles wat in dit ruim te nemen gebied aan oordelen gebeurt, ook in de gevallen waarin men het recht als systeem van regels voor particuliere doeleinden wil gebruiken, zich afspeelt in afhankelijkheid van dat systeem, en daarom noodzakelijk afhankelijk is van de aan dat systeem ten grondslag liggende werkzaamheid van de rede die ik als recht aanduid.’

<sup>33</sup> Vgl. H. Franken, ‘Rechtswetenschap’, in: *RM Themis* 2004, p. 1-2, op p. 1: ‘In de rechtswetenschap houdt men zich enerzijds bezig met de kennis en methoden van bestudering en anderzijds met de bewerking van verschijningsvormen van recht. [...] De wetgeving en rechtspraak vormen het voorwerp van wetenschappelijk onderzoek, waarvan de resultaten weer bij wetgeving en rechtspraak worden gebruikt. Recht maakt in deze opvatting deel uit van de context waarin het zijn oorsprong en toepassing vindt. De rechtswetenschap betreft dan ook niet alleen het – op afstand – bestuderen van een systeem van regels of rechterlijke uitspraken, maar ook het bezig zijn met het gedrag van degenen, die leven in en volgens het recht.’

<sup>34</sup> Vgl. Van Schilfgaarde 2006, op p. 23: ‘het recht waarover ik spreek [is] niet een gegeven ‘ding’, dat veraf kan liggen of dichtbij, maar een werkzaamheid die wordt gedaan, of – anders gezegd – als werkzaamheid, als rechtsoefening, tot leven moet komen. Deze bepaling gaat vooraf aan de nadere bepaling van het recht als een werkzaamheid van de rede, die in het oordeel gestalte moet krijgen.’ Overigens gaat Van Schilfgaarde daarbij uit van een rechtsvinding in ruime zin: deze vindt plaats ‘telkens wanneer – in of buiten de sfeer van de rechter – over feiten, gebeurtenissen of toestanden oordelen totstandkomen die een ambachtelijk-juridische pretentie hebben.’ Van Schilfgaarde 2006, op p. 6 en p. 25.

<sup>35</sup> W.T. Eijsbouts, ‘Autonomie en structuur van het feit, in het bijzonder het rechtsfeit’, in: M. Spiering, M. van Montfrans, J.Th. Leersen, W.T. Eijsbouts (red.), *De weerspanning van de feiten. Opstellen over geschiedenis, politiek, recht en literatuur aangeboden aan W.H. Roobol*, Hilversum: Uitgeverij Verloren 2000, p. 65-74 op p. 65 en op p. 68: ‘Men moet begrijpen: het rechterlijke oordeel zelf is een enkelvoudig historisch feit van het zuiverste water. Het heeft een datum, plaats, auteur en alle aspecten van het feit.’

juridisch-dogmatisch kader van het recht. Rechtspraak is, zoals gezegd, de voornaamste bron van het onderzoek. Dat maakt de juridische-dogmatische, kwalitatieve methode die in dit onderzoek is gevolgd, verdedigbaar en gerechtvaardigd.

De beschikbare relevante jurisprudentie van zowel het Hof van Justitie als de Nederlandse rechtspleging is onderzocht. Het jurisprudentieonderzoek naar de Nederlandse Europeesrechtelijke rechtspraak waarin de vestigingsvrijheid en/of het vrijedienstenverkeer een element vormde, strekte zich uit tot gepubliceerde rechtspraak over de periode 1975-2008. Het jurisprudentieregister geeft een overzicht van de verzamelde jurisprudentie ten behoeve van het achtergrondonderzoek. Naar een selectie daarvan wordt expliciet verwezen in dit bewust beknopt gehouden boek.

Het jurisprudentieonderzoek strekt zich uit tot een ruim tijdsbestek. De wereld is in deze periode evident ingrijpend veranderd, het Europees recht evenzeer. In de afgelopen decennia heeft een verbreding, verdieping en verfijning van het Europees recht plaatsgehad. Het tegenwoordige bestaan van een Europese Unie van 27 lidstaten of bijvoorbeeld de dagelijkse invloed van de informatie- en telecommunicatietechnologie moeten in 1975 nog trekken van een irreëel, utopisch beeld hebben geleken. Zoals bij elke beschouwing over een dergelijk tijdspad heeft zich een onnoemelijke veelheid van ontwikkelingen voorgedaan. Zowel geopolitieke, politieke en maatschappelijke ontwikkelingen als ontwikkelingen die nauwer met de ontplooiing van onze rechtswereld zijn verbonden. Uit de gekozen onderzoeksbenadering volgt dat deze studie zich vrijwel louter en alleen richt op de juridische ontwikkelingen die zich in de onderzochte jurisprudentie uiten.<sup>36</sup>

