



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.

Publication date
2011

[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*. [, Universiteit van Amsterdam].

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.

2 OVER NATIONALE RECHTERLIJKE AUTONOMIE, EEN THEORETISCHE INKADERING

'Zo is de nationale rechter, ook voor wat de toepassing van het gemeenschapsrecht betreft, niet aan het gezag van de gemeenschapsrechter onderworpen, maar staat naast hem. De gemeenschappen vormen nu eenmaal nog geen federatie, waarin de federale rechter staat boven zijn nationale collega en diens uitspraken zou kunnen herzien of controleren. De gemeenschappen kennen alleen een verhouding van nevenschikking van gemeenschaps- en nationale rechter, waarbij ieder de rechtsmacht van de ander heeft te eerbiedigen en waarbij door samenwerking moet worden getracht de problemen, waar beide bij zijn betrokken, op te lossen.'

A.M. Donner, 'Uitlegging en toepassing', in: *Miscellanea W.J. Ganshof van der Meersch*, Bruxelles: Bruylant 1972, p. 103-126 op p. 114-115

2.1 Inleiding

Wat te verstaan onder het verschijnsel van nationale rechterlijke autonomie? Dat wordt in dit hoofdstuk vanuit een theoretisch perspectief duidelijk gemaakt. Maar daaraan vooraf gaat beknopte nadere inkadering over de rol van de nationale rechter in het Europees recht, omdat het verschijnsel van nationale rechterlijke autonomie daarvan een resultaat is. Door het hoofdstuk heen positioneer ik het onderzoek ten opzichte van de doctrine en verantwoord ik de uitgangspunten die in dit onderzoek zijn aangenomen.

Uit de proloog en de inleiding van dit boek werd al duidelijk dat de nationale rechter een wezenlijke taak krijgt toebedeeld in de rechtsbescherming van het Europees recht. Daarin is het Europees recht in grote mate afhankelijk van nationale actoren, die een Europeesrechtelijke taak hebben gekregen.¹ Zo ligt de eerstelijnsrechtsbescherming van Europees recht in veel gevallen in handen van de nationale rechter. De rechtzoekende die zich beroept op een Europese norm, verwacht dan dat de nationale rechter daar mee uit de voeten kan.² De rechter moet in dat geval wat met de ingeroepen norm. Dat zal in sommige gevallen

¹ In dit verband merkt Meij in zijn oratie op dat het Europees recht een 'nogal parasitair karakter draagt'. Want, zo vervolgt Meij, 'Voor zijn verwezenlijking maakt het maximaal gebruik van de nationale instellingen van de lidstaten, waarin het zich met overtuiging nestelt. De eigen positie van het Europees recht moest, zo gezien, als het ware op het recht van de lidstaten veroverd worden.' Zie: A.W.H. Meij, *Kringen van coherentie. Over eenheid van rechtspraak in de context van globalisering*, Utrecht: G.J. Wiarda Instituut 2009, p. 12.

² In het fameuze arrest 26/62, *Van Gend & Loos*, dat de genesis vormt van de inroepbaarheid van Europese verdragsnormen voor de nationale rechter, spreekt het Hof van Justitie in dit verband al over de doelmatige controle die de 'waakzaamheid der belanghebbenden op de verzekering van hun rechten' vormt. Een controle die naar oordeel van het Hof van Justitie vergelijkbaar is met het toezicht van de Europese Commissie en de lidstaten zelf.

betrekkelijk eenvoudig zijn, wanneer er bijvoorbeeld vaste jurisprudentie over de uitleg van een Europese norm bestaat of de regel klip en klaar is en er redelijkerwijs geen reden tot twijfel over de uitleg bestaat: wanneer er een directe discriminatie op grond van nationaliteit opgenomen is in een overheidsmaatregel gericht op dienstverlenende bedrijven, komt deze maatregel in strijd met de verbodsnorm van het vrijedienstenverkeer en moet uit hoofde daarvan buiten toepassing worden gelaten of dient in ieder geval door de overheid gerechtvaardigd worden. Dat is evident.³

Voor vrijwel geen van de gevallen die de nationale rechter krijgt voorgeschoteld bestaat direct een dergelijke duidelijkheid. In veel gevallen moet de nationale rechter de bestaande rechtspraak van het Hof van Justitie vertalen naar het actuele geschil. Zodra de nationale rechter Europese normen gebruikt voor een beslechting van een geschil, vindt er een vertaalslag plaats naar de feiten en omstandigheden van dat nieuwe concrete geval. Daarnaast moeten we ons realiseren dat, gegeven het simpele feit dat recht en de maatschappelijke werkelijkheid zich blijven doorontwikkelen en een dynamisch karakter kennen, de bestaande jurisprudentie van het Hof van Justitie gewoonweg niet altijd een pasklaar antwoord heeft voor de nieuwe problemen waar de nationale rechter bij wordt betrokken.

Hier begint voor de nationale rechter een eigen, zelfstandige taak om over het recht te beslissen en de regel voor het concrete geval te stellen. Moeilijk te ontkennen valt dat de nationale rechter bij zijn toepassing en uitlegging van Europeesrechtelijke normen in de praktijk in ieder geval een feitelijke autonomie beschikt. De rechter dient nu eenmaal te beslissen over het concrete geval, een onlosmakelijk deel van de uitoefening van de rechterlijke functie. Toch wordt deze feitelijke autonomie van de nationale rechter in de doctrine van het Europees recht in de regel niet met zoveel woorden gearticuleerd. Over het algemeen legt de doctrine het accent op de verplichtingen en verwachtingen van de nationale rechter, zonder de praktijk van de nationale Europeesrechtelijke rechtspraak daarbij in ogenschouw te nemen.

³ Voorbeelden van evidente directe discriminatie op grond van nationaliteit zijn, voor zover ik het overzie, in de Nederlandse rechtspraak met betrekking tot de vestigingsvrijheid en het vrijedienstenverkeer niet te vinden. Wel kan een woonplaatsvereiste dusdanig effect hebben dat zij tot een absolute voorwaarde voor toelating tot de markt van een dienstverlener vormt en daarmee discriminerend van aard wordt. Zie bijvoorbeeld rechtbank Arnhem, 30 maart 1988, NJ 1988/802 (Beëdigde vertaler).

2.2 Over de nationale rechter in het Europees recht

De basis

Wat is dan de rol van de nationale rechter in het Europees recht? In het kader van deze studie volstaan enkele opmerkingen in dit verband. Voor uitvoerige beschouwing zij verwezen naar de algemene literatuur.⁴ In ieder geval is duidelijk dat tegen de achtergrond van de Europeesrechtelijke doctrine de nationale rechter Europeesrechtconform hoort recht te spreken, of hij nu wil of niet.⁵ Met andere woorden: de nationale rechter is in ieder geval niet op eigen rechtsbesef aangewezen en beslecht niet als ‘goede man naar billijkheid’,⁶ maar weet zich gebonden aan de stand van het Europees recht op een bepaald moment in de tijd.⁷ In het geval van een Europeesrechtelijke zaak hoort de rechter in zijn

⁴ Zie in algemene zin W.T. Eijssbouts e.a. 2010, hoofdstuk 1, 8 en 10, D. Chalmers, G. Davies, G. Monti, *European Union Law*, Cambridge: Cambridge University Press 2010, hoofdstuk 4 en 7, P.J.G. Kapteyn, A.M. McDonnell, K.J.M. Mortelmans, C.W.A. Timmermans, *The Law of the European Union and the European Communities*, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International 2008, hoofdstuk 6 en 7, K. Lenaerts, P. van Nuffel, *Europees recht*, Antwerpen/Cambridge: Intersentia 2011, deel VI, J.H. Jans, R. de Lange, S. Prechal and R.J.G.M. Widdershoven, *Europeanisation of Public Law*, Groningen: Europa Law Publishing 2007, hoofdstuk 7, M. Claes, *The National Courts' Mandate in the European Constitution*, Oxford: Hart Publishing 2006, in het bijzonder deel I, K.J.M. Mortelmans, R.H. van Ooik, S. Prechal, *Europees recht en de Nederlandse rechter. Verworvenheden en uitdagingen*, Deventer: Kluwer 2004, Kapteyn-Verloren van Themaat, *Het recht van de Europese Unie en van de Europese Gemeenschappen*, Deventer: Kluwer 2003, hoofdstuk 7 en 8, K. Lenaerts, ‘The Rule of Law and the Coherence of the Judicial System of the European Union’, in: *CMLR* 44 2007, p. 1645, Prechal 2006, Temple Lang 1997.

⁵ Vgl. Prechal 2006, p. 429-430. Het leerstuk van de conforme interpretatie verplicht de nationale rechter om, in het kader van zijn bevoegdheid, zijn nationale recht zoveel mogelijk uit te leggen in het licht van het Europees recht. Dit leerstuk is specifiek ingezet door het arrest 14/83, *Von Colson*. Daarover J.M. Prinssen, *Doorwerking van Europees recht*, Deventer: Kluwer 2004, hoofdstuk 3. Vgl. ook Claes 2006 p. 44. De opgeworpen titelvraag van R.R. Winter in zijn artikel ‘Kan iedere Nederlandse rechter daadwerkelijk een Europese rechter zijn? Ontwikkelingen van het netwerk van gerechtscoördinatoren’ in: *Trema Special* nr. 1 2010, p. 443-446 is weliswaar van praktische relevantie, maar rechtens en feitelijk is iedere Nederlandse rechter tevens een nationale Europeesrechtelijke rechter. Vgl. Temple Lang 1997, p. 3 onder verwijzing zaak T-51/89, Tetrapak waarin het Gerecht overweegt: ‘national courts are acting as Community courts of general jurisdiction.’

⁶ Een van de archetypes van een rechter met een volstrekt autonome rechtsvinding uit Wiarda’s *Drie typen van rechtsvinding*, waarbij Wiarda geïnspireerd wordt door het werk van Montesquieu, *De l’esprit des lois*. Zie G.J. Wiarda, bewerkt door T. Koopmans, *Drie typen van rechtsvinding*, Deventer: Kluwer 1999, p. 14.

⁷ Het Europees recht vormt, volgens het Hof van Justitie in zaak 14/68, *Walt Wilhelm* een ‘eigen, in de rechtsorde der Lid-Staten geïntegreerde en voor de nationale rechterlijke instanties bindende rechtsorde.’ In het geval van een zaak waarin een prejudiciële verwijzing naar het Hof van Justitie heeft plaatsgehad, moet worden aangenomen dat de gegeven uitleg voor ‘alle van het bodemgeskil kennisnemende rechterlijke instanties bindend is [...] doch dat zij zelve hebben te beoordelen of ’s Hof’s prejudiciële uitspraak hun voldoende klaarheid heeft

proces van rechtsvinding rekening te houden met wat over dat onderwerp door de Europese wetgever is bepaald en in ieder geval door het Hof van Justitie van de Europese Unie is uitgelegd. Volgens artikel 19 VEU heeft laatstgenoemde instelling tot taak ‘de eerbiediging van het recht bij de uitlegging en toepassing van de Verdragen [te] verzekeren’.

De impliciete Verdragsrechtelijke positie: de opdracht tot loyaliteit

In de Verdragsbepalingen krijgt de nationale rechter niet expliciet een taak met betrekking tot de verzekering van de eerbiediging van het recht toebedeeld. Wel is in het Verdrag van Lissabon de lidstatelijke plicht om een stelsel van effectieve rechtsbescherming te verzekeren gecodificeerd. Artikel 19, eerste lid, tweede alinea VEU legt dit in duidelijke bewoordingen op:

‘De lidstaten voorzien in de nodige rechtsmiddelen om daadwerkelijke rechtsbescherming op de onder het recht van de Unie vallende gebieden te verzekeren.’

Deze codificatie, gericht tot de lidstaten, kan niet zonder betekenis zijn, maar moet in de komende jaren zijn Verdragsrechtelijke vorm en inhoud krijgen.⁸ Het is een afgeleide van het in de jurisprudentie door het Hof van Justitie aanvaarde en ontwikkelde beginsel van effectieve rechtsbescherming. Het Hof van Justitie ‘ontdekte’ dit beginsel mede op basis van het recht op een eerlijk proces (artikel 6) en het recht op een daadwerkelijk rechtsmiddel (artikel 13) uit het Europees Verdrag tot Bescherming van de Rechten van de Mens.⁹ Ondertussen is het beginsel van effectieve rechtsbescherming eveneens bevestigd in het, sinds het Verdrag van Lissabon via artikel 6, eerste lid VEU juridisch bindende, artikel 47 van het Handvest voor de grondrechten van de Europese Unie. Het beginsel is in de jurisprudentie van het Hof van Justitie vooral ingezet om de toegang tot de

verschafft dan wel of het noodzakelijk is het Hof andermaal te adieren.’ Het vorenstaande komt uit zaak 29/68, *Milch-, Fett- und Eierkontor II*, r.o. 2 en 3.

⁸ Opmerkelijk is bijvoorbeeld dat de bepaling als zodanig strikt genomen niet aangeeft op welk niveau de lidstaten moeten voorzien in de nodige rechtsmiddelen om de daadwerkelijke rechtsbescherming te verzekeren: binnen de individuele context van iedere lidstaat of in een context van de lidstaten gezamenlijk op een Europees of regionaal niveau? Parret ziet in de vastlegging van het beginsel van effectieve rechtsbescherming een rechtsbasis ‘in het primaire gemeenschapsrecht voor aantasting van de procesautonomie van lidstaten.’ Zie L. Parret, ‘En wat met de rechtsbescherming? Het Verdrag van Lissabon en de communautaire rechter’, in: R.H. van Ooik, R.A. Wessel, *De Europese Unie na het Verdrag van Lissabon*, Deventer: Kluwer 2009, p. 49-58 op p. 49-50.

⁹ De aanvaarding van dit beginsel gaat terug tot de zaak 222/84, *Johnston* waarin een relatie aanwezig was met artikel 6 Richtlijn 76/207 op basis waarvan slachtoffers van discriminatie een mogelijkheid dienden te hebben om rechten voor het gerecht te kunnen laten gelden. In het arrest 22/86, *Heylens*, werd de koppeling van dit beginsel aan een richtlijnbeepaling losgelaten. Zie hierover de annotatie van R.J.G.M. Widdershoven bij het arrest *Johnston*, in: Beukers e.a. 2010, p. 177-182.

rechter en de rechtsmiddelen in de nationale context voor de afdwinging van Europees recht te garanderen en emancipeert als het ware de nationale rechter als rechtsbeschermer in het Verdragsrechtelijke ‘volledige stelsel van rechtsmiddelen en procedures’.¹⁰ Widdershoven wijst op het feit dat het Hof van Justitie sinds de eeuwwisseling zijn rechtspraak over dit beginsel expliciet afstemt op rechtspraak van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens in het kader van artikel 6 EVRM.¹¹ Het beginsel van effectieve rechtsbescherming werkt daarmee vooral als een formeel beginsel dat minimumvoorwaarden stelt aan de nationale Europeesrechtelijke rechtsbescherming.¹²

Afgezien van de nieuwe codificatie in artikel 19 VEU spreken de Verdragen nauwelijks over de nationale rechter.¹³ Zijn belangrijke rol moet tot op heden voornamelijk impliciet in de Verdragen worden gelezen: in het beginsel van loyale samenwerking.¹⁴ De verplichting om Europeesrechtconform recht te spreken, vloeit voort uit dit beginsel. Volgens dit Verdragsbeginsel, een Europeesrechtelijke allesvuller, treffen lidstaten ‘alle algemene en bijzondere maatregelen die geschikt zijn om de nakoming van de uit de Verdragen of uit de handelingen van de instellingen van de Unie voortvloeiende verplichtingen te verzekeren. De lidstaten vergemakkelijken de vervulling van de taak van de Unie en onthouden zich van alle maatregelen die de verwezenlijking van de

¹⁰ Vgl. bijvoorbeeld zaak C-97/91, *Borelli*, zaak C-50/00, *UPA*, zaak C-263/02, *Jégo-Quéré*, zie Jans e.a. 2007, p. 243-244.

¹¹ Widdershoven 2010, op p. 178 en 182. Een goed voorbeeld hiervan biedt het arrest in de gevoegde zaken C-317-320/08, *Allassini*, waarin tevens begrenzings van het beginsel van effectieve rechtsbescherming zijn aangenomen.

¹² Ook Jans e.a. 2007, p. 369 karakteriseren de voorwaarde van effectieve rechtsbescherming als een minimumeis voor het nationale stelsel van rechtspleging. Van Gerven spreekt in dit verband liever van adequate effectieve rechtsbescherming. Zie W. van Gerven, ‘Of rights, remedies and procedures’, in: *CMLR* 37, 2000, p. 501-536 op p. 503.

¹³ Dat is opvallend omdat bijvoorbeeld de nationale parlementen sinds het Verdrag van Lissabon een eigen positie hebben verworven binnen de Verdragsrechtelijke structuur (artikel 12 VEU). In de voorbereidingen op de intergouvernementele conventie voor de Grondwet voor Europa pleitte het Due-Rapport rapport wel voor een explicitering van de rol van nationale rechter in de Verdragsrechtelijke kader. Zie O. Due e.a., *Verlag van de Studiegroep over de toekomst van het rechterlijk stelsel van de Europese Gemeenschappen*, januari 2000, beschikbaar op: http://ec.europa.eu/dgs/legal_service/pdf/du_e_nl.pdf. Ook Meij was voorstander van een dergelijke codificatie van de belangrijke rol van de nationale rechter in het stelsel van Europese rechtspleging, zie A.W.H. Meij, ‘Constitutionalizing Effective Remedies: Too Much on EU Courts, Too Little on National Courts’, in: D. Curtin, A.E. Kellermann, S. Blockmans (eds), *The EU Constitution: The Best Way Forward?*, The Hague: T.M.C. Asser Instituut 2005. Al gaf hij eerder te kennen dat erkenning van de taak van de nationale rechter in een Verdrag ‘would change nothing but appearances – even if, by the way, this itself could be of some use.’ Zie A.W.H. Meij, ‘Guest editorial: architects or judges? Some comments in relation to the current debate’, in: *CMLR* 37 2000, p. 1039-1045. Zie eveneens het ondersteunende pleidooi van Claes 2006, hoofdstuk 22.

¹⁴ Vgl. Prechal 2006, p. 429.

doelstellingen van de Unie in gevaar kunnen brengen' (artikel 4, lid 3 VEU).¹⁵ Het Hof van Justitie heeft deze verplichtingen en verwachtingen in zijn jurisprudentie opgedragen aan nationale rechters.¹⁶ Volgens het standaardarrest *Simmenthal* van het Hof is 'elke in het kader van zijn bevoegdheid aangezochte nationale rechter verplicht het gemeenschapsrecht integraal toe te passen.'¹⁷ Met als ultieme consequentie dat hij 'verplicht is zorg te dragen voor de volle werking dezer normen, daarbij zo nodig, op eigen gezag, elke strijdige bepaling van de – zelfs latere – nationale wetgeving buiten toepassing latende.'¹⁸ Wanneer een nationale maatregel in strijd komt met het Europees recht, dan moet deze buiten toepassing worden gelaten.¹⁹

Tegen de achtergrond van de *Simmenthal*-verplichting verdient een drietal verduidelijkingen aandacht die voor inkadering van de rechterlijke praktijk van nader belang (kunnen) zijn. In de eerste plaats werkt het Europees recht nog altijd voornamelijk materieel, ofwel inhoudelijk, door in de nationale rechtsplegingscontext.²⁰ Voor zover er geen harmonisatie heeft plaatsgevonden, wordt het procesrechtelijke kader gevormd door de lidstaat waarin het beroep

¹⁵ Zie over het loyaliteitsbeginsel, voor het Verdrag van Lissabon vaker het beginsel van gemeenschapstrouw genoemd, onder meer C.W.A. Timmermans, 'Chapter III: The Basic Principles', in: Kapteyn e.a. 2008, p. 147-156, J. Temple Lang, 'Article 10 EC – The Most Important 'General Principle' of Community Law', in: U. Bernitz, J. Nergelius, C. Cardner, X. Groussot, *General Principles of EC Law in a Process of Development*, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International 2008, p. 75-113. Van diezelfde auteur met betrekking tot het loyaliteitsbeginsel in relatie tot de positie van nationale rechters: 'The principle of Loyal Cooperation and the Role of the National Judge in Community, Union and EEA Law', in: *ERA-Forum* 4, 2006, p. 476-501.

¹⁶ Voor alle duidelijkheid: deze opdracht tot loyaliteit is eveneens opgedragen aan bestuursorganen van de lidstaten, zie zaak 103/88, *Constanzo*. Hierover M.J.M. Verhoeven, 'Bestuursorganen en legaliteit in communautair perspectief', in: M.J.M. Verhoeven, J.E. van den Brink en A. Drahmman, *Europees offensief tegen nationale rechtsbeginselen? Over legaliteit, rechtszekerheid, vertrouwen en transparantie*, Preadviezen Jonge VAR 2009, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2010, p. 15-61.

¹⁷ Zaak 106/77, *Simmenthal II*, r.o. 21.

¹⁸ Zaak 106/77, *Simmenthal II*, r.o. 24. De literatuur naar aanleiding van de *Simmenthal*-verplichting is overvloedig. Voor een beknopte, kernachtige weging van deze uitspraak, zie Prechal 2006, p. 442 e.v. Voor uitvoerige achtergrond ervan zij verwezen naar het werk van Claes, die in haar proefschrift dit mandaat van de nationale rechter in de Europese constitutie vanuit een Europeesrechtelijk perspectief onderzocht en dit nader aanvulde met een nationaal perspectief gebaseerd op de nationale constituties en nationale constitutionele rechtspraak. Zie Claes 2006.

¹⁹ Deze Europeesrechtelijke opdracht staat nogal haaks op artikel 11 van de Nederlandse Wet Algemene Bepalingen, dat de Nederlandse rechter opdraagt: 'De regter moet volgens de wet regt spreken: hij mag in geen geval de innerlijke waarde of billijkheid der wet beoordelen.'

²⁰ Vgl. gevoegde zaken 51 en 54/71, *International Fruit Company II* en zie P.J.G. Kapteyn, 'Chapter VII: Application and Enforcement of Community Law in the National Legal Systems', in: Kapteyn e.a. 2008, op p. 545-546.

zich voor de nationale rechter afspeelt.²¹ Volgens de bekende *Rewe/Comet*-jurisprudentie stelt het Europees recht, naast het hierboven genoemde algemene beginsel van effectieve rechtsbescherming, twee minimumeisen aan het nationale procesrecht: er mag geen onderscheid worden gemaakt tussen een Europeesrechtelijke vordering en een nationaalrechtelijke vordering (het gelijkwaardigheidsbeginsel) en het moet in de praktijk niet onmogelijk of uiterst moeilijk zijn om de vordering te effectueren (effectiviteits- of doeltreffendheidsbeginsel).²² Deze minimumeisen worden in de regel gezien als een uiting van procedurele autonomie van de lidstaten.²³ Als aan deze voorwaarden is voldaan, dan is de nationale rechter niet verplicht een Europeesrechtelijke vordering anders te behandelen dan een vordering die op nationale leest is geschoeid.

In de tweede plaats heeft de *Simmenthal*-verplichting aanleiding gegeven tot de vraag wanneer er ambtshalve een Europeesrechtelijke taak voor de nationale rechter bestaat. Uit het arrest *Van Schijndel* volgt dat de nationale rechter bij de beoordeling van het nationale procesrecht rekening kan houden met de daaraan ten grondslag liggende beginselen. Is er naar nationaal recht een verplichting tot ambtshalve toepassing, dan geldt deze ook voor een Europeesrechtelijk recht. Als er een bevoegdheid bestaat om gelijksoortige regels van nationaal recht ambtshalve toe te passen, tegen de achtergrond van het Europeesrechtelijke beginsel van loyaliteit, is de nationale rechter ook verplicht om het Europees recht ambtshalve toe te passen.²⁴ Is er geen nationale bevoegdheid tot ambtshalve toepassing, dan gelden de minimumeisen van het gelijkwaardigheidsbeginsel en het effectiviteitsbeginsel, alsmede het beginsel van effectieve rechtsbescherming. De nationale rechter mag daarbij rekening houden met de beginselen die ten grondslag liggen aan het nationale stelsel van rechtspleging, zodat de afweging in wezen neerkomt op een procedurele redelijkheidstoets: een procedurele ‘*rule of reason*’.²⁵ In dit verband zijn opmerkelijke verschillen in de latere jurisprudentie van het Hof van Justitie

²¹ Vgl. bijvoorbeeld Van Gerven 2000 op p. 502, T. Eilmansberger, ‘The relationship between rights and remedies in EC law: in search for the missing link’, in: *CMLR* 2004, p. 1199-1246 op p. 1200.

²² Zaak 33/76, *Rewe* en zaak 45/76, *Comet*. Zie over de verhouding tussen enerzijds het beginsel van effectieve rechtsbescherming en anderzijds de *Rewe/Comet*-riedel Jans e.a. 2007, p. 54-59, de annotatie van H.G. Sevenster bij het arrest *Rewe* in: Beukers e.a. 2010, p. 129-135 en Widdershoven 2010.

²³ Zie bijvoorbeeld Prechal 1998 op p. 682, Mortelmans e.a. 2004, p. 44-45.

²⁴ Gevoegde zaken C-430/93 en C-431/93, *Van Schijndel*, r.o. 13 en 14. Zie hierover Mortelmans, Van Ooik, Prechal 2004, p. 38-43 en Prechal 1998. Overigens mag een rechter, wat het Europees recht betreft, zeker vrijwillig toetsen aan Europese normen, dat bleek al eerder uit de gevoegde zaken C-87/90, C-88/90 en C-89/90, *Verholen*.

²⁵ Vgl. Prechal 1998 op p. 690, Jans e.a. 2007, p. 56, Kapteyn 2008, p. 553-554.

zichtbaar.²⁶ Het gaat hier ook om een delicate balans tussen procedurele autonomie van een lidstaat en de effectiviteit van het Europees recht in een nationale context. De ambtshalve opdracht hoeft overigens niet zo ver te gaan dat de rechter, zonder dat een partij hiertoe aanzet, een in kracht van gewijsde gegane rechterlijke beslissing aan zou moeten tasten. In het arrest *Kapferer* maakte het Hof bijvoorbeeld in algemene zin duidelijk dat het loyaliteitsbeginsel ‘een nationale rechter niet gebiedt nationale procedureregels buiten toepassing te laten teneinde een in kracht van gewijsde gegane rechterlijke beslissing te onderzoeken en te vernietigen wanneer deze in strijd met het gemeenschapsrecht blijkt te zijn.’²⁷

Ten derde vloeit uit de *Simmenthal*-verplichting een fundamentele vervolgvraag voort met betrekking tot het karakter van een Europeesrechtelijke verplichting. Men neme, als voorbeeld, een geval in gedachten waarin een nationale procespartij voor de rechter keurig een beroep op bijvoorbeeld de Europese vestigingsvrijheid heeft gedaan. Volgens de verplichting moet een nationale rechter in dat geval binnen het kader van zijn bevoegdheid het Europees recht integraal toepassen. Maar hoe operationaliseert de nationale rechter deze verplichting? Wat betekent het in de praktijk? Met andere woorden: wat koop je voor een Europeesrechtelijke verplichting? Hoe verbindend de verplichting is, hangt samen met de Europeesrechtelijke attitude die de nationale rechter

²⁶ In de consumentenrechtspraak over oneerlijke bedingen in overeenkomsten verlangt het Hof van Justitie uit oogpunt van het effectiviteitsbeginsel een zeer actieve ambtshalve rechter (bijvoorbeeld het arrest C-240/98– C-244/98, *Océano* en C-168/05, *Mostaza Claro*) en in de bestuursrechtelijke context van de zaak C-222/05, *Van der Weerd* – waarin partijen het aanvoeren van een Europeesrechtelijke route hebben nagelaten – bestaat er uit hoofde van het doeltreffendheidsbeginsel geen verplichting tot ambtshalve toetsing. Het Hof van Justitie lijkt in die laatste zaak weer opmerkelijk terughoudend te zijn wat de ambtshalve taak van de nationale rechter betreft. Zie daarover J. H. Jans, B. Marseille, ‘Courts Raising Community Law on Their Own Motion’, in: *CMLR* 2008, p. 853-862, ook beschikbaar op http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1121773. Zie eveneens Lenaerts 2007, op p. 1647-1648 en het rapport *Ambtshalve toepassing van Europees consumentenrecht* van de werkgroep ambtshalve toetsing van het Landelijk Overleg Voorzitters Civiele en Kantonsectoren, februari 2010, gepubliceerd op: http://www.rechtspraak.nl/Procedures/Landelijke-regelingen/Sector-civiel-recht/Documents/EindrapportLOVCKwerkgroepambtshalvetoetsing_17210.pdf.

²⁷ Zaak C-234/04, *Rosmarie Kapferer*. Zie hierover uitgebreid mijn annotatie in: *SEW* 2006, nr. 6, p. 251-254. Deze uitspraak verduidelijkte dat de in het arrest C-234/04, *Kühne & Heitz* ontwikkelde voorwaarden voor het door een bestuursorgaan opnieuw moeten onderzoeken van een eerdere beslissing van een bestuursorgaan wegens de vermoedelijke onjuiste toepassing van het gemeenschapsrecht, niet dan bij uitzondering opgaan voor in kracht van gewijsde gegane rechterlijke beslissingen. Zie over de zaak *Kühne & Heitz* onder meer J.H. Jans en K.J. de Graaf, ‘Bevoegdheid = verplichting? Enkele opmerkingen over de uitspraak van het Hof van Justitie in de zaak *Kühne & Heitz*’, in: *NTER* 2004, nr. 4, p. 98-102.

aanneemt en de feiten en omstandigheden van het geval.²⁸ Kortom, veel hangt af van hoe de nationale rechter deze verplichting zelf inkleurt.

De expliciete Verdragsrechtelijke positie: rechterlijke samenwerking

Ondanks de tegenwoordige rol van de nationale rechter in de rechtsbescherming van het Europees recht komt de rol van de nationale rechter verdragsrechtelijk alleen werkelijk noemenswaardig naar voren in het kader van de hierboven geïntroduceerde prejudiciële procedure. In de basisbepaling met betrekking tot deze procedure, artikel 267 VWEU, zijn woordelijk de begrippen ‘rechterlijke instantie van een der lidstaten’ en ‘nationale rechterlijke instantie’ opgenomen.²⁹ De Verdragsbepaling creëert uit hoofde van Europees recht een bevoegdheid voor deze rechters. De prejudiciële procedure, die in hoofdstuk 4 nog uitgebreid aan de orde komt, houdt kortweg in dat op (vrijwel alle) terreinen van het Europees recht iedere nationale rechterlijke instantie het Hof van Justitie kan – en onder omstandigheden zou moeten – verzoeken bij wijze van ‘prejudiciële beslissing’ te oordelen over de uitleg van het Europees recht en de geldigheid van secundair Europees recht ‘indien zij een beslissing op dit punt noodzakelijk acht voor het wijzen van haar vonnis’.

De prejudiciële procedure is, zo leert het Hof van Justitie ons, een

‘ingestelde rechterlijke samenwerking waarbij de nationale rechter en het Hof van Justitie – elk volgens hun eigen competentie – geroepen zijn om rechtstreeks en wederzijds bij te dragen tot het vinden van een beslissing waardoor de uniforme toepassing van het gemeenschapsrecht in alle lidstaten wordt gewaarborgd.’³⁰

Dit verklaart ook de benadering van Donner in het citaat aan het begin van dit hoofdstuk: er is geen hiërarchie tussen het Hof van Justitie en de nationale rechter, maar een verhouding van nevenschikking en samenwerking.³¹ Tegelijkertijd gaat, en dat levert een wat paradoxale indruk op, het Hof van

²⁸ Vgl. in relatie tot het operationaliseren van de directe werking van een bepaling Kapteyn 2008, p. 517: ‘*The manner in which provisions of Community law have direct effect can thus be very different, depending on the procedural rules and the context of substantive legal rules involved in the concrete dispute before a national court.[...] Ultimately, the question will always be whether the provision relied on is sufficiently ‘operational’ in the context of an actual dispute so as to be applied by the court, without the court thereby exceeding the limits of its judicial function.*’

²⁹ Ook artikel 19, derde lid, sub b EU spreekt over de prejudiciële procedure. Het Hof van Justitie van de Europese Unie doet uitspraak ‘op verzoek van de nationale rechterlijke instanties bij wijze van prejudiciële beslissing over de uitlegging van het recht van de Unie en over de geldigheid van de door de instellingen vastgestelde handelingen.’

³⁰ Zaak 16/65, *Schwarze*.

³¹ Zie eveneens P.J.G. Kapteyn, ‘Chapter VI: Administration of Justice’, in: Kapteyn e.a. 2008, p. 396, Meij 1999, p. 156.

Justitie krachtens het beginsel van voorrang van het Europees recht de facto wél uit van een hiërarchische verhouding tussen de Europese en nationale rechtsorde.³²

Broberg en Fenger vatten de functies van deze procedure als volgt samen:

- De procedure geeft nationale rechters toegang tot hulp bij uitleggingsproblemen van Europees recht;
- De procedure helpt de uniforme uitlegging van het Europees recht binnen de hele Europese Unie te verzekeren;
- De procedure helpt de effectieve toepassing van Europees recht te verzekeren, net zoals zij bijdraagt aan de doorwerking van Europees recht in de nationale rechtsorde en biedt een aanvullend systeem van private handhaving zonder dat die wordt beïnvloed door politieke beleidsvrijheid;
- De procedure speelt een belangrijke rol in de politieke integratie van de Europese Unie.³³

Deze functies vloeien grotendeels voort uit de jurisprudentie van het Hof van Justitie zelf. In het arrest *Rheinmühlen* met, saillant detail, rechter-rapporteur Donner leert het Hof met betrekking tot de prejudiciële procedure, dat deze:

‘van wezenlijk belang is voor de instandhouding van het communautaire karakter van het bij het Verdrag geconstitueerde recht, ten doel heeft te verzekeren dat dit recht onder alle omstandigheden en in alle staten van de Gemeenschap dezelfde werking heeft; dat, waar het aldus beoogt verschillen te voorkomen in de uitlegging van het door de nationale rechterlijke instanties toe te passen gemeenschapsrecht, het deze toepassing ook tracht te waarborgen door de nationale rechter een middel te bieden ter oplossing van moeilijkheden, waarop de vereiste volledige werking van het gemeenschapsrecht in de rechtsstelsels der lidstaten zou kunnen afstuiten.’³⁴

Tegen deze achtergrond lijkt de hoofdfunctie te zijn dat de procedure ertoe dient om de rechtseenheid, de uniforme uitlegging en toepassing van het Europees recht binnen de EU, en de ‘volledige werking van het gemeenschapsrecht’ te verzekeren.³⁵ De prejudiciële procedure is het enige formeel-juridische communicatiekanaal voor de dialoog tussen het Hof van Justitie en de nationale rechters, zoals onder meer Timmermans het noemt.³⁶

³² Vgl. Meij 2009, p. 13.

³³ Broberg, Fenger 2010, p. 2, waarbij zij opgemerkt dat ik deze doelen hier geparafraseerd citeer: waar Broberg en Fenger nog spreken van Gemeenschapsrecht en Gemeenschap, parafrazeer ik Europees recht en Europese Unie.

³⁴ Zaak 166/73, *Rheinmühlen*, r.o. 2. De lijn van dit arrest is in 2010 door het Hof van Justitie expliciet bevestigd in het arrest in de zaak C-137/09, *Elchinov*.

³⁵ Vgl. Kapteyn – VerLoren van Themaat 2003, p. 396 en p. 409. Prechal 2006, p.

436.

³⁶ C. Timmermans, ‘The European Union’s Judicial System’, in: *CMLR* 41, 2004, p. 399. Vgl bijvoorbeeld ook Claes 2006, p. 249 e.v. In de zaak C-210/06, *Cartesio*, met rechter-

Doordat het begrip ‘nationale rechterlijke instantie’ in de basisbepaling met betrekking tot de prejudiciële procedure is opgenomen, heeft het Hof van Justitie een inhoudelijke visie kunnen ontwikkelen over wat als ‘nationale rechter’ in het Europees recht moet worden verstaan. In zijn interpretatie houdt het Hof van Justitie rekening met een samenstel van factoren, ofwel:

‘een aantal criteria waaraan de betrokken instantie moet voldoen, zoals de wettelijke grondslag, het permanente karakter, de verplichting om zich ertoe te wenden, het feit dat uitspraak wordt gedaan na een procedure op tegenspraak, en de toepassing van rechtsregels [...], alsmede de onafhankelijkheid en onpartijdigheid.’³⁷

Zo bepaalt het Hof van Justitie wanneer wordt voldaan aan de voorwaarden om toegelaten te worden tot de prejudiciële procedure. In beginsel wordt hierbij geen onderscheid gemaakt tussen bijvoorbeeld de Nederlandse traditionele lijnen van civiele, bestuursrechtelijke en strafrechtelijke rechtspraak.

Tussen uitlegging en toepassing

In de formele leer van het Hof van Justitie met betrekking tot de prejudiciële procedure bestaat een onderscheid tussen uitlegging en toepassing van het recht. Deze onderscheiding bestaat sinds de vroege arresten van het Hof van Justitie³⁸ en werd vermoedelijk geïntroduceerd om de eigen bevoegdheid van het Hof van Justitie te bepalen.³⁹ In artikel 267 VWEU en haar rechtsvoorgangers komt het begrip uitlegging woordelijk terug:

‘Het Hof van Justitie van de Europese Unie is bevoegd, bij wijze van prejudiciële beslissing, een uitspraak te doen

- a) over de *uitlegging* van de Verdragen.
- b) over de geldigheid en de *uitlegging* van de handelingen van de instellingen, de organen of de instanties van de Unie,’ (cursivering HVH)

In het fundamentele *Costa/ENEL* arrest, vooral bekend vanwege het gegeven dat het Hof van Justitie daarin voor de eerste maal de voorrang van het gemeenschapsrecht proclameert,⁴⁰ overweegt het Hof in dit verband onder meer:

rapporteur Timmermans, spreekt het Hof van Justitie zelf over ‘un dialogue de juge à juge’ als karakteristiek voor de prejudiciële procedure.

³⁷ Zaak C-506/04, *Wilson*, r.o. 48 onder verwijzing naar eerdere rechtspraak. Zie over deze uitspraak J.H. Jans, H. van Harten, ‘Offiziell Sprooch’, in: *AA* 56, 2007, p. 78-85, over dit aspect p. 79 en 80.

³⁸ In de allereerste prejudiciële verwijzing ooit, overigens afkomstig van het Gerechtshof ’s-Gravenhage, die leidde tot het arrest in de zaak 13/61, *De Geus/ Bosch*, komt dit onderscheid met zoveel woorden al aan de orde.

³⁹ Zie Donner 1972, p. 106.

⁴⁰ In zaak 6/64, *Costa/ ENEL* maakt het Hof van Justitie duidelijk dat lidstaten ‘tegen de rechtsorde, die zij op basis van wederkerigheid hebben aanvaard, niet kunnen ingaan met

‘Dat het Hof derhalve in het onderhavige geval geen uitspraak kan doen over de vraag of een bepaalde Italiaanse wet in overeenstemming is met het Verdrag, doch uitsluitend een uitlegging kan geven van bovengenoemde [Verdrags]artikelen, daarbij rekening houdend met de door de Giudice Conciliatore vermelde rechtsfeiten;’⁴¹

en:

‘Overwegende dat artikel 177 [nu artikel 267 VWEU], dat is gebaseerd op een duidelijke scheiding van bevoegdheden tussen de nationale rechter en het Hof, dit laatste niet toestaat een onderzoek naar de feiten in te stellen, noch de beweegredenen van de oorspronkelijke rechter en het doel van zijn verzoek te toetsen.’

Naar het oordeel van het Hof van Justitie bestaat er een duidelijke scheiding tussen de bevoegdheden van de nationale rechter en het Hof van Justitie: het valt onder de bevoegdheid van het Hof van Justitie om het Europees recht uit te leggen; de nationale rechter moet het Europees recht toepassen.⁴² Daarin lijkt te moeten worden gelezen dat de nationale rechter naar oordeel van het Hof van Justitie in beginsel geen taak heeft wat de interpretatie van het Europees recht betreft. Dat moet eigenlijk zoveel mogelijk aan het Hof van Justitie worden overgelaten.⁴³ Die suggestie wordt versterkt door de verwijzingsplicht die is

een later eenzijdig afgekondigd wettelijk voorschrift; een dergelijk voorschrift kan derhalve niet boven de rechtsorde van de gemeenschap worden gesteld, het verdragsrecht, dat uit een autonome bron voortvloeit, kan op grond van zijn bijzonder karakter niet door enig voorschrift van nationaal recht opzij worden gezet, zonder zijn gemeenschapsrechtelijk karakter te verliezen en zonder dat de rechtsgrond van de gemeenschap zelf daardoor wordt aangetast.’

⁴¹ Zaak 6/64, *Costa/ENEL*.

⁴² Vgl. Broberg, Fenger 2010, p. 1-2, 105-106, 156-157, Kapteyn e.a. 2008, p. 484-485, G. Davies, ‘Abstractness and concreteness in the preliminary reference procedure: implications for the division of powers and effective market regulation’, in: N.N. Shuibne (ed), *Regulating the Internal Market*, Cheltenham: Edward Elgar 2006, p. 210-244 op p. 214-215, F.G. Jacobs, ‘The role of national courts and of the European Court of Justice in ensuring the uniform application of community law: is a new approach needed?’, in: *Studi in onore di Francesco Capotorti – II*, Giuffrè editori 1999, p. 175-189 op p. 175. Overigens gaan bijvoorbeeld Lenaerts en Van Nuffel in hun *Europees recht* niet expliciet uit van dit onderscheid in relatie tot de taakverdeling tussen Hof van Justitie en de nationale rechter: zowel uitlegging als toepassing is in hun visie een taak van de nationale rechterlijke instanties. Zie Lenaerts, Van Nuffel 2011, p. 635-638.

⁴³ Niet voor niets spreekt het Hof van Justitie in bijvoorbeeld *Rheinmühlen* over ‘het door de nationale rechterlijke instanties toe te passen gemeenschapsrecht’, in de *Simmmenthal*-uitspraak over de verplichting van de nationale rechter ‘het gemeenschapsrecht integraal toe te passen’ en leert in het *Cilfit*-arrest dat als uitzondering voor de verwijzingsplicht van hoogste rechters heeft te gelden de situatie waarin ‘de juiste toepassing van het gemeenschapsrecht zo evident zijn dat, redelijkerwijze geen twijfel kan bestaan omtrent de wijze waarop de gestelde vraag moet worden opgelost.’ (Cursivering HVH)

opgenomen in de basisbepaling betreffende de prejudiciële procedure. Deze plicht gaat in beginsel op voor een rechter die in laatste nationale instantie opereert en in een zaak te maken heeft met een vraag van uitleg van Europees recht die noodzakelijk is voor het wijzen van zijn vonnis:

‘Indien een vraag te dien aanzien wordt opgeworpen in een zaak aanhangig bij een nationale rechterlijke instantie waarvan de beslissingen volgens het nationale recht niet vatbaar zijn voor hoger beroep, is deze instantie gehouden zich tot het Hof te wenden.’ (artikel 267 VWEU)

Los van het feit dat er uitzonderingen op de verwijzingsplicht bestaan,⁴⁴ verleidt het uitgangspunt van dit systeem oud-rechter Meij tot de opmerking dat het opvalt

‘dat in dit systeem de bedreiging van de rechtseenheid wordt vooropgesteld en dat daarom bij voorbaat een monopolie op de beantwoording van iedere Europese rechtsvraag aan het Hof is toegekend.’⁴⁵

Oud-rechter Timmermans tornt in zijn recente *Rheinmühlen*-annotatie overigens niet aan dit formele monopolie:

‘Wanneer het immers om de uitleg van Unierecht gaat, heeft de hogere (hoogste) rechter niet het laatste woord. Dit komt bij uitsluiting toe aan de Unierechter.’⁴⁶

Ook de recente resolutie van het Europees Parlement, die we in de inleiding reeds tegenkwamen, doet vermoeden dat de taak van de nationale rechter in de eerste plaats als een rechtstoepasser moet worden beschouwd.⁴⁷ De ‘hoeksteen van het Europees gerechtelijk apparaat’ die ‘een wezenlijke en onontbeerlijke rol speelt in de totstandkoming van een gemeenschappelijke Europese rechtsorde’ beperkt zich schijnbaar tot *bouche de la loi* – een loutere rechtstoepasser.⁴⁸

Als gevolg van het onderscheid tussen uitlegging en toepassing past het Hof van Justitie het Europees recht in deze procedure formeel niet toe, maar geeft in prejudiciële interpretatiezaken enkel uitleg over het recht. De vaststelling van de overeenstemming van een nationale maatregel met het Europees recht wordt

⁴⁴ Deze komen in hoofdstuk 4 nog uitvoerig aan de orde.

⁴⁵ Meij 2009, p. 18.

⁴⁶ C.W.A. Timmermans, ‘Annotatie bij het arrest Rheinmühlen’, in: Beukers e.a. 2010, p. 78-82 op p. 80.

⁴⁷ Resolutie van het Europees Parlement van 9 juli 2008 over de taak van de nationale rechter binnen het Europees gerechtelijk apparaat (2007/2027(INI)).

⁴⁸ De andere archetype volgens Wiarda’s *Drie typen van rechtsvinding*: een rechter die een volstrekt heteronome rechtsvinding hanteert. Zie Wiarda 1999, p. 14.

overgelaten aan het oordeel van de nationale rechter die de uitleg van het Hof van Justitie op het concrete geval moet toepassen.⁴⁹

Deze leer schept een juridische fictie. Het onderscheid tussen interpretatie en toepassing van recht is vaag en staat mijns inziens op gespannen voet met de feitelijke werkelijkheid van de rechtspleging in de Europese Unie.⁵⁰ Het onderscheid houdt in ieder geval generaties Europeesrechtjuristen bezig. Het citaat dat voorafgaat aan dit hoofdstuk is afkomstig uit een tot op de dag van vandaag zeer leesbare en verhelderende bijdrage van Donner waarin hij, op dat moment zelf rechter in het Hof van Justitie, zichtbaar met dit onderscheid worstelt.⁵¹ Donner signaleerde in 1972 een jurisprudentiële ontwikkeling in de richting van een uitlegging voor het concrete geval om eenheid in toepassing te bereiken.⁵² Maar hij maakte tegelijkertijd duidelijk dat het werkelijke probleem is

‘dat men uitlegging en toepassing wel van elkaar kan onderscheiden, maar dat men ze niet kan scheiden. Ze horen bij elkaar. De rechter, die de wet op een bepaalde rechtsvraag of geval toepast, beweegt zich in een aanhoudend proces van uitlegging en toepassing beide.’⁵³

Ook Kapteyn, in 2003 eveneens oud-rechter van het Hof van Justitie, relateert het onderscheid tussen uitlegging en toepassing:

‘De strikte scheiding tussen interpretatie enerzijds en toepassing in concreto van communautair recht anderzijds levert uiteraard in de praktijk de nodige

⁴⁹ Vgl. Broberg, Fenger 2010, p. 156, en Jacobs 1999, op p. 176: *‘the Court’s approach to that distinction is pragmatic; it is not characterised by excessive formalism. Frequently, for example, a national court asks the Court whether a particular rule of national law is compatible with community law, a question which the Court cannot answer as such, but which it will normally reformulate as a question of interpretation of Community law.’*

⁵⁰ Vgl. Davies 2006, p. 215: *‘it remains far from obvious what this formula means, and what difference between interpretation and application actually is.’*

⁵¹ Bijvoorbeeld Donner 1972, p. 107: ‘Het is echter belangwekkend om te zien, hoe de nationale rechter er blijkbaar nooit in slaagt het het Hof naar de zin te maken in de redactie van zijn vragen en de onderscheiding tussen uitlegging en toepassing zo te maken, als het Hof haar wenst te verstaan.’, op p. 115 ‘Uit het voorgaande kan zijn gebleken, dat van dit tweetal de uitlegging het dominerend begrip is; toepassing is de term, waarmede alles wordt aangeduid, wat niet uitlegging is.’ En in conclusie ‘de begrippen uitlegging en toepassing [zullen] wel nimmer een vaste, permanente inhoud krijgen. Het zal telkens weer van de omstandigheden van het individuele geval afhangen – en van de wijze waarop de nationale rechter zijn verzoek inkleedt – hoe zich die twee tot elkaar verhouden.’

⁵² Vgl. in zelfde zin Kapteyn e.a. 2008, p. 485. Broberg, Fenger 2010, p. 156-157. Ook Davies heeft weleens verschillende voorbeelden gegeven waarin de uitleg van het Hof van Justitie zo feitelijk is, dat in wezen van toepassing van het recht sprake is. Zie Davies 2006, p. 215-225.

⁵³ Donner 1972, p. 117.

moeilijkheden op. Het denkproces dat tot een rechterlijke uitspraak leidt, laat zich niet gemakkelijk scheiden in twee zelfstandige delen: het interpreteren van algemene regels en vervolgens het toepassen van de aldus geïnterpreteerde regels op de vastgestelde feiten. De door de rechter gegeven interpretatie wordt mede bepaald vanuit de feiten. Bestudeert men de verschillende beslissingen die door het Hof ingevolge artikel 234 [nu artikel 267 VWEU] zijn gegeven, dan ziet men duidelijk dat het Hof zich bij zijn interpretatie van het communautaire recht door de casuspositie heeft laten inspireren en zich er op toelegt een ‘uitlegging voor het concrete geval’ te geven.⁵⁴

Ook op een andere manier draagt het Hof van Justitie bij aan de relativering van het onderscheid tussen uitlegging en toepassing. In de door het Hof van Justitie samengestelde, weliswaar niet bindende maar gezaghebbende, handleiding voor nationale rechters met betrekking tot de prejudiciële procedure, de *Informatienota voor de indiening van prejudiciële verzoeken door de nationale rechters*⁵⁵ wordt onder meer overwogen:

‘De prejudiciële verwijzing is een basismechanisme in het recht van de Europese Unie, dat *de nationale rechters* de mogelijkheid biedt dit recht in alle lidstaten uniform uit te leggen en toe te passen.’ (o. 1, cursivering HVH)

In het bijzonder krijgen de rechters in eerste aanleg deze ruimte van het Hof van Justitie toebedeeld:

‘Een rechter wiens beslissingen nog vatbaar zijn voor hoger beroep kan derhalve, met name wanneer hij zich door de rechtspraak van het Hof voldoende ingelicht acht, *zelf beslissen wat de juiste uitlegging van het recht van de Unie is en hoe het moet worden toegepast* op de feiten die hij vaststelt.’ (o. 13, cursivering HVH)⁵⁶

Bovendien wordt de nationale rechter, wanneer hij besluit tot een prejudiciële verwijzingsbeschikking, op het hart gedrukt om onder meer zijn twijfels omtrent de uitlegging kenbaar te maken in de verwijzingsbeslissing. Hij moet:

‘uiteenzetten waarom de verwijzende rechter twijfelt aan de uitlegging of de geldigheid van bepaalde bepalingen van het recht van de Unie, en het verband

⁵⁴ Kapteyn – VerLoren van Themaat 2003, p. 398. In de Engelse editie van Kapteyn e.a. 2008 blijft deze benadering bij Kapteyn dezelfde, zie Kapteyn e.a. 2008, p. 485. Vgl. in zelfde zin, Meij 1999, p. 156-157, 159, A.W.H. Meij, ‘Effective preliminary cooperation: some eclectic notes’, in: *The Uncertain Future of the Preliminary Rulings Procedure*, Den Haag: Raad van State 2004.

⁵⁵ Pb. 2009/C 297/01. Met rectificatie Pb. 2009/C 303/16.

⁵⁶ Overigens vervolgt deze overweging uit de Informatienota met een zin die het belang van de prejudiciële procedure benadrukt: ‘Een prejudiciële verwijzing kan in het passende stadium van de procedure echter bijzonder nuttig blijken wanneer het een nieuwe uitleggingsvraag betreft die van belang is voor de uniforme toepassing van het recht van de Unie in alle lidstaten, of wanneer de bestaande rechtspraak niet lijkt te kunnen worden toegepast op nieuwe feiten.’

verklaren tussen deze bepalingen en de op het hoofdgeding toepasselijke nationale wetgeving;’ (o. 22)

Ten slotte is de nationale rechter expliciet uitgenodigd om zijn beantwoording van de rechtsvragen te geven:

‘Zo hij dit mogelijk acht, kan de verwijzende rechter ten slotte ook beknopt vermelden hoe de prejudiciële vragen zijns inziens zouden moeten worden beantwoord.’ (o. 23)

In de zaken waarin de prejudiciële procedure aan de orde is en het Hof van Justitie een beslissing heeft gegeven, is het aan de nationale rechter om een definitief oordeel te vellen over de zaak.⁵⁷ Daar ontstaat opnieuw feitelijke ruimte voor de nationale rechter, want hoewel de nationale rechter in beginsel is gebonden aan de prejudiciële uitleg, blijft de eindbeslissing de verantwoordelijkheid en taak van de nationale rechter.⁵⁸ Het Hof van Justitie is zich daar wezenlijk van bewust. Dat vindt zijn weerslag in de *Informatienota*, in de volgende bescheiden bewoordingen:

‘Het Hof zendt de verwijzende rechter de beslissing toe. Het Hof stelt het op prijs wanneer de nationale rechter vervolgens laat weten hoe hij deze beslissing in het hoofdgeding heeft *toegepast*, en eventueel een afschrift van de eindbeslissing aan het Hof zendt.’ (o. 31, cursivering HVH)⁵⁹

Ondanks het feit dat het Hof in dit instructiedocument de ruimte voor uitleg van de nationale rechter geeft, blijft het Hof van Justitie in zijn jurisprudentie strikt genomen vasthouden aan de formele leer van de taakverdeling tussen Hof en nationale rechter.⁶⁰

⁵⁷ Dit gegeven doet Chalmers e.a. 2010, op p. 150 stellen dat in wezen nationale rechters beschikken over een monopolie in het geval van zaken met een Europeesrechtelijke component: ‘*subject tot Article 274 TFEU national courts have a monopoly of adjudication over disputes that come before them that involve EU law. Article 267 TFEU sets out circumstances when they may or must refer points of EU law to the Court of Justice and these judgments are binding on them. It is national courts, however, who decide the dispute. They decide not only points of national law that may be pertinent but, even more centrally, they decide the facts to the dispute and, on the basis of this, they decide how to apply EU law to the dispute.*’

⁵⁸ Volgens vaste rechtspraak van het Hof van Justitie is het uitsluitend de nationale rechter ‘aan wie het geschil is voorgelegd en die de verantwoordelijkheid draagt voor de te geven rechterlijke beslissing’ die over de noodzakelijkheid van de verwijzing oordeelt. Zie bijvoorbeeld zaak C-415/93, *Bosman*, r.o. 59.

⁵⁹ Opvallend is hier dat het Hof van Justitie dan wel weer enkel spreekt over ‘de toepassing’ van de prejudiciële beslissing in het hoofdgeding.

⁶⁰ Broberg en Fenger verwijzen in dit verband naar zaak C-220/06, *Asociación Profesional de Empresas de Reparto y Manipulado de Correspondencia* en zaak C-162/06, *International Mail Spain*. Zie Broberg, Fenger 2010, p. 156.

Opvallend is dat in de preambule van het Handvest voor de grondrechten van de Europese Unie, zoals gezegd juridisch bindend sinds het Verdrag van Lissabon, de nationale rechterlijke instanties wel een taak met betrekking tot de uitlegging van het Handvest wordt gegeven:

‘In dit verband zullen de rechterlijke instanties van de Unie en van de lidstaten bij de *uitlegging* van het Handvest naar behoren rekening houden met...’ (cursivering HVH)

Wat daar ook van zij, waar het Hof van Justitie zich niet beperkt tot uitlegging, beperkt de taak van de nationale rechter zich mijns inziens in de praktijk lang niet altijd tot rechtstoepassing, zelfs niet in de gevallen waarin een prejudiciële verwijzing onderdeel was van de procedure. Omdat – formeel – ook daarin alleen de nationale rechter zich uitspreekt over de rechtmatigheid van een nationale regel (de Verdragsinbreukprocedure tegen een lidstaat op basis van artikel 258 VWEU daargelaten). In de ruime meerderheid van Europeesrechtelijke gedingen komt de nationale rechter *de facto* tot een eindinterpretatie.⁶¹ Ik acht de stelling verdedigbaar dat er hooguit in gevallen van toepassing van vaste rechtspraak of in gevallen waarin de rechtsvraag een *acte clair* betreft, er geen sprake zal zijn van rechterlijke uitlegging. In andere gevallen vindt in ieder geval een vorm van uitlegging plaats. Inherent aan het rechtspreken is de aanpassing aan de omstandigheden van het dossier en het daaraan verbonden rechterlijke maatwerk. Uitlegging en toepassing horen dus beiden thuis bij de nationale rechter als Europeesrechtelijke rechtsbeschermer.⁶²

In dit verband kan steun worden verkregen uit de onverwachte hoek van advocaat-generaal Capotorti in zijn conclusie bij het standaardarrest *Cilfit* over de prejudiciële procedure. Terwijl het Hof van Justitie de theorie van de *acte clair* in dit arrest aanvaardde, betoonde Capotorti zich bij dit arrest een uitdrukkelijke tegenstander van een dergelijke acceptatie in relatie tot de uitzondering op de verwijzingsplicht voor nationale rechters in laatste aanleg.⁶³ In zijn overwegingen hieromtrent overweegt hij het volgende:

‘De toepassing van een norm op een bepaald geval veronderstelt logisch en ook praktisch steeds dat de betekenis en de draagwijdte van die norm worden

⁶¹ Ook al heeft – in zaken met een prejudiciële verwijzing – een prejudiciële beslissing van het Hof van Justitie volgens datzelfde Hof een bindende betekenis voor alle rechterlijke instanties die (nog) met de zaak van doen kunnen krijgen.

⁶² In dit verband volg ik dus eenzelfde benadering als voorgestaan door Lenaerts, Van Nuffel 2011, p. 635-638.

⁶³ Zie hierover de annotatie van R.H. Lauwaars bij het arrest *Cilfit* in: Beukers e.a. 2010, p. 149-154 op p. 151.

vastgesteld, want anders is het niet mogelijk om te bepalen of hij op het concrete geval toepasselijk is, en om uit de inhoud ervan alle gevolgen af te leiden die hij voor dat geval kan hebben. Wellicht kan men zeggen dat, wanneer een norm wordt toegepast, uitlegging en toepassing met elkaar vervlochten zijn en in elkaar opgaan, doch het is stellig niet denkbaar dat een norm wordt toegepast zonder dat het nodig is hem uit te leggen, tenzij men de betekenis van de term “uitlegging” verdraait door hem per se met het begrip “moeilijkheid” te verbinden. Op de keper beschouwd, verdient het veel gebruikte Latijnse adagium “In claris non fit interpretatio” in het vergeetboek te raken: het is degene die een norm moet uitleggen, die dit doende vaststelt of de norm al dan niet duidelijk is.⁶⁴

Aangezien de nationale rechter zo’n wezenlijk rol heeft als rechtsbeschermer van het Europees recht, heeft hij inherent een taak tot uitlegging van dit recht inzake nieuwe problemen waarbij hij wordt betrokken.

Eerder in dit boek werd gesuggereerd dat de prejudiciële verwijzing uitzonderlijk is geworden in de Europeesrechtelijke zaken die bij de Nederlandse rechter omgaan. Door de ontwikkeling van het Europees recht en de relatieve duidelijkheid die over de algemene leerstukken is ontstaan, moet de nationale rechter de meerderheid van zaken zelfstandig kunnen afdoen. Naarmate de grondlijnen van het Europees recht verduidelijkt zijn, is het voor de nationale rechter gebruikelijker om een redelijke uitleg aan het Europees recht te geven.

Ruimte voor rechterlijk manoeuvreren...

Men kan zich voorstellen dat wanneer in de zaken waarin een prejudiciële verwijzing wél onderdeel van de procedure vormt, de nationale rechter al ruimte heeft voor de finale interpretatie en toepassing, een dergelijke rechterlijke manoeuvreerruimte zich feitelijk nog meer voor zal doen bij de zaken waarin de nationale rechter geheel zelfstandig tot een oordeel komt over de betekenis van het Europees recht in het concrete geval, zonder gebruikmaking van de prejudiciële procedure bij het Hof van Justitie.⁶⁵ In die praktijk van de nationale rechter wordt het Europees recht beschermd zonder dat het Hof van Justitie daarbij betrokken is en draagt de nationale rechter feitelijk bij aan de rechtsvorming van het Europees recht. Realiseren we ons de reële hypothese dat een wezenlijk deel van de hedendaagse Europese rechtspleging tot deze categorie behoort, dan onderstreept dat het belang van een visie op de betekenis van deze rechtspraak.

⁶⁴ Conclusie AG Capotorti bij het arrest in de zaak 283/81, *Cilfit*.

⁶⁵ Vgl. Prechal 2006, p. 447: ‘*In general, national courts have a considerable scope for manoeuvre (and imagination and creativity!) to satisfy the requirements of the ECJ.*’

Feit is dat de nationale Europeesrechtelijke rechtspraak een weinig structurele plek binnen de Europeesrechtelijke doctrine heeft.⁶⁶ In het jaarlijkse Commissieverslag over de controle van de toepassing van het gemeenschapsrecht krijgt ‘de toepassing van het gemeenschapsrecht door de nationale rechterlijke instanties’ als bijlagedocument een bescheiden plek.⁶⁷ Wat voor gezag aan nationale jurisprudentie met Europeesrechtelijke uitleg moet worden toegekend, is tamelijk obscuur. In de literatuur wordt overigens wel erkend dat verscheidene concepten uit het Europees recht hun achtergrond vinden in juridische tradities van de lidstaten (bijvoorbeeld het evenredigheidsbeginsel, het beginsel van rechtszekerheid, en de voorwaarden voor staatsaansprakelijkheid voor schending van het Europees recht),⁶⁸ maar over het gezag van nationale Europeesrechtelijke rechtspraak als bron van Europeesrechtelijke rechtsfeiten blijven de Europeesrechtelijke handboeken in de regel oorverdovend stil.⁶⁹

... in een context van gedeeld gezag

Het Europees recht en de nationale rechtsordes zijn nauw met elkaar verbonden. Het Hof van Justitie heeft in zijn vroege mijlpaalarresten een ‘eigen rechtsorde’ afgekondigd die ‘in de rechtsorde van lidstaten is opgenomen’ en ‘uit een autonome bron voortvloeit’, waardoor er een autonomie bestaat van het

⁶⁶ Wellicht heeft dit van doen met het feit dat de (openbare) databases die zich concentreren op nationale Europeesrechtelijke rechtspraak in de afgelopen decennia niet of nauwelijks hebben gefunctioneerd. In dit verband is vermeldenswaard dat het Asser Instituut in de jaren zestig en zeventig getracht heeft een documentatiesysteem van nationale Europeesrechtelijke rechtspraak in stand te houden, maar hoofdredacteur Tromm verzucht in een boekbundeling van Nederlandse Europeesrechtelijke rechtspraak uit 1974: ‘in de laatste jaren werd deze verzameling allengs minder hanteerbaar als gevolg van de snel groeiende omvang.’ Zie: J.M.M. Tromm, *De Nederlandse Rechtspraak en het Recht der Europese Gemeenschappen*, Groningen: H.D. Tjeenk Willink 1974. Twee veel recentere initiatieven verdienen in dit kader aandacht: het (commerciële) www.caselex.com en de database van de Europese Vereniging van Raden van State en hoogste bestuursrechters, www.juradmin.eu. Over het belang van een goede dergelijke informatievoorziening bijvoorbeeld Prechal 2006, Meij 2000 en al Samkalden 1963.

⁶⁷ Zie voor de laatste tien verslagen, in de regel bijlage VI:

http://ec.europa.eu/community_law/infringements/infringements_annual_report_nl.htm.

⁶⁸ Zie bijvoorbeeld T. Koopmans, ‘Sources of Law: the New Pluralism’, in: *Festschrift til Ole Due*, København: G.E.C. Gads Forlag 1994, p. 190-205, op p. 196-197, W. van Gerven, ‘Bridging the gap between Community and national laws: Towards a principle of homogeneity in the field of legal remedies?’, in: *CMLR* 32, 1995, p. 701, K. Lenaerts, ‘Interlocking legal orders in the European Union and comparative law’, in: *ICLQ* 52, 2003, p. 873-906, Timmermans 2004, p. 400, J.H. Jans e.a. 2007, p. 365 e.v., R. Caranta, ‘Pleading for European Comparative Administrative Law. What is the Place for Comparative Law in Europe?’, in: *Realaw* 2, 2009, p. 159 e.v.

⁶⁹ Uitzonderingen daargelaten, zoals bijvoorbeeld Jans e.a. 2007 waarin met regelmaat naar nationale Europeesrechtelijke administratieve rechtspraak wordt verwezen.

gemeenschapsrecht, nu het Unierecht.⁷⁰ De voorrang van het Europees recht op het nationale recht is daarbij, volgens het Hof van Justitie, een gegeven. De acceptatie daarvan, door in het bijzonder de nationale constitutionele rechters, is zeker niet onvoorwaardelijk geweest.⁷¹

Tegen de achtergrond van de autonome rechtsorde en de autonomie van het Europees recht vloeit het postulaat van de eenheid van het recht voort. Of zoals Barents aanneemt als hypothese voor zijn *De communautaire rechtsorde. Over de autonomie van het gemeenschapsrecht*:

‘Het gemeenschapsrecht vormt een stelsel van ondeelbaar of eenvormig (= communautair) recht dat uit eigen hoofde bepaalt wat zijn werkingssfeer is (zakelijke, personele, geografische en temporele werkingssfeer), wat de rechtsgevolgen zijn voor situaties die onder de werkingssfeer vallen (toepassing, geldigheid en uitlegging) en wat de verhouding is tussen dit recht en andere rechtsstelsels, in het bijzonder het nationale recht.’⁷²

De eenheid van recht houdt in dat het Europees recht, in theorie, ondeelbaar in karakter is: rechtsgevolgen horen als zodanig niet te verschillen door het enkele feit dat het in een bepaalde lidstaat wordt toegepast en uitgelegd.⁷³ Het laat echter onverlet dat objecten en subjecten op gedifferentieerde wijze aan regels kunnen zijn onderworpen.⁷⁴ Daarom moeten de rechtseenheid en de eenvormige uitlegging en toepassing niet gelijk te worden gesteld met uniformiteit. Divergentie en differentiatie moeten worden geaccepteerd en zijn soms geboden om recht te doen aan het samenstel van de bestaande maatschappelijke, economische, politieke en juridische verscheidenheid én werkelijkheid in de Europese Unie.⁷⁵ Ruimte voor de juridische verscheidenheid is in het Verdrag van Lissabon vastgelegd in de algemene bepalingen met betrekking tot de ruimte van vrijheid, veiligheid en recht. In artikel 67, lid 1 VWEU valt te lezen:

‘De Unie is een ruimte van vrijheid, veiligheid en recht, waarin de grondrechten en de *verschillende rechtsstelsels en -tradities van de lidstaten worden geëerbiedigd*.’ (cursivering HVH)

⁷⁰ Citaten uit zaak 6/64, *Costa/ENEL*. In datzelfde arrest spreekt het Hof van Justitie expliciet over het Verdragsrecht ‘dat uit een autonome bron voortvloeit, op grond van zijn bijzonder karakter niet door enig voorschrift van nationaal recht opzij kan worden gezet, zonder zijn gemeenschapsrechtelijk karakter te verliezen en zonder dat de rechtsgrond van de gemeenschap daardoor wordt aangetast.’

⁷¹ Zie daarover uitvoerig: Claes 2006, deel II, Kapteyn 2008, p. 541-545 en bijvoorbeeld G. Martinico, O. Pollicino (eds), *The National Judicial Treatment of the ECHR and EU Laws*, Groningen: Europa Law Publishing 2010.

⁷² Barents 2000, p. 11.

⁷³ Barents 2000, p. 243, 246-247

⁷⁴ Vgl. Van Gerven 2000, p. 505, p. 521-522.

⁷⁵ Vgl. Prechal 2006A, p. 14.

Zowel Barents als Prechal gaan bij de ruimte voor differentiatie in de werkingssfeer van het recht echter wel uit van de benadering dat deze differentiatie in de woorden van Barents ‘uit het gemeenschapsrecht voortvloeit en niet eenzijdig bepaald wordt door nationale rechtsordes’,⁷⁶ ofwel anders door Prechal verwoordt:

‘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.’⁷⁷

In wezen toont Timmermans eenzelfde benadering wanneer hij schrijft dat bij de uitleg van het Unierecht, de Unierechter uitsluitend het laatste woord heeft.

De positie van deze auteurs roept de vraag op wat onder het monopolie, ‘de zeggenschap over de rechtsregels’, van het Hof van Justitie moet worden verstaan. Is dit een monopolie in abstracto of in concreto? Het lijkt mij in ieder geval moeilijk houdbaar om een monopolie in concreto aan te nemen: de zeggenschap over de Europeesrechtelijke rechtsregels is in de werkelijkheid van het concrete geval niet een monopolie voor de EU en haar formele instellingen. Door het belang van de nationale rechter in het stelsel van Europese rechtspleging en zijn rol in de rechtsbescherming van Europees recht in concreto kan zijn positie niet als ‘zonder zeggenschap’ of als een gezagloze toepasser worden afgedaan. Zijn Europeesrechtelijke uitspraken hebben ten minste feitelijke invloed op de Europese rechtsorde en betekenis voor de rechtsbescherming, rechtseenheid en rechtsontwikkeling van het Europees recht. Het Hof van Justitie deelt in concreto het gezag over het Europees recht met de nationale rechter, wanneer deze laatste een Europeesrechtelijke uitspraak doet. De jurisprudentie van het Hof van Justitie heeft daarmee niet altijd het laatste woord. Uitlegging en toepassing van het Europees recht is in concreto een gedeelde bevoegdheid en een gedeelde verantwoordelijkheid.⁷⁸

En in abstracto dan? Bezit het Hof van Justitie het monopolie van het laatste woord in abstracto? Formeel-juridisch is dat, gezien zijn Verdragsrechtelijke status van artikel 19 lid 1 VEU, een zeer verklaarbare en verdedigbare positie.

⁷⁶ Barents 2000, p. 243. Op p. 247: ‘Theoretisch gezien is evenwel belangrijker dat de volle werking van het gemeenschapsrecht alleen uit dit recht zelf kan voortvloeien, anders gezegd, dat er sprake is van eenvormige grondslag voor de volle werking. Dit laatste houdt in dat de zakelijke, personele, geografische en temporele werkingssfeer van het gemeenschapsrecht zijn grondslag niet kan vinden in de nationale rechtsordes en evenmin daardoor direct of indirect kan worden geconditioneerd.’

⁷⁷ Prechal 2006A, p.14.

⁷⁸ Vgl. Parret 2009, p. 49.

Het Hof van Justitie is daar dé verzekeraar van de eerbiediging van het recht bij de uitlegging en toepassing van de Verdragen, ook al lijkt er met het Verdrag van Lissabon via de band van artikel 19 lid 2 VEU Verdragsrechtelijke ruimte te zijn geschapen voor de nationale rechtspleging als effectieve rechtsbeschermer van het Unierecht en heeft de jurisprudentie van het Hof van Justitie zélf de nationale rechter als Europeesrechtelijke rechtsbeschermer en verzekeraar in de afgelopen decennia in het zadel geholpen.

Toch is ook een dergelijke opvatting ten aanzien van een uitsluitend monopolie van het Hof van Justitie ten aanzien van de uitlegging van Europees recht mijns inziens niet onverdeeld overtuigend en bevredigend. Dat het laatste woord over wat nu de juiste uitleg van het Europees recht is zich in abstracto steeds uitsluitend bij het Hof van Justitie zou bevinden, staat op gespannen voet met de verhouding van nevenschikking tussen het Hof van Justitie en de nationale rechter waarin zij beiden naast elkaar staan, zoals door Donner aangenomen.⁷⁹ Bovendien spreekt een rechter, ook het Hof van Justitie in de prejudiciële beslissingen, zich zelden louter in abstracto uit, maar is altijd gebonden aan het concrete geval. Met andere woorden het monopolie van het laatste woord in abstracto moet altijd vertaald worden naar het concrete geval. Soms laat het Hof van Justitie kennelijk bewust het laatste woord aan de nationale rechter (te denken valt aan evenredigheidsbeoordelingen, feitelijk onderzoek naar het bestaan van bijvoorbeeld indirecte discriminatie). Soms is de uitleg van het Europees recht in de nationale Europeesrechtelijke rechtspraak feitelijk verfijnd of misschien zelfs beter ontwikkeld dan in de jurisprudentie van het Hof van Justitie.

In dat licht acht ik het verdedigbaar dat een monopoliepositie in abstracto door de invloed en rol van nationale Europeesrechtelijke rechtspraak gedeeltelijk wordt doorbroken en dat dit monopolie zich in feite tot een machtspositie heeft ontwikkeld, waarin op punten de uitspraken van nationale rechters over Europeesrechtelijke normen concurreren met die van het Hof van Justitie. Misschien sluit deze nuance van het monopolie formeel-juridisch nog niet aan bij het huidige Verdragsrechtelijke kader, maar dit doet recht aan de feiten, de grondstoffen van het recht.

Inmiddels belanden we daarmee aan bij de vraag hoe de verhouding tussen de Europese rechtsorde en de nationale rechtsorden het beste kan worden begrepen. Dit is een onverminderd voorwerp van levendig debat in de (constitutionele) doctrine van het Europees recht. Recentelijk staat in dit verband het

⁷⁹ Vgl. het openingscitaat van dit hoofdstuk.

‘constitutioneel pluralisme’ sterk in de aandacht.⁸⁰ De voorspelling van Koopmans uit 1994 lijkt wat dat betreft waarheid geworden. Hij verzorgde dat we tegen het einde van de 20^{ste} eeuw opnieuw een periode van juridisch pluralisme leken in te gaan, een benadering die West-Europa ongeveer een eeuwlang niet kende.⁸¹ Met het begrip ‘constitutioneel pluralisme’ wordt – breed benaderd – getracht het fenomeen te duiden dat constitutionele actoren geconfronteerd zijn met een pluraliteit van constitutionele bronnen.⁸² Tussen deze bronnen kunnen conflicten bestaan die op een niet hiërarchische manier zouden moeten worden opgelost, met als consequentie dat de eigen rechtsorde uiteindelijk het laatste woord heeft. Toegepast op de verhouding tussen de Europese en de nationale rechtsorde worden beide als autonoom naast elkaar staande rechtsorden aangeduid, ‘die elk hun eigen ultieme referentie zijn’.⁸³ Een dergelijke benadering vind ik niet per se gelukkig. In ieder geval hoeft er wat mij betreft geen stringent onderscheid te worden gemaakt tussen de nationale rechtsorden en de Europese rechtsorde als zodanig.⁸⁴ Dat mag wellicht uit oogpunt van theoretische helderheid en systeem voordelig zijn, maar doet geen recht aan de veelvormigheid van de feitelijke werkelijkheid.⁸⁵

In het licht van het bovenstaande is het wellicht geen verrassing dat de verhouding tussen het Europees recht en het nationale recht in mijn optiek het beste kan worden gezien als een geïntegreerde of gedeelde rechtsorde met een gedeeld gezag. Daarmee sluit ik mij in de kern aan bij Widdershoven 1996, Jans e.a. 2007 en in het bijzonder Eijsbouts e.a. 2010.⁸⁶ Europees recht en nationaal recht zijn zo nauw met elkaar verbonden dat ze een gedeeld geheel vormen. De Europese rechtsorde wordt door de instellingen van de Unie gedeeld met de

⁸⁰ Zie bijvoorbeeld M. Poiars Maduro, ‘Interpreting European law – judicial adjudication in a context of constitutional pluralism’, Working Paper IE Law school 2008/02, beschikbaar op: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1134503.

⁸¹ Koopmans 1994, p. 202.

⁸² Maar het modische gebruik van het begrip constitutioneel pluralisme maakt eveneens dat er verschillende benadering van het begrip worden gehanteerd. Zie over verschillende benaderingen bijvoorbeeld: M. Avbelj, J. Komárek, ‘Four Visions of Constitutional Pluralism’, in: *EUConst*, 4, p. 524-527.

⁸³ Meij 2009, p. 14.

⁸⁴ Dit is een inherente zwakte in het diepgravende theoretische bouwwerk van Barents 2000.

⁸⁵ Vgl. in zelfde zin de kritiek van Koopmans op de rechtstheorie van Kelsen ten aanzien van rechtsbronnen: ‘It has the advantage of great clarity and simplicity, but its fatal flaw is that it is so far removed from the actual life of the law that it can neither offer an explanation of what happens, nor a guideline for how to act.’ Zie Koopmans 1994, p. 193.

⁸⁶ R.J.G.M. Widdershoven, ‘Naar een bestuurs(proces)rechtelijk Ius Commune in Europa’, in: VAR-reeks 116, Alphen aan den Rijn 1996, p. 97-200 op p. 100, Jans e.a. 2007, p. 7 en 18 e.v. Eijsbouts e.a. spreken in dit verband over gedeeld gezag in een gedeelde rechtsorde. Zie Eijsbouts e.a. 2010, vanaf p. 365-383. Zie in dit verband ook de oratie van Besselink 2007, die spreekt over een ‘samengestelde rechtsorde’.

lidstaten en hun organen. Daarvoor biedt het arrest *Costa/ENEL* al een grondslag: het Hof van Justitie positioneert daarin de autonome rechtsorde als een rechtsorde die ‘deel uitmaakt van de rechtsordes der lidstaten.’

Dankzij de ontwikkelingen van doorwerking van het Europees recht in het nationale recht en de invloed die nationaalrechtelijke concepten hebben als inspiratiebron voor Europeesrechtelijke rechtsontwikkeling is deze rechtsorde wederzijds geïntegreerd. Het Europees recht en het nationale recht staan voortdurend in wisselwerking tot elkaar. De autonomie van het gemeenschapsrecht kan het beste worden begrepen als een feitelijk gedeelde autonomie. Op het moment dat nationale actoren hun Europeesrechtelijke functie vervullen, gaat daar ook gezag van uit voor de Europese rechtsorde: met het gedeelde recht bestaat er een vorm van gedeeld gezag. Zoals ik dat hierboven met betrekking tot de positie van de nationale rechter al duidelijk maakte, heeft dit ook consequenties voor de betekenis van nationale Europeesrechtelijke rechtspraak in het stelsel van Europese rechtspleging. Deze heeft ten minste in concreto, en op punten misschien ook wel in abstracto, een gezag binnen de autonomie van het gemeenschapsrecht.⁸⁷

Toch is met dit alles nog geen nadere toelichting verschaft ten aanzien van het gebruik van het begrip autonomie van de nationale rechter in het Europees recht. Wat wordt nu daarmee precies bedoeld in het kader van deze studie?

2.3 Wat te verstaan onder ‘nationale rechterlijke autonomie’?

Een containerconcept

Autonomie is een begrip met een breed gebruik en een rijke historische achtergrond. De herkomst ervan gaat terug tot de Griekse oudheid. Daar werd er het zelfbestuur van onafhankelijke stadsstaten mee beschreven. Etymologisch is het afgeleid van het Griekse *autonomos* (*auto* - zelf en *nomos* - wet): het betekent zoveel als de vrijheid om eigen wetten te volgen, onafhankelijkheid. Maar het begrip autonomie wordt tegenwoordig op vele wetenschapsgebieden ingezet en op een verscheidenheid van manieren gehanteerd als concept. Denk aan de sociologie, informatica, filosofie, politicologie, medische ethiek en niet in de laatste plaats aan de rechtsgeleerdheid. Het brede gebruik van het begrip

⁸⁷ Eijsbouts e.a. 2010 merken in dit verband terecht duidelijk op: ‘Gedeeld gezag is geen wondermiddel. Voor de betrokken instanties is het delen van gezag niet altijd gemakkelijk en ook voor de doctrine is het problematisch’ (p. 365). En op p. 382 dat het ‘gemakkelijker [is] het over de inhoud eens te worden dan over de gezagsaanspraak. Verschillende aanspraken op gelding moeten met elkaar te rijmen zijn en niet strijden om voorrang. Deze gezagsaanspraak wordt daarom tussen verschillende rechterlijke instanties gewoonlijk in het midden gelaten en niet uitgevochten, al vallen daarbij soms grote woorden.’

toont de aantrekkelijkheid van het concept. Toch kan datzelfde brede gebruik bron van verwarring zijn. Daarom is het belangrijk om het begrip te verhelderen in de specifieke context waarbinnen het in dit boek wordt gehanteerd, onder meer vanwege het feit dat het begrip autonomie al op verschillende manieren een functie binnen het Europees recht vervult en op verschillende plaatsen zijn intrede reeds heeft gedaan.

Europeesrechtelijk gebruik

Zojuist kwam de autonomie van de Europese rechtsorde aan de orde.⁸⁸ Een karakter dat in de rechtspraak van het Hof van Justitie een eigen plek heeft.

Zo overweegt bijvoorbeeld de derde kamer van het Hof van Justitie medio 2010: ‘Volgens vaste rechtspraak vereisen de eenvormige toepassing van het recht van de Unie en het gelijkheidsbeginsel dat de bewoordingen van een bepaling van het recht van de Unie die voor de betekenis en de draagwijdte ervan niet uitdrukkelijk naar het recht van de lidstaten verwijst, normaliter in de gehele Europese Unie autonoom en uniform moet worden uitgelegd.’⁸⁹

Ook kwam, in verband met de *Simmenthal*-verplichting en de minimumeisen die het Europees recht aan het nationale procesrecht stelt, het uitgangspunt van de nationale procesautonomie aan de orde dat eind jaren zeventig van de vorige eeuw in de rechtspraak van het Hof van Justitie is ontwikkeld.⁹⁰ Daarnaast komt in de literatuur het beginsel van nationale institutionele autonomie naar voren, waarmee wordt aangeduid dat het Hof van Justitie voor recht verklaard heeft dat het Europees recht de institutionele structuur van de lidstaten in beginsel respecteert, maar dat dit geen argument kan zijn voor schending van het Europees recht.⁹¹

⁸⁸ Zie Barents 2000 in het bijzonder hoofdstuk 8. Barents merkt op dat het opvallend is ‘dat vanwege de zo essentiële betekenis van het autonomiebegrip, in de literatuur relatief weinig aandacht aan de inhoud en implicaties daarvan is besteed.’ Barents 2000, p. 293.

⁸⁹ Zaak C-151/09, *UGT-FSP*, r.o. 38 onder verwijzing naar zaak C-433/08, *Yaesu Europe*.

⁹⁰ Zie daarover verder: Jans e.a. 2007, hoofdstuk 2. Ook hier bestaat een richtingstrijd tussen aanhangers van de nationale procedurele autonomie en ontkenners ervan, zoals bijvoorbeeld Kakouris, ‘Do the Member States Possess Judicial Procedural “Autonomy”?’, in: *CMLR* 34 1997, p. 1389-1412. Timmermans 2010, p. 81 wijst op het feit dat het beginsel van nationale procedurele autonomie pas na het *Rheinmühlen*-arrest is ontwikkeld in zaak 33/76, *Rewe* en zaak 45/76, *Comet*.

⁹¹ Zie Jans e.a. 2007, p. 18. Dit uitgangspunt is met het Verdrag van Lissabon gecodificeerd in artikel 4 lid 2 VEU: ‘De Unie eerbiedigt de gelijkheid van de lidstaten voor de Verdragen, alsmede hun nationale identiteit die besloten ligt in hun politieke en constitutionele basisstructuren, waaronder die voor regionaal en lokaal zelfbestuur. [...]’ Eerder beschreef Jans al een ‘autonomie van de nationale wetgever’ en onderzocht hoe deze door de werking van het Europees recht op punten ingeperkt en beïnvloed werd. Zie J.H. Jans, ‘Autonomie van de wetgever? Voorafgaande bemoeienis van Europese instellingen met

De ontdekking van een andere autonomie

Nationale rechterlijke autonomie is als zodanig nog niet of nauwelijks in de Europeesrechtelijke literatuur als zelfstandig verschijnsel gesignaleerd. Al hangt het begrip wel in de lucht en wordt het, voorzover ik heb kunnen nagaan en overzie, zo nu en dan, en weliswaar op verschillende manieren gehanteerd. In de eerste plaats zijn er auteurs die onder de autonomie van de nationale rechter zijn autonome verhouding ten opzichte van het nationale recht verstaan. Dit kunnen we het beste begrijpen als het gebruik van een ‘afgeleide autonomie’ van de autonomie van het Unierecht.

Een voorbeeld geeft Barents wanneer hij schrijft dat de positie van de nationale rechter in het kader van de prejudiciële procedure ‘het beste [kan] worden aangeduid als “autonoom”’.⁹² Timmermans benadrukt in zijn annotatie bij *Rheinmühlen*, net als Barents, het ‘autonome karakter van de prejudiciële verwijzingsbevoegdheid van de lagere rechter’.⁹³ Het Hof van Justitie spreekt zelf in de zaak C-210/06, *Cartesio* ook over de ‘autonome bevoegdheid’ van de nationale rechter ‘om zich tot het Hof te wenden’ (r.o. 95) en lijkt met het gebruik van het begrip autonome bevoegdheid vooral te wijzen op de autonomie van het Unierecht.

In de tweede plaats zijn er auteurs die met het begrip autonomie van de nationale rechter zijn verhouding ten opzichte van het Hof van Justitie willen aanduiden.

Een voorbeeld hiervan geeft Weiler in zijn bundeling van essays *The Constitution of Europe*, in het essay ‘The least-dangerous branch: A retrospective and prospective of the European Court of Justice in the arena of political integration’, gebaseerd op een artikel uit 1993.⁹⁴ Hij merkt op: ‘*In the past the European Court was always careful to present itself as primus inter pares and to maintain a zone of autonomy of national jurisdiction even at the price of non-uniformity of application of Community law. If the new line of cases represents a nuanced departure from that earlier ethos, the prize may be increased effectiveness, but the cost may be a potential tension in the critical relationship between the European Court and national courts.*’ Chalmers gebruikt in zijn artikel *Judicial Preferences and the Community Legal Order* uit 1997 verschillende varianten van autonomie voor nationale rechters in het Europees recht.⁹⁵ Met betrekking tot de prejudiciële procedure benadert hij autonomie bijvoorbeeld ten opzichte van het Hof van

nationale regelgeving’, in: *Europese Unie en nationale soevereiniteit*, Publikaties van de Staatsrechtkring No 2, Deventer 1997, p. 51-113.

⁹² Barents 2005, p. 297.

⁹³ Timmermans 2010, p. 79-80.

⁹⁴ J. Weiler, *The Constitution of Europe*, Cambridge: Cambridge University Press 1999, p. 216.

⁹⁵ D. Chalmers, ‘Judicial Preferences and the Community legal order’, in: *60 Modern Law Review* 1997, p. 164-199 op p. 178, 180, 182-183, 185-187, 190-192, 195-197.

Justitie: *'national courts can exert autonomy through non-referral and pursuing an interpretation unencumbered by ECJ guidance.'*

Ten derde wordt de autonomie van de nationale rechter gebruikt als afgeleide van de nationale procesautonomie.

Zo ziet Chalmers 1997 onder meer de autonomie van nationale rechters bestaan op terreinen waarop nog geen harmonisatie heeft plaatsgevonden: *'An expansion of the functional jurisdiction of direct effect, through development of unitary remedies and procedures, directly reduces the autonomy of national judges, as their freedom would be restricted over everything apart from fact-finding. An expansion of the material jurisdiction of direct effect through providing for a greater number of provisions and instruments to be invoked before national courts does not reduce national judicial autonomy considerably, as no qualitatively different form of duty is being created, but it significantly reduces the autonomy of the other arms of government.'*

Andere auteurs lijken het begrip bijvoorbeeld te gebruiken als de mogelijkheid van een normatief principe om de autonome rol van de nationale rechters in het stelsel van het Europees recht te versterken.

In dit verband kan worden gewezen op Meij die in 2000 in relatie tot het debat over de hervorming van het Hof van Justitie over de prejudiciële samenwerking schrijft: *'It would therefore appear appropriate and inevitable to enlarge the autonomous role of national courts and to equip them accordingly, in order to allow the coordinating mechanism to survive.'*⁹⁶ Prechal constateert in 2006 dat: *'Although it is generally recognized that better training and assistance will help prevent premature, irrelevant or poorly prepared preliminary references, only few propose to enlarge the autonomous role of national courts in the application of EC law.'*⁹⁷

Meij hanteert in zijn Utrechtse oratie bij de aanvaarding van de G.J. Wiarda-leerstoel het begrip autonomie van de (nationale) rechter overwegend als vorm van institutionele autonomie, als grondslag voor de verzoening van verschillende mandaten ontstaan uit de pluralistische juridische omgeving.⁹⁸ Nadat hij aan de hand van enkele voorbeelden uit de rechtspraak duidelijk heeft gemaakt dat de rechter 'veel meer dan deel of top van een enkelvoudige, hiërarchische ordening, [...] mediateur of makelaar [is] geworden van rechtsaanspraken uit verschillende bronnen en orden'⁹⁹ constateert Meij dat het

⁹⁶ Meij 2000, p. 1039-1045.

⁹⁷ Prechal 2006, p. 440.

⁹⁸ Utrecht 2009. Een vertaling van de kern van deze oratie werd later gepubliceerd als: A.W.H. Meij, 'Circles of Coherence: On Unity of Case-Law in the Context of Globalisation', in: *EUConst* 6 2010, p. 84-101.

⁹⁹ Meij 2009, p. 10.

karakter van de rechterlijke functie radicaal is veranderd. Nieuwe instrumenten zijn daarom nodig en de positie van de rechter vereist

‘in een pluralistische juridische omgeving een toenemende mate van institutionele autonomie, die hem de grondslag verschaft om verschillende mandaten tegelijk te vervullen en zondig – dat is ingeval van conflict of incongruentie tussen de lagen waaruit het toe te passen recht voortkomt – met elkaar te verzoenen.’¹⁰⁰

Tegen de achtergrond van de rechtseenheid van het Europees recht en een pluralistische benadering van de Europese en nationale rechtsorden bespreekt Meij de samenwerking in de prejudiciële procedure en stelt vanuit het gezichtspunt van een nationale rechter prealabel vast dat:

‘in de pluralistische benadering van autonome rechtsorden de nationale rechter ook een autonome positie heeft ten aanzien van de taken die voor hem voortvloeien uit de samenwerkingsprocedure, en ten aanzien van de daarmee samenhangende verantwoordelijkheden. Ik zeg dat laatste er meteen maar bij, anders wordt het benadrukken van de autonomie van de nationale rechter uit het gezichtspunt van de eenheid van het communautaire recht een al te hachelijke bewering.’¹⁰¹

Hier hanteert Meij de autonomie van nationale rechter vooral in zijn verhouding ten opzichte van het Hof van Justitie en suggereert dat er een autonomie voor de nationale rechter bestaat rond de taakopvatting met betrekking tot de prejudiciële procedure, die kennelijk breder moet worden opgevat dan autonomie als afgeleide van de autonomie van de Unierecht. Want waarom haast hij zich anders om aan te geven dat bij deze autonomie ook samenhangende verantwoordelijkheden horen? Meij benadrukt de autonomie van de nationale rechter, maar ontleedt verder niet waaruit deze nationale rechterlijke autonomie nu precies bestaat. Daarop vinden we in de oratie van Meij geen uitgewerkt antwoord, maar dat vormt des te meer een bron van inspiratie om tot een nadere verkenning van dit verschijnsel aan de hand van de praktijk te komen.

Een verdere verkenning

Voor de duidelijkheid: in dit boek gaat het mij niet om een filosofie van de (rechterlijke) autonomie.¹⁰² Het is evenmin mijn bedoeling om een vastomlijnd, normatief idee van nationale rechterlijke autonomie te construeren, noch om te vuur en te zwaard de autonomie van de nationale rechter in het Europees recht als wondermiddel te bepleiten en te verdedigen. Zoals ik al in de inleiding schreef is het gebruik van het begrip ‘autonomie van de nationale rechter’ in de

¹⁰⁰ Meij 2009, p. 10 en 11.

¹⁰¹ Meij 2009, p. 15.

¹⁰² Daarvoor verwijs ik graag door naar Wiarda's *Drie typen van rechtsvinding* en met betrekking tot de autonomie van het Europees recht naar Barents' *De communautaire rechtsorde* in het bijzonder hoofdstuk 8 en 10.

context van dit boek in de eerste en belangrijkste plaats functioneel van aard. Het begrip wordt gebruikt als hulpmiddel, waarbij het begrip autonomie als feitelijk gegeven wordt gebruikt om de werkelijkheid te beschrijven. Met het begrip valt het feitelijke verschijnsel van de eigen, zelfstandige taak en rol van de nationale rechter binnen het Europees recht in de praktijk nader te verkennen, te duiden en te begrijpen. Bovendien krijgen we door dit concept te gebruiken naar mijn indruk beter zicht op de (mogelijke) betekenis van nationale Europeesrechtelijke rechtspraak in de Europese rechtsorde.

Net als rechtspluralisme¹⁰³ is deze feitelijke autonomie van de nationale rechter geen werkelijk nieuw verschijnsel. Zien we de autonomie van de nationale rechter als zijn vrijheid om, tegen de achtergrond van het recht, zelfstandig en onafhankelijk tot beoordeling van geschillen te komen, dan komt zij over als een heel natuurlijk facet van het rechterlijke ambt in een democratische rechtsstaat.¹⁰⁴ We zouden kunnen stellen dat sinds het ontstaan van de Europeesrechtelijke opdracht voor lidstatelijke rechters er een vrijheid bestaat om de Europeesrechtelijke verplichtingen en verwachtingen te operationaliseren. Uiteindelijk moet de rechter rechtspreken door middel van de uitspraak en daarin verantwoordelijkheid nemen voor de beslechting van het geschil. De vrijheid om te oordelen is een kern van de feitelijke rechterlijke autonomie.

Bij ieder geschil met een Europeesrechtelijke component komt deze vrijheid in meer of mindere mate aan de orde. Ik verdedig de stelling dat bij elke beoordeling van een Europeesrechtelijke vordering door de nationale rechter *altijd* elementen van nationale rechterlijke autonomie opduiken. Dit is een feitelijke autonomie, met soms een juridisch gevolg.

Deze autonomie beperkt zich daarom in de praktijk niet alleen tot de samenwerking in de prejudiciële procedure, maar heeft een bredere reikwijdte dan de autonome beoordeling om al dan niet te verwijzen naar het Hof van Justitie en het onderscheid tussen uitlegging en toepassing van het Europees recht. De nationale rechter heeft in zijn 'gewone' Europeesrechtelijke praktijk op verschillende momenten de ruimte voor een zelfstandige beoordeling en inkleuring van de Europeesrechtelijke verplichtingen en verwachtingen. Daar zijn elementen van rechterlijke autonomie nu eenmaal inherent.

Echter, geen vrijheid zonder grenzen. De nationale rechter functioneert ook in zijn Europeesrechtelijke opdracht in een nationaalrechtelijke context, volgens

¹⁰³ Meij 2009, p. 14.

¹⁰⁴ Zie bijvoorbeeld C.A.J.M. Kortmann, *Constitutioneel recht*, Deventer: Kluwer 2008, p. 53, 362 e.v. en Chalmers 1997, p. 170.

het nationale procesrechtelijke kader dat de bevoegde rechter aanwijst en waarbij de kwalificatie van de aanspraken van rechthebbenden in beginsel aan het nationale recht wordt overgelaten.¹⁰⁵ De nationale rechter zal ingeroepen Europees recht, waar mogelijk, gelijkwaardig moeten behandelen met het toepasselijke nationale recht, anders dreigt discriminatie tussen een Europeesrechtelijke aanspraak en een nationaalrechtelijke claim.¹⁰⁶ Het Europees recht hoort door de nationale rechter als ‘gewoon’ *law of the land* te worden behandeld. En uiteraard is de autonomie begrensd door de hierboven reeds vermelde opdracht tot loyaliteit, ingevolge het beginsel van loyale samenwerking, zodat de nationale rechter niet met uitspraken kan komen die in de kern uitdrukkelijk afwijken van de expliciete keuzes gemaakt door het Hof van Justitie in zijn rechtspraak. Daartussen bevindt zich een grote feitelijke manoeuvreerruimte voor de nationale rechter om zelf te opereren.

Enkele verdere onderscheidingen van nationale rechterlijke autonomie als feitelijk gegeven

Daarmee is echter nog geen bevredigend zicht op de specifieke bezienswaardigheden en de aard van het feitelijke verschijnsel gegeven. Zoals uit de inleiding tot deze studie bleek, stel ik mij ten doel om aan de hand van lidstatelijke uitsprakenpraktijk te bezien op wat voor manieren en vormen deze feitelijke autonomie zich manifesteert, wat kenmerken hiervan zijn. Laten we, voordat we aan de voorbeelden uit de onderzochte praktijk in de volgende hoofdstukken toekomen, proberen het verschijnsel alvast uit elkaar te denken.¹⁰⁷ Ofwel: wat gebeurt er allemaal op dat terrein van de feitelijke autonomie van de nationale rechter waarin intensief wordt geplant (nieuwe rechtsvragen, verdere ontwikkeling leerstukken) en geoogst (eindbeslissingen)? Ten opzichte waarvan opereert de nationale rechter in de praktijk mogelijk autonoom? Om, zoals beloofd, het concept van nationale rechterlijke autonomie als feitelijk gegeven te verhelderen, helpt het om verschillende elementen te onderscheiden en deze nader te duiden.

¹⁰⁵ Vgl. C.W.A. Timmermans, ‘Hoofdstuk II: Europese Unie en Europese Gemeenschappen – algemene aspecten’, in: Kapteyn – VerLoren van Themaat 2003, p. 62. Prechal 2006, p. 442.

¹⁰⁶ Vergelijkbaar met het gelijkwaardigheidsbeginsel zoals gehanteerd in de begrenzing van het beginsel van nationale procedurele autonomie. Zie in die context Kapteyn – VerLoren van Themaat 2003, p. 451.

¹⁰⁷ Vgl. W.T. Eijsbouts, *Het verdrag als tekst en als feit. De wedergeboorte van het Europese recht uit het vallen van de Berlijnse Muur*, oratie Universiteit van Amsterdam 2001, p. 18: ‘Bindingen in de werkelijkheid geven hun *krachten* prijs als ze *breken of vervallen*; zie wat er vrijkomt als een menselijke relatie uit elkaar valt, of een massa atoomkernen. Hun *aard* daarentegen geven ze prijs als ze uit elkaar worden *gedacht*’.

In het hierboven genoemde gebruik van het autonomieconcept in de literatuur ten aanzien van de nationale rechter komen de mogelijke relaties en afgeleide vormen aan de orde ten opzichte waarvan de nationale rechter autonoom opereert. Deze kunnen mijns inziens deels ook gebruikt worden in de positionering en verdere verkenning van kenmerken van de autonomie van de nationale rechter in de praktijk. Zo kan gedacht worden aan een onderscheiding van de situaties waarin de nationale rechter zich feitelijk autonoom opstelt:

- ten opzichte van partijen
- ten opzichte van het Hof van Justitie en zijn rechtspraak
- ten opzichte van het Europees bestuur, de Europese wetgever
- ten opzichte van andere nationale rechters
- ten opzichte van het nationale recht
- ten opzichte van het nationale bestuur, de nationale wetgever

Naast zijn directe relatie tot de beoordeling van een geschil tussen partijen staat, in voorkomend geval, de nationale rechter mogelijk feitelijk in (in)direct contact met het nationale bestuur, de nationale wetgever, het Europese bestuur, de Europese wetgever en de Europese rechter in enge zin, het Hof van Justitie. Met andere woorden: een Europeesrechtelijke uitspraak van een nationale rechter kan een rechtsfeit zijn met een bredere betekenis dan alleen voor partijen. De rechter zal vanzelfsprekend rekening houden met de effecten van zijn uitspraak, maar tegelijkertijd weinig meer willen doen dan het geschil in het concrete geval te beslechten. Toch kan deze opdeling het zicht verhelderen op de positie en taak van de nationale rechter in het Europees recht in de praktijk.

Als een nadere, andere onderscheiding kan aansluiting gezocht worden bij de sferen van rechterlijke beoordelingsvrijheid in het algemeen. Ieder rechterlijk besluitvormingsproces doorloopt in grote mate een gelijkmatig stramien. Het begint bij de bevoegdheid van de rechter om kennis te nemen van het geschil. Dat is een sfeer van bevoegdheden en basisvoorwaarden. Er is ook een einde. Het proces eindigt bij een beoordeling en beslissing omtrent het geschil, zolang tenminste partijen het daarop laten aankomen. Dat is een sfeer van beoordeling en beslissing. Een rol daartussen spelen onder meer de omvang van het geschil, de relevante feiten, de vorderingen in rechte, het aangedragen bewijs, de aanvulling van rechtsgronden door de rechter en de eventuele verplichting tot ambtshalve toepassing van het recht. Hier is een sfeer van informatie, feiten en omstandigheden aan de orde. Als we deze drie sferen als verschillende fasen van het beoordelingsproces zien,¹⁰⁸ ontstaat een nader zicht op kenmerken van nationale rechterlijke autonomie in de praktijk.

¹⁰⁸ In dit verband ben ik bij toeval op dit spoor gezet door kennisname in een ander verband van het werk van de bio-ethici T.L. Beauchamp, J. F. Childress, *Principles of*

Overigens is deze onderscheiding in drie sferen in zekere zin kunstmatig: elementen uit deze sferen komen in praktijk in verschillende fasen van het rechterlijke beoordelingsproces aan de orde. Bepaalde facetten zijn op verschillende momenten in de loop van het proces sterker vertegenwoordigd dan andere. Anders gezegd: de sferen zijn wel te onderscheiden, maar moeilijk te scheiden. Deze sferen wil ik dan ook niet gebruiken als toetsingskader voor de onderzochte praktijk die in de volgende hoofdstukken wordt geanalyseerd, maar gebruiken om, door het boek heen en ten slotte in de slotbeschouwing, de kenmerken van nationale rechterlijke autonomie in het Europees recht nader te duiden. Dat roept wel de vraag op wat er op dit moment al te vertellen valt over deze verschillende sferen, en welke specifieke vraagpunten deze sferen opleveren.

I De sfeer van de basisvoorwaarden

Met betrekking tot de sfeer van de bevoegdheden en basisvoorwaarden moet worden gewezen op de competentie van een nationale rechterlijke instantie om het Europees recht uit te leggen en toe te passen. Zodra een nationale rechter voldoet aan de in de vorige paragraaf genoemde minimumvoorwaarden die het Hof van Justitie aan een rechterlijke instantie stelt, ontstaat uit hoofde van het Europees recht de bevoegdheid om dat Europees recht uit te leggen en toe te passen. Hierboven werd reeds opgemerkt dat het nog steeds de nationale rechtsorde is die de bevoegde rechter moet aanwijzen en dat de kwalificatie van de aanspraken van rechthebbenden in beginsel aan het nationale recht wordt overgelaten. Het beroemde arrest *Simmmenthal* spreekt niet voor niets over de nationale rechter die 'in het kader van zijn bevoegdheid' verplicht is het Europees recht integraal toe te passen. De bevoegdheid van iedere nationale rechter om een prejudiciële vraag te stellen, soms in weerwil van hogere rechtscolleges, draagt eveneens een aspect van nationale rechterlijke autonomie in zich.¹⁰⁹

biomedical ethics, Oxford: Oxford University Press 2009 in hun gedachten over de autonome keuzevrijheid van een individu in een gezondheidszorgcontext. In relatie tot het begrip *informed consent* en *informed refusal*, cruciaal voor de beoordeling van de toestemming of weigering van een individu om een medische behandeling te ondergaan, onderscheiden Beauchamp en Childress *threshold elements*, *information elements* en *consent elements*. Hoewel ik niet pretendeer in de positie te zijn om verantwoorde uitspraken te doen over het complexe terrein van de medische ethiek, zie ik hierin parallellen met het rechterlijke beoordelingsproces en de elementen van autonome beoordelingsvrijheid.

¹⁰⁹ Vgl. Barents 2005, p. 297.

In deze sfeer speelt uiteraard ook het belang van de fundamentele beginselen van directe werking uit het arrest *Van Gend & Loos*¹¹⁰ en voorrang van Europees recht à la *Costa/ENEL*¹¹¹ en – misschien wel vooral – de acceptatie ervan door de nationale rechters. Of zoals Timmermans opmerkt:

‘Het ligt buiten de rechtsmacht van het Hof te decreteren, dat de nationale rechter aan communautaire rechtsnormen binnen het nationale rechtsleven rechtstreekse en suprême werking moet verlenen in weerwil van het nationale constitutionele recht, zoals dit recht in de nationale jurisprudentie wordt uitgelegd. Het Hof kan slechts uitspraak doen over het effect dat communautaire regels *naar communautair recht behoren te hebben* binnen de interne rechtsorde.’¹¹²

De acceptatie van deze grondbeginselen van het Europees recht door de Nederlandse rechtspraak neem ik voor dit boek als gegeven; op dat terrein is eerder veel onderzoek uitgevoerd.¹¹³ Een interessante vraag is of in de praktijk de rechterlijke attitude bij de formele acceptatie aansluit. Anders gezegd: of de verplichtingen en verwachtingen uit hoofde van het Europees recht serieus genomen lijken te worden.

II *De sfeer van de informatie, feiten en omstandigheden*

Als we kijken naar de tweede sfeer, dan zouden we die kunnen samenvatten als de transparantie van het proces. Hier spelen elementen met betrekking tot de beschikbare informatie, de standpunten aangedragen door partijen, het geleverde bewijs en een element van rechterlijk inzicht en interpretatie van de beschikbare informatie een wezenlijke rol. Van belang binnen deze sfeer zijn elementen van de feitenvaststelling, bewijs en de waardering ervan, de kennis van de relevante rechtspraak en de rechterlijke taak met betrekking tot het aanvullen van rechtsgronden of de ambtshalve toepassing.

In de Europeesrechtelijke gedingen die spelen voor de nationale rechter is het aan de nationale rechter om de feiten vast te stellen. Daarin schuilt zonder meer een element van autonomie: de selectie van rechtens relevante feiten. Datzelfde geldt uiteraard voor de waardering van het bewijs en de eventuele opdracht aan partijen om nader bewijs te leveren. Ook zouden we kunnen aannemen dat de nationale rechter een zekere feitelijke autonomie bezit om de relevante Europeesrechtelijke precedënten te selecteren en daaruit een keuze te maken

¹¹⁰ Zaak 26/62, *Van Gend & Loos*.

¹¹¹ Zaak 6/64, *Costa/ENEL*.

¹¹² Kapteyn – VerLoren van Themaat 2003, p. 60.

¹¹³ Vgl. bijvoorbeeld Martinico, Pollicino 2010, Claes 2006, deel 2 en A.M. Slaughter, A. Stone Sweet, J.H.H. Weiler, *The European Courts & National Courts – Doctrine and Jurisprudence*, Oxford: Hart Publishing 1998.

wanneer in de rechtspraak van het Hof van Justitie verschillende lijnen in de rechtspraak zichtbaar zijn.¹¹⁴

Binnen deze sfeer speelt de prejudiciële procedure waar deze aan de orde komt, vooral materieel een rol: biedt de bestaande Europese en/of nationale Europeesrechtelijke rechtspraak voldoende handvatten om tot een uitspraak te komen of is nadere voorlichting door het Hof van Justitie vereist?

III De sfeer van de beoordeling en beslissing

Rechters moeten knopen doorhakken. Rechters dienen te beslissen. De derde sfeer komt neer op de fase van de rechterlijke beslissing en de bekrachtiging en rechtvaardiging ervan in de rechterlijke uitspraak. De rechter heeft de taak het geschil te beslechten. Als het komt tot een uitspraak is dat zijn verantwoordingsmoment waarin hij verslag doet van zijn rechterlijke beoordeling. Hier spelen ook evidente elementen van autonomie als feitelijk gegeven. In de eerste plaats valt te denken aan de keuze van het relevante recht voor de beslechting van het geschil. Als het Europeesrechtelijke argument naar het oordeel van de rechter niet van (doorslaggevend) belang is voor de beslechting van het geschil, dan hoeft hij er ook niet zonder meer iets mee te doen. In de tweede plaats kan worden gewezen op de situatie waarin de rechter wél de Europeesrechtelijke route relevant acht voor de beslechting van het geschil. In dat geval ontmoet de rechter in de beoordeling diverse beslispunten. Met betrekking tot het vrijverkeerrecht valt bijvoorbeeld te wijzen op de beoordeling of, en zo ja welke, (ingeroepen) vrijheid toepasselijk is, of er sprake is van een interstatelijk element, waar een eventuele belemmering van de vrijheid in schuilgaat en hoe deze moet worden gekarakteriseerd. Het komt, waar aanwezig, uiteraard ook terug in de beoordeling van de rechtsvaardigingsgrond uit oogpunt van publiek belang en de toets aan het evenredigheidsbeginsel. Het is de nationale rechter, als verantwoordelijke voor het geschil, die de beslissing neemt.

Ten derde ligt bijvoorbeeld ook de beoordeling van de noodzakelijkheid van de prejudiciële verwijzing feitelijk geheel in handen van de nationale rechter. Daarin schuilt, in navolging van Meij eerder in dit hoofdstuk geciteerd, overigens ook een verantwoordelijkheid met betrekking tot de rechtseenheid en de rechtsontwikkeling van het Europees recht. Ten vierde valt te wijzen op de gevallen waarin prejudicieel is verwezen naar het Hof van Justitie en het tot een

¹¹⁴ Vgl. met betrekking tot verschillende lijnen in de rechtspraak van het Hof van Justitie bijvoorbeeld hetgeen Mortelmans schrijft in Kapteyn – VerLoren van Themaat 2003, p. 501-502.

beschikking¹¹⁵ of arrest is gekomen: dan moet de nationale rechter tot een eindbeslissing komen. Daarin moet met behulp van de uitleg van het Hof van Justitie het slotoordeel worden gegeven, maar ook hier bezit de rechter in de kern een vrijheid van beoordeling, reeds verwoord door Donner:

‘aan deze uitlegging is de nationale rechter in beginsel gebonden, maar de beslissing of het uitgelegde gemeenschapsvoorschrift nu ook op het hem voorgelegde geval van toepassing is, blijft bij de nationale rechter. Maakt hij in dat opzicht een fout of wijkt hij, bewust of onbewust, van de gangbare opvattingen en jurisprudentie af, dan is daar weinig aan te doen. Eenheid van rechtstoepassing waarborgen, kan artikel 177 EEG [nu 267 VWEU] dus niet (29). De openstelling van beroep op de gemeenschapsrechter tegen uitspraken van nationale rechters, terzake van schending van het gemeenschapsrecht, zou die eenheid wellicht verhogen, maar haar ook nog niet verzekeren. Eenheid van rechtspraak blijft, zolang er een veelheid van rechterlijke instanties is, nu eenmaal een betrekkelijke zaak.

(29) Degenen, die daarover klagen, mogen zich er rekenschap van geven, dat ook in nationale verband, de cassatie of revisie van rechterlijke uitspraken door een hoogste gerecht, niet in staat is eenheid van rechtstoepassing te verzekeren. Men denke slechts aan een verschijnsel als de verschillen in straftoemeting tussen verschillende rechters. Maar er is veel meer!’¹¹⁶

De manier waarop wordt geoordeeld (in een bestuursrechtelijke context, al dan niet via het zorgvuldigheidsbeginsel)¹¹⁷ en de intensiteit van toetsing en motivering behoren ook tot het domein van deze laatste sfeer. Onmiskenbaar werken deze ook door in de karakteristieken van nationale rechterlijke autonomie in de praktijk.

2.4 Conclusies

Wat is de rol van de nationale rechter in het Europees recht? De nationale rechter hoort Europeesrechtconform recht te spreken. Hij is gebonden aan dit recht en heeft een opdracht tot loyaliteit ten aanzien van het Europees recht. Dit houdt onder meer in dat hij in het kader van zijn bevoegdheid naar oordeel van het Hof van Justitie verplicht is het Europees recht integraal toe te passen. De

¹¹⁵ Ex 104, lid 3 Reglement voor de procesvoering van het Hof van Justitie: ‘Wanneer een prejudiciële vraag identiek is met een vraag waarover het Hof zich reeds heeft uitgesproken of wanneer het antwoord op een dergelijke vraag duidelijk uit de rechtspraak kan worden afgeleid, kan het Hof op ieder moment, na de advocaat-generaal te hebben gehoord, beslissen bij een met redenen omklede beschikking waarin naar het eerdere arrest of de betrokken rechtspraak wordt verwezen.’

¹¹⁶ Donner 1972, p. 115.

¹¹⁷ Daarover onder meer J.H. Jans, *Doorgesloten? Enkele opmerkingen over de gevolgen van de Europeanisering van het bestuursrecht voor de grondslagen van de bestuursrechtspraak*, oratie Rijksuniversiteit Groningen, Groningen: Europa Law Publishing 2005.

nationale rechter is onder de ontwikkeling van het beginsel van effectieve rechtsbescherming geëmancipeerd tot volwaardig onderdeel van het ‘volledige stelsel van rechtsmiddelen en procedures’ dat de Verdragen in het leven hebben geroepen.

Doordat het Europees recht nog altijd voornamelijk materieel doorwerkt, is het nationale procesrechtelijke kader voor de nationale rechter van groot belang bij de Europeesrechtelijke rechtsbescherming. Het Hof van Justitie stelt, voor zover er geen harmoniserende maatregelen zijn genomen, aan het uitgangspunt van nationale procesautonomie de eis van het gelijkwaardigheidsbeginsel en het effectiviteitsbeginsel; anderzijds moet ook aan de minimumvoorwaarden van het beginsel van effectieve rechtsbescherming zijn voldaan, maar mag rekening worden gehouden met de beginselen die aan het nationale procesrecht ten grondslag liggen.

De expliciete positie van de nationale rechter in de Verdragen is er een van rechterlijke samenwerking binnen de prejudiciële procedure. Deze procedure heeft als hoofdfunctie om de rechtseenheid van het Europees recht en de ‘volledige werking’ van het Europees recht te waarborgen om de uniforme uitlegging en toepassing in de EU te verzekeren. In de jurisprudentie van het Hof van Justitie hanteert het Hof een onderscheid tussen uitlegging en toepassing. Strikt genomen lijkt de centrale gedachte te zijn dat het aan het Hof van Justitie is om het recht uit te leggen, en aan de nationale rechter om het recht toe te passen. Dit onderscheid houdt generaties Europeesrechtjuristen bezig. In dit hoofdstuk stel ik mij op de positie dat zowel uitlegging als toepassing bij de nationale rechter thuishoren.

In het Europees recht bestaat ruimte voor rechterlijk manoeuvreren door zowel het Hof van Justitie als de nationale rechter. Het feit dat lang niet alle zaken met een Europeesrechtelijke component bij het Hof van Justitie belanden, doet de vraag opkomen naar de betekenis van nationale Europeesrechtelijke rechtspraak. Die betekenis is nog tamelijk obscuur.

De verhouding tussen de Europese rechtsorde en de nationale rechtsorden kan mijns inziens het beste worden begrepen als een geïntegreerde rechtsorde met gedeeld gezag. Dat heeft als consequentie dat ook de nationale Europeesrechtelijke rechtspraak gezag bezit. In tegenstelling tot Barents, Prechal en Timmermans stel ik dat de eenheid van het recht en ruimte voor differentiatie niet alleen door de Europese instellingen kan worden gegarandeerd. Ook bij de nationale rechter in het ‘volledige stelsel van rechtsmiddelen en procedures’ ligt een zeggenschap met betrekking tot het Europees recht.

Autonomie van de nationale rechter hangt als begrip in de lucht, komt zo nu en dan op verschillende manieren als notie naar voren in de literatuur, maar is tot op heden weinig specifiek ontleed. In dit boek wordt autonomie van de nationale rechter als feitelijk gegeven gebruikt, als hulpmiddel om de werkelijkheid te beschrijven. In dit hoofdstuk stel ik dat bij elke beoordeling van een Europeesrechtelijke aanspraak er elementen van deze autonomie opduiken. In de kern beschouw ik nationale rechterlijke autonomie als een begrensde rechtelijke vrijheid. De nationale rechter functioneert in een nationaalrechtelijke context, zal ingeroepen Europees recht, waar mogelijk, gelijkwaardig moeten behandelen met een nationaalrechtelijke claim en is gebonden aan de opdracht tot loyaliteit ten aanzien van het Europees recht.

Ten behoeve van de nadere duiding van de nationale rechterlijke autonomie wordt in kaart gebracht ten opzichte waarvan de rechter mogelijk autonoom opereert en wordt het verschijnsel verder uit elkaar gedacht. Drie sferen van rechterlijke beoordelingsvrijheid spelen daarbij een rol: een sfeer van basisvoorwaarden, een sfeer van informatie, feiten en omstandigheden en een sfeer van beoordeling en beslissing. Door de verschillende sferen heen komen eerste feitelijke kenmerken naar voren van nationale rechterlijke autonomie of elementen die vermoedelijk doorwerken in nationale rechterlijke autonomie.

Na deze voorlopig theoretische duiding van het verschijnsel wordt het de hoogste tijd om over te gaan tot de onderzochte praktijk. In de volgende hoofdstukken zal ik aan de hand van concrete voorbeelden uit de Nederlandse Europeesrechtelijke rechtspraak met betrekking tot de vestigingsvrijheid en/of het vrijedienstenverkeer deze rechterlijke autonomie dan ook verder verkennen.