



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

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

van Harten, H.J.

[Link to publication](#)

*Citation for published version (APA):*

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

**General rights**

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

**Disclaimer/Complaints regulations**

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

## 6 SLOTBESCHOUWING

### 6.1 Inleiding

De onderzoeksvraag van deze studie luidt als volgt:

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

In deze slotbeschouwing geef ik op deze centrale vraag een antwoord aan de hand van de voornaamste bevindingen uit het onderzoek. Hiertoe volgt in de eerste plaats een samenvatting van het voorgaande. Ten tweede duid ik kenmerken van nationale rechterlijke autonomie in de onderzochte Nederlandse Europeesrechtelijke rechtspraak met betrekking tot de vestigingsvrijheid en/of het vrijedienstenverkeer. Ten derde gaat aandacht uit naar de bredere betekenis van deze kenmerken voor het rechterlijk gezag in het stelsel van Europese rechtspleging. Ten slotte geef ik enkele aanbevelingen.

### 6.2 Samenvatting

De eerste hoofdstukken geven een inleiding op de studie en bieden een theoretische inkadering van het verschijnsel van nationale rechterlijke autonomie. In hoofdstuk 2 is ingegaan op de rol van de nationale rechter in het Europees recht en de verplichtingen en verwachtingen die voor de nationale rechter bestaan. Daarop volgt een nadere verkenning van het concept van nationale rechterlijke autonomie in het Europees recht. In het kader van dit proefschrift wordt dit begrip gehanteerd om het feitelijke verschijnsel van de zelfstandige taak en rol van de nationale rechter binnen het Europees recht nader te duiden en te begrijpen. Kort gezegd versta ik hieronder de feitelijke rechterlijke vrijheid van de nationale rechter om in zijn oordeel de Europeesrechtelijke verplichtingen en verwachtingen te operationaliseren. Deze autonomie wordt begrensd door de nationaalrechtelijke context waarbinnen de nationale rechter functioneert. Door de opdracht om ingeroepen Europees recht, waar mogelijk, gelijkwaardig te behandelen met het toepasselijke nationale recht, anders dreigt discriminatie tussen een Europeesrechtelijke aanspraak en een nationaalrechtelijke claim. Uiteraard vindt de autonomie ook zijn begrenzing in de 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 komt de nationale rechter een grote manoeuvreerruimte binnen het Europees recht toe. Het hoofdstuk gaat ten slotte nader theoretisch in op de mogelijke relaties ten opzichte waarvan de nationale rechter feitelijk autonoom opereert en wordt aansluiting gezocht bij sferen van rechterlijke beoordelingsvrijheid in het algemeen. De volgende sferen worden onderscheiden: in de eerste plaats is er de sfeer van de bevoegdheid en basisvoorwaarden, ten tweede is er de sfeer van de informatie, feiten en omstandigheden, ten derde is er de sfeer van de beoordeling en beslissing.

Vervolgens verkennen drie hoofdstukken verschillende vormen van deze autonomie aan de hand van de praktijk van de Nederlandse Europeesrechtelijke rechtspraak. In hoofdstuk 3 staat de nationale rechterlijke autonomie in relatie tot de materiële uitlegging en toepassing centraal. Het gaat daarbij vooral om de manier waarop de Nederlandse rechter in dit verband opereert. Het hoofdstuk is opgebouwd langs de lijnen van de ‘logische’ toetsingssystematiek van het vrijverkeerrecht.

Met betrekking tot de materiële, personele en geografische werkingssfeer komt rechterlijke autonomie zowel *inhoudelijk* als *procesmatig* naar voren. De inhoudelijke autonomie staat in verband met het feitelijke karakter van de beoordeling over deze dimensies in de werkingssfeer. Als ‘verantwoordelijke’ voor de feiten en de beoordeling van het bewijs is een zichtbare eigen rol weggelegd voor de nationale rechter. Opvallend is dat de materiële doorwerking van het vrijverkeerrecht zich op het niveau van de nationale rechter vrijwel altijd vertaalt tot een processuele beoordeling.

De Nederlandse rechter opereert over het algemeen *procesmatig* autonoom met betrekking tot de aanpak en vormgeving van de rechterlijke toetsing. De rechter volgt zeker niet altijd de Europeesrechtelijke ‘logische toetsingssystematiek’, maar is bijvoorbeeld geneigd om het zwaartepunt in de uitspraak te leggen bij het element van de toetsing aan het vrijverkeerrecht waarop het beroep op de vrijheid kan worden afgedaan.

Rond de verbodsnorm springt de beperkte duiding van het karakter van een belemmering in het oog. Als voorbeeld wijs ik op het betrekkelijk veelvoorkomende geval waarin het bestaan van een belemmering tussen partijen niet in het geding is en de rechter zich beperkt tot de constatering dat hij partijen daarin volgt. Uit oogpunt van publiek belang kan een dergelijke aanpak gevolgen hebben voor de beoordeling van eventuele rechtvaardigingsgronden. Ook blijkt uit de rechterlijke terughoudendheid met betrekking tot de aanname

van indirecte discriminatie de grote rol van bewijs voor de praktische effectuering van de vrijheden voor de nationale rechter.

Bovendien zijn met betrekking tot de verbodsnorm de effecten van rechterlijke harmonisatie op deelgebieden van het vrijverkeerrecht zichtbaar in de Nederlandse rechtsplegingscontext. Nationale Europeesrechtelijke procesdruk vormt in dat geval een signaal richting de Europese en nationale wetgever om tot nadere maatregelen te komen.

In relatie tot de rechtvaardiging en evenredigheid van belemmerende maatregelen valt in de eerste plaats op dat de Nederlandse rechters over het algemeen publiek belang zeer serieus lijken te nemen. Dat roept diverse vragen op over de autonome rol van de nationale rechter in de toetsing aan de vrijheden. Ten tweede is met betrekking tot het evenredigheidsbeginsel een grote variëteit in toetsing in de Nederlandse Europeesrechtelijke rechtspraak waar te nemen. Het scala strekt zich uit van voorbeelden waarin evenredigheidstoetsing in het geheel ontbreekt, tot voorbeelden waarin de toetsing als zeer intens moet worden bestempeld. De toetsing aan het evenredigheidsbeginsel is in theorie bij uitstek een terrein van autonomie van de nationale rechter, een terrein waarop ook het Hof van Justitie in veel gevallen de beoordeling en beslissing overlaat aan de nationale rechter. Hoe de Nederlandse rechter hier dient te opereren, is, op dit weliswaar inherent casusgebonden terrein, kennelijk te onduidelijk.

Vervolgens komt de rechterlijke aanpak aan de orde in relatie tot gevallen van strijdigheid met de vrijheden. Terwijl het Hof van Justitie uitgaat van het eenvoudig 'buiten toepassing laten' van de belemmerende maatregel, toont de Nederlandse rechterlijke praktijk een gelaagder beeld: er zijn bestuursrechtelijke gevallen waarin via het nationaalrechtelijk zorgvuldigheids- of motiveringsbeginsel een besluit wordt vernietigd. In andere gevallen is de strijdigheid met het Europees recht *zelfstandig* al voldoende reden voor de rechter om tot vernietiging over te gaan en soms wordt getracht het nationale recht alsnog Unierechtconform uit te leggen. Ook dit is een voorbeeld van *procesmatige* autonomie van de nationale rechter in het Europees recht.

Hoofdstuk 4 richt zich op diverse aspecten van nationale rechterlijke autonomie in de praktijk van het prejudicieel verwijzingsrecht. Het nationale rechterlijke domein van het prejudicieel verwijzingsrecht krijgt hier bijzondere aandacht. Het gaat dan om de aspecten voorafgaand aan het verwijzen, de concrete afweging rond het al dan niet prejudicieel verwijzen, de manier waarop de prejudicieel vraagsteller zijn vraag formuleert en de aspecten na verwijzing. Door het hoofdstuk heen wordt duidelijk dat het prejudicieel verwijzingsrecht en

de rol van de nationale rechter meer omvatten dan de verwijzingsbevoegdheid, de onder omstandigheden bestaande verwijzingsplicht voor hoogste rechters en de drie bekende *Cifit*-uitzonderingen daarop: prejudiciële vragen zijn niet noodzakelijk voor het vellen van het vonnis, het betreft een *acte clair* of een *acte éclairé*.

Opvallend is dat het al dan niet prejudicieel verwijzen ook bij de lagere rechters regelmatig onderwerp van de uitspraak vormt. Hoewel de lagere rechters er in veel gevallen, blijkens de uitspraak, weinig inhoudelijks mee doen, springt toch in het oog hoe serieus de lagere rechters de autonome bevoegdheid tot het stellen van prejudiciële vragen nemen. In uitspraken van lagere rechters komt het regelmatig voor dat *acte clair*- of *acte éclairé*-overwegingen deel uitmaken van de uitspraak. Maar ook andere factoren spelen een rol bij het besluit of verwijzing niet noodzakelijk is voor de beslechting van het geschil (te denken valt aan de rijpheid van het geding, de rechterlijke omgeving, het bestaan van een nationaal Europeesrechtelijk precedent).

Met betrekking tot de verwijzingsvraag is duidelijk dat het gebruik van de uitzondering *acte clair* en *acte éclairé* zowel expliciet als impliciet voorkomt. Er doet zich een zekere inflatie voor ten aanzien van de *acte clair*-uitsondering, in het Nederlands verwoord in de veelgebruikte woorden van de Hoge Raad 'redelijkerwijs niet voor twijfel vatbaar'. Rond de *acte éclairé* betreft de selectie van jurisprudentie van het Hof van Justitie een terrein waarop de Nederlandse rechter autonomie neemt en ook feitelijk bezit. Als er wordt verwezen, zijn er verschillende manieren waarop de rechter zijn vragen stelt: van prejudiciële vragen als dictum gesteld tot encyclopedische, stapsgewijze opgebouwde verwijzingen. De praktijk om prejudiciële vragen aan partijen in concept te laten rondgaan, is een ontwikkeling buiten het zicht van het Hof van Justitie, aanvaardbaar vanuit proceseconomische overwegingen, zolang de eindverantwoordelijkheid voor de beoordeling van de vragen van verwijzing zelfstandig bij de nationale rechter berust.

Na verwijzing dient in de praktijk vrijwel altijd nog een vertaalslag gemaakt te worden om tot de definitieve uitleg ten aanzien van de eindbeslissing te komen. Veelal krijgen partijen de ruimte om nog te reageren op de beslissing van het Hof van Justitie, soms houdt de rechter de beslissing aan totdat het Hof van Justitie zich ook in een andere zaak heeft uitgesproken. Duidelijk wordt dat een beslissing van het Hof van Justitie voor partijen of de verwijzende rechter niet altijd een eenduidige uitleg bezit. Soms kan van het intrekken van prejudiciële vragen ook al een precedentwerking uitgaan.

Hoofdstuk 5 beziet vervolgens een ontwikkeling die tijdens de loop van het jurisprudentieonderzoek duidelijk werd, maar tot op heden als zodanig onvoldoende aandacht heeft gekregen in de literatuur: de ontwikkeling van nationale Europeesrechtelijke precedenten. Daaronder wordt het volgende verstaan: ‘een autonome interpretatie van Europees recht door een nationale rechter die een precedentwerking heeft voor toekomstige zaken in een bepaald rechtsgebied.’ In het onderzoek naar de nationale Europeesrechtelijke rechtspraak was het opvallend hoe vaak de Nederlandse rechter voor de beslechting van een geschil over de vestigingsvrijheid en/of het vrije dienstenverkeer gebruik maakt van eerdere uitspraken van Nederlandse rechters. In dit geval is het in de praktijk niet langer het Hof van Justitie dat een gezaghebbende uitleg van het Europees recht geeft, maar wordt de uitleg gevonden in eerdere nationale Europeesrechtelijke rechtspraak. Hier neemt de autonomie van de nationale rechter in het Europees recht een nieuwe gestalte aan. Zijn rechtspraak dient als gezagsbron voor nieuwe uitspraken waarin de vrijheden een element vormen.

In het hoofdstuk komen verschillende functies van nationaal Europeesrechtelijke precedenten (verfijning, verduidelijking en fundering) aan de orde. Deze functies zijn geïllustreerd met diverse concrete voorbeelden uit de Nederlandse Europeesrechtelijke rechtspraak. Daarna ga ik in op de gevolgen van het bestaan en de betekenis van dit soort precedenten. Duidelijk is dat deze ontwikkeling fundamentele vragen oproept met betrekking tot het gezag van nationale Europeesrechtelijke rechtspraak in het stelsel van Europese rechtspleging. Zien we de Europese rechtsorde als een rechtsorde met gedeeld gezag, een perspectief dat ik in hoofdstuk 2 onderschrijf, dan zal een vorm van gezag van de nationale Europeesrechtelijke rechtspraak moeten worden geaccepteerd. Het is een feit dat zich op deze manier een vorm van regionaal of nationaal Europees recht ontwikkelt. Een ontwikkeling die naar mijn overtuiging op zichzelf niet problematisch is. De vraag wordt opgeworpen of de stelling dat de gezaghebbende uitleg van het Europees recht alleen op het niveau van de formele instellingen van de Unie moet plaatsvinden, nog wel houdbaar is. De vraag naar het gezag van nationale Europeesrechtelijke rechtspraak is tegelijk een vraag van autonomie van de nationale rechter in het Europees recht. Zo arriveren we bij de rol van de nationale rechter in het stelsel van Europese rechtspleging en de kenmerken en de duiding van het onderzochte verschijnsel van nationale rechterlijke autonomie in de praktijk.

### 6.3 Kenmerken van nationale rechterlijke autonomie in het Europees recht

In de voorgaande hoofdstukken is het verschijnsel van nationale rechterlijke autonomie in het Europees recht verkend aan de hand van de praktijk van de Nederlandse Europeesrechtelijke rechtspraak waarin de vestigingsvrijheid en/of het vrijedienstenverkeer een rol heeft gespeeld.

Het bewust beperkt gehouden terrein van het uitgevoerde onderzoek naar nationale Europeesrechtelijke rechtspraak vraagt om behoedzaamheid in de omgang met de uitkomsten ervan. Dit onderzoek heeft zich beperkt tot de situatie in één lidstaat op een specifiek deelterrein van het Europees recht. Het zou interessant zijn om na te gaan of vergelijkbare bevindingen naar voren treden in een breder opgezet (vervolg)onderzoek. Dat gesteld hebbende, is het wel mogelijk om de bevindingen van deze studie nader te duiden: wat voor kenmerken bezit de nationale rechterlijke autonomie in de onderzochte nationale Europeesrechtelijke rechtspraak? En hoe moeten we deze kenmerken duiden tegen de achtergrond van het stelsel van Europese rechtspleging?

Uit de hoofdstukken ontspringt een beeld dat de Nederlandse rechter over het algemeen binnen de in hoofdstuk 2 ontwikkelde minimumgrenzen van de nationale rechterlijke autonomie opereert. Soms is het wel de vraag of een gehanteerde bewijsmaatstaf, bijvoorbeeld om een interstatelijke dimensie van het geschil te accepteren, wel dusdanig streng is dat het kwestieus is of daarmee recht aan het Europees recht wordt gedaan. Datzelfde lijkt op te gaan bij gevallen waarin een evenredigheidstoetsing in het geheel ontbreekt of zeer terughoudend wordt toegepast. Dergelijke gevallen verdienen bijsturing, maar vormen op zichzelf geen probleem, zolang het bij een incidenteel geval blijft: waar gehakt wordt, vallen spaanders. Het Europees recht wordt als zodanig als *law of the land* aanvaard en gebruikt.

Het is overigens geen sinecure, gegeven het feit dat de nationale rechter manoeuvreerruimte toekomt, om na te gaan of het Europees recht niet-gelijkwaardig wordt behandeld met een nationaalrechtelijke aanspraak, dan wel of er tegen de geest van de opdracht tot loyaliteit wordt geopereerd. In veel gevallen gaat het de rechter primair om een beslechting van een geschil, de knoop wordt doorgehakt bij het element dat naar oordeel van de rechter noodzakelijk is voor de beslechting van het geschil. De vraag of de Europeesrechtelijke rechtsaanspraak en de nationale rechtsaanspraak gelijkwaardig worden behandeld, is daaraan ondergeschikt. Daarbij is het van belang om aan te tekenen dat er zich in de onderzochte Nederlandse

Europeesrechtelijke rechtspraak nauwelijks procedures voordoen waarin een louter en alleen op Europees recht gebaseerde vordering aan de orde komt.

Daarnaast bestaat er weinig eenduidigheid over de grenzen aan de loyaliteitsopdracht. Als bijvoorbeeld in de praktijk de uitgebreide *Cifit*-benadering met betrekking tot de uitzonderingen op de verwijzingsplicht nauwelijks tot geen navolging krijgt, is dat dan automatisch niet-loyaal jegens het Europees recht? Strikt genomen, worden hier de lijnen van het Hof van Justitie niet gevolgd en dus wordt er tegen de geldende jurisprudentie ingegaan. Zouden we de Nederlandse rechterlijke praktijk op dit punt daarom moeten afkeuren? Dat zou mijns inziens onbevredigend en al te simplistisch zijn. Mijns inziens draagt hier de feitelijke praktijk van de Nederlandse Europeesrechtelijke rechtspraak het in zich om als rechtsfeiten en historische feiten de regel met betrekking tot de uitzonderingen op de verwijzingsplicht te vervormen en aan te passen.<sup>1</sup> Maar ik realiseer me dat die gedachte ons opnieuw confronteert met de vraag naar het gezag van nationale Europeesrechtelijke rechtspraak.

Interessanter dan de wel/niet-vraag of binnen de begrenzing van de nationale rechterlijke autonomie is geopereerd, is de vraag hoe de nationale rechterlijke autonomie zich manifesteert. Wat zijn na deze voorgaande hoofdstukken de kenmerken van dit verschijnsel in de praktijk? En hoe zijn die te duiden tegen de achtergrond van het stelsel van Europese rechtspleging? Duidelijk is dat de specifieke kenmerken op diverse manieren en niveaus terugkeren. Verschillende kenmerken en rollen van autonomie van de nationale rechter in de praktijk treden naar voren. Om deze te duiden, helpt het om deze uit elkaar te denken met als doel beter zicht te krijgen op de inhoud en karakteristieken van deze kenmerken. Bij ieder kenmerk en rol is een korte toelichting opgenomen. Overigens zij aangetekend dat een aantal van deze kenmerken en rollen niet zozeer uit het Europees recht voortvloeit en onderdeel van de taak van de rechter in het algemeen vormt, maar ik acht ze wel typerend om de autonomie van de nationale rechter in het stelsel van Europese rechtspleging in de praktijk nader te duiden en te begrijpen.

### *Het eerste aanspreekpunt*

In verreweg de meeste zaken waarin een particulier op zoek is naar Europeesrechtelijke rechtsbescherming, is hij aangewezen op een gang naar de nationale rechter. Een eerste kenmerk van de autonomie van de nationale rechter

---

<sup>1</sup> Vgl. Eijssbouts 2000, p. 68: 'Niet alleen een rechterlijk oordeel (als feit), niet zelfs alleen een rechtsfeit, maar elk historisch feit waarop een rechtsregel van toepassing is (dus ook een strafbaar feit of een onrechtmatige daad) heeft het vermogen de rechtsregel te veranderen, te kwalificeren.'



in de praktijk is dat hij als zodanig de eerst aangewezen is om Europeesrechtelijke rechtsbescherming te bieden. Nieuwe Europeesrechtelijke rechtsvragen liggen als eerste op het bord van de nationale rechter. Dit is een natuurlijk gevolg van de directe werking van het Europees recht, het Europeesrechtelijke beginsel van effectieve rechtsbescherming en het stelsel van Europese rechtspleging. Is een oplossing van het geschil te vinden aan de hand van de bestaande Europeesrechtelijke rechtspraak, dan dient de nationale rechter die te vertalen naar het nieuwe geschil. De rechter dient een selectie van relevante jurisprudentie te maken. Bestaat er geen of onvoldoende duidelijkheid, dan is het aan de rechter om zelf uitleg aan het recht te geven. De aard van de procedure voor de nationale rechter is van invloed op Europeesrechtelijke taak van de rechter: aan een kort geding kunnen minder eisen worden gesteld dan aan een bodemprocedure. Te denken valt aan elementen als de feitenvaststelling, de omvang van het bewijs en de beoordeling ervan en de ruimte die aan partijen wordt geboden om hun stellingen in rechte te onderbouwen. Beslissen heeft in een kort geding prioriteit boven de omvang van het geding. Procesautonomie en nationaal procesrecht werkt hier duidelijk door in de autonomie van de nationale rechter in het Europees recht. In het algemeen zal in de eerstelijnsuitspraken de nationale rechter zelfstandig de beslissing moeten nemen. Een prejudiciële verwijzing zal uitzonderlijk zijn. Hier opereert de nationale rechter feitelijk autonoom, tegen de achtergrond van de bestaande bagage van Europeesrechtelijke rechtspraak. Op deze manier ligt de primaire Europeesrechtelijke rechtsontwikkeling in handen van de eerstelijnsrechter. Zijn uitspraken zullen echter vooral effect en gezag voor partijen hebben.

#### *De geschilbeslechter*

De rechter heeft een duidelijke beginselopdracht: rechtspreken. Hij wordt ingeroepen om te oordelen over een geschil onder bepaalde aangevoerde feiten en omstandigheden. Het feit dat de rechter moet worden *ingeroepen*, relativeert zijn taak. Pas als partijen het laten aankomen op een rechterlijk oordeel, beslist de rechter. Of de vordering nu op nationale dan wel Europeesrechtelijke leest geschoeid is, maakt dat niet wezenlijk anders. Europees recht is hier niet anders dan nationaal recht. Ook het Hof van Justitie spreekt in het arrest *Simmenthal* uit met betrekking tot de Europeesrechtelijke opdracht van de nationale rechter: ‘in het kader van zijn bevoegdheden’. De rechter is primair geschilbeslechter. Dit werkt door in de autonomie van de nationale rechter in het Europees recht. Zijn Europeesrechtelijke taak gaat in de praktijk niet boven de beslechting van het geschil en heeft er als zodanig geen voorrang op. Wel dient de rechter in zijn beslechting van het geschil te opereren binnen de gegeven kaders van zijn autonomie, maar daarbinnen bezit de nationale rechter een betrekkelijk grote manoeuvreerruimte. Daaronder valt eveneens de beslissing over de

noodzakelijkheid van het Europeesrechtelijke element voor de beslechting van het geding. Deze autonomie is in de praktijk vooral een tot de rechter zelf gerichte autonomie: soms zal een Europeesrechtelijk element niet het kernpunt van de beslissing vormen, die beoordeling moet gelegen zijn in de onafhankelijkheid van de nationale rechter.

#### *De baas van het proces*

In het verlengde van het karakter van de rechter als geschilbeslechter ligt het gegeven dat de rechter de baas van het proces is. Zodra partijen het geschil aan de rechter voorleggen, wordt de rechter belast met het proces. De rechter draagt verantwoordelijkheid voor de beoordeling van het geding. Dit komt bijvoorbeeld naar voren in de selectie van relevante feiten en rechtsbronnen. De rechter is baas van het proces zolang partijen niet schikken of zolang de zaak niet door een beroepsrechter is overgenomen (via de eventuele devolutieve werking van een appel). Dit is een kenmerk van autonomie van de nationale rechter, dat door het hele boek terugkomt. Te wijzen valt op de procesmatige vrijheid die de Nederlandse rechter neemt in de beoordeling van het vrijverkeerrecht in de praktijk. Typerend is dat de Nederlandse rechter over het algemeen de vrijheid neemt in de aanpak ten aanzien van de 'logische' toetsingssystematiek van het vrijverkeerrecht. Soms lijken kennelijke proceseconomische overwegingen daaraan bij te dragen. In de Nederlandse Europeesrechtelijke rechtspraak wordt in de uitspraak veelal alleen het zwaartepunt gelegd bij het element van het vrijverkeerrecht dat doorslaggevend voor de beoordeling is. Daarnaast valt te denken aan de taakverdeling tussen het Hof van Justitie en de nationale rechter in het prejudicieel verwijzingsrecht. Hoewel een arrest of beschikking van het Hof van Justitie bindend van karakter is, blijft de autonome verantwoordelijkheid voor de beoordeling van het geschil bij de nationale rechter. De rechter bezit hier een vrijheid, maar komt ook een verantwoordelijkheid toe. De consequentie daarvan is dat de nationale rechter als baas van het proces gezagvolle uitspraken over Europeesrechtelijke normen doet.

#### *De feitenrechter*

In Europeesrechtelijke gedingen is de nationale rechter de feitenrechter, of de prejudiciële verwijzing nu wel of niet onderdeel uitmaakt van de procesgang. Dit is een belangrijk kenmerk van de nationale rechterlijke autonomie in het Europees recht. Bij de materieelrechtelijke beoordeling van een beroep op de vrijheden speelt de feitelijkheid van dit recht, zoals bleek in hoofdstuk 3, bij vrijwel alle elementen van het vrijverkeerrecht een doorslaggevende rol. Feitenvaststelling blijkt van cruciaal belang voor de inroeping van het vrijverkeerrecht en daarmee het nationaalprocesrechtelijke kader. De toepassing

en uitleg van het vrijverkeerrecht in een concreet geval vraagt in veel gevallen om maatwerk, toegesneden op de feiten en omstandigheden en het aangedragen bewijs door partijen. Aan de hand van de feiten wordt besloten welke vrijheid toepasselijk is, of er sprake is van een interstatelijke dimensie en bijvoorbeeld wat voor belemmering aanwezig is. De nationale rechter is ‘eigenaar’ van de feitenvaststelling. De rechter beslist over de relevantie van de feiten. Dit is van fundamenteel belang voor de toepassing van de Europeesrechtelijke norm op de feiten. Het recht ligt hier in het rechterlijk oordeel, dat gedragen wordt door de selectie van de rechtens relevante feiten.<sup>2</sup> Wanneer we nu constateren dat de feiten tot de autonomie van de nationale rechter in de praktijk behoren, heeft deze conclusie een belangrijke externe werking, ook voor de prejudiciële procespraktijk. Het duwt ons naar de vraag van het gezag van de nationale Europeesrechtelijke rechtspraak. Het heeft bijvoorbeeld als consequentie dat het Hof van Justitie zich in de prejudiciële procespraktijk zeer terughoudend dient op te stellen ten aanzien van een verandering of nadere aanpassing van het feitelijke kader, buiten de nationale rechter om.

#### *De bewijsbeoordelaar*

Aanpalend bij het functioneren als feitenrechter, is een kenmerk van de autonomie van de nationale rechter het gegeven dat hij, voor zover op dit terrein geen Europese harmonisatie bestaat, in de praktijk oordeelt over kwesties van bewijs. Hier laat het Hof van Justitie het in de regel aan de nationaalrechtelijke context over, met aan de ene kant de nationale procesautonomie en aan de andere kant de noodzaak van een effectieve rechtsbescherming op nationaal niveau. Gegeven de gedachte dat het primaire vrijverkeerrecht vooral en in de eerste plaats materieel doorwerkt, blijkt in de rechtspraak van het Hof van Justitie een terughoudendheid te bestaan ten aanzien van de procedurele doorwerking van het Europees recht. Dat wordt overgelaten aan het nationale niveau en dus de nationale rechter. In hoofdstuk 3 werd duidelijk dat deze scheiding tussen materiële doorwerking en procesautonomie, bekeken vanuit de Nederlandse Europeesrechtelijke rechtspraak over de vestigingsvrijheid en/of het vrijedienstenverkeer, in de praktijk veel minder gemakkelijk te maken is. Materiële normen worden bij de nationale rechter welhaast vanzelf een processuele vraag. Dit heeft consequenties voor de manier waarop het Europees recht feitelijk doorwerkt. Nationale procesautonomie werkt door in de materiële rechtsbescherming van het vrijverkeerrecht en werkt in op het karakter van de nationale rechterlijke autonomie. Een illustratie biedt het