Als wezenlijke secundaire bron moet het verrichte literatuuronderzoek worden genoemd. Dit heeft zich gericht op de bestaande doctrine op het terrein van de vestigingsvrijheid en het vrijedienstenverkeer en in bredere zin het Europese vrijverkeerrecht. Daarnaast is literatuuronderzoek verricht naar de doctrine over de taak en de rol van de nationale rechter in het Europees recht. In de bibliografie geef ik verantwoording voor de literatuur, studies en rapporten die bij de verwerking van het onderzoek in dit verslag zijn betrokken.

---

<sup>36</sup> Overigens zijn wel tal van afgeleiden van maatschappelijke ontwikkelingen uiteindelijk zichtbaar in de wereld van het recht. Dat werd hierboven al duidelijk ten aanzien van de rechtsontwikkeling met betrekking tot het vrijedienstenverkeer in de afgelopen decennia. Rechtspraak bevat een bron van kwalitatieve informatie over de Europese contemporaine (rechts)geschiedenis. Zie bijvoorbeeld: D. Haks, 'Rechtspraak als historische bron', in: P. Stokvis (red.), *Geschiedenis van het privéleven. Bronnen en benaderingen*, Amsterdam 2007, p. 167-185.



In de aanloopfase van het onderzoek heb ik exploratief en afstandend enkele oriënterende gesprekken gevoerd met (oud-)rechters die in de Nederlandse rechtspleging hebben geoordeeld over zaken waarin de vestigingsvrijheid en/of het vrijedienstenverkeer aan de orde kwam.<sup>37</sup> Om een verkennend beeld te krijgen van de praktijk van het onderzochte Europees recht in de Nederlandse rechtspleging zijn enkele malen zittingen van rechtscolleges bezocht. Daardoor kreeg ik een zekere indruk van de wijze waarop tijdens zittingen met de elementen van Europees recht wordt omgegaan en de manier waarop partijen deze niet, gedeeltelijk of in ruime omvang ter zitting aan de orde stellen. Beide informatiebronnen (het bezoek aan de zittingen en de gesprekken met rechters) zijn een opmaat voor de oriëntatie van het onderzoek geweest, maar hebben als zodanig geen expliciete plek in de verslaglegging ervan in dit boek gekregen.

#### **1.4 Opbouw van het boek**

Voordat wordt toegekomen aan de praktijkvoorbeelden uit de Nederlandse Europeesrechtelijke rechtspraak met betrekking tot de vestigingsvrijheid en/of het vrijedienstenverkeer, schetst hoofdstuk 2 een theoretische inkadering om het feitelijke verschijnsel van nationale rechterlijke autonomie in het Europees recht nader van context te voorzien. Dit hoofdstuk gaat in de eerste plaats verder in op de algemene verplichtingen en verwachtingen ten aanzien van de nationale rechter in het stelsel van Europese rechtspleging. Het anticipeert op de rol van de nationale rechter als Europese rechter en de taakverdeling tussen de nationale rechter en het Hof van Justitie in het stelsel van Europese rechtspleging. Ten tweede wordt uitgelegd wat als zodanig zou moeten worden verstaan onder nationale rechterlijke autonomie en wordt een nadere onderscheiding van de elementen van deze autonomie verschaft.

Vervolgens richt het boek zich op de onderzochte praktijk, de bestaande Nederlandse Europeesrechtelijke uitspraken. In drie afzonderlijke hoofdstukken passeren verschillende dimensies van het verschijnsel van nationale rechterlijke autonomie aan de hand van een selectie uit de onderzochte rechtspraak de revue. De geselecteerde thema's uitend zich in de Nederlandse Europeesrechtelijke rechtspraak rond de vestigingsvrijheid en/of het vrijedienstenverkeer. Hoofdstuk 3 concentreert zich op elementen van rechterlijke autonomie in de praktijk in relatie tot de materieelrechtelijke uitlegging en toepassing van de

---

<sup>37</sup> Onder meer is gesproken met enkele (oud-)leden van de volgende Nederlandse rechterlijke colleges: rechtbank Amsterdam, rechtbank 's-Gravenhage, rechtbank 's-Hertogenbosch, rechtbank Utrecht, Afdeling Bestuursrechtspraak Raad van State, College van Beroep voor het bedrijfsleven, Hoge Raad.

vestigingsvrijheid en het vrijedienstenverkeer. In het algemeen wordt er van uitgegaan dat de materiële doorwerking van Europeesrechtelijke normen nog steeds de meest natuurlijke vorm is van doorwerking van Europees recht. Het is daarom een vanzelfsprekend aanknopingspunt voor het praktijkonderzoek naar de kenmerken van nationale rechtelijke autonomie in het Europees recht. Het gaat in dit hoofdstuk in dit licht vooral om de manier waarop de Nederlandse rechter in de praktijk opereert en niet primair om de gegeven materiële uitleg en toepassing. Toch volgt het hoofdstuk in opbouw de ‘logische’ toetsingssystematiek van het vrijverkeerrecht. In de eerste plaats komen aspecten rond de materiële, de personele en de geografische werkingssfeer aan de orde. Dan verschuift de aandacht naar de rol van de verbodsnormen van belemmeringen op de vestigingsvrijheid en het vrijedienstenverkeer in de Nederlandse Europeesrechtelijke rechtspraak. Ten slotte komt de rechterlijke weging van rechtvaardigingsgronden uit oogpunt van publiek belang en evenredigheidsbeginsel aan de orde.

Hoofdstuk 4 behandelt, kort gezegd, de praktijk van de nationale rechterlijke kant van het prejudiciële verwijzingsrecht: de wereld voorafgaand aan het verwijzen, het al dan niet verwijzen, de feitelijke autonomie van de vraagsteller en de wereld na verwijzing. Uit het onderzoek naar de Nederlandse Europeesrechtelijke rechtspraak werd duidelijk dat het prejudiciële verwijzingsrecht als zodanig een veel breder domein beslaat dan strikt genomen de prejudiciële procedure op zichzelf. Dit is een terrein waar de nationale rechter bij uitstek feitelijk autonoom opereert, zelfs het Hof van Justitie heeft de beoordeling van de nationale rechter om een prejudiciële vraag te stellen als een expliciet ‘autonome’ bevoegdheid aangeduid, weliswaar vooral ten opzichte van het nationale recht maar daarmee toch als een vorm van autonomie van de nationale rechter.<sup>38</sup>

In hoofdstuk 5 wordt stilgestaan bij een autonome ontwikkeling in de praktijk van de Nederlandse Europeesrechtelijke rechtspraak die pas zichtbaar werd gedurende de loop van het jurisprudentieonderzoek en als zodanig nog weinig aandacht in de literatuur heeft gehad. Het hoofdstuk bespreekt de ontwikkeling van ‘nationale Europeesrechtelijke precedents’. In dit geval gaat het om de uitleg van een nationale rechter over een Europeesrechtelijke norm die gebruikt wordt voor de beslechting van nieuwe geschillen met een Europeesrechtelijke dimensie. Hier krijgt de eerdere Europeesrechtelijke uitleg van de nationale rechter een vorm van Europeesrechtelijk gezag. Deze ontwikkeling leidt tot allerlei boeiende vragen. In de eerste plaats komt aan de orde wat onder een nationaal Europeesrechtelijk precedent zou moeten worden verstaan. Vervolgens

<sup>38</sup> Zie zaak C-210/06, *Cartesio*, r.o. 95 en hoofdstuk 4.

krijgen de verschillende functies van dergelijke precedentes aandacht. Ook wordt ingegaan op de gevolgen van het bestaan en de betekenis van deze precedentes.

Het zesde hoofdstuk omvat de slotbeschouwing. Daarin beantwoord ik de centrale onderzoeksvraag en komen de diverse bevindingen uit de verschillende hoofdstukken geïntegreerd aan de orde. In de eerste plaats is er een samenvatting van de kern van de voorgaande hoofdstukken opgenomen. Ten tweede worden kenmerken van nationale rechterlijke autonomie benoemd en nader geduid tegen de achtergrond van het stelsel van Europese rechtspleging. Ten slotte bevat de slotbeschouwing enkele aanbevelingen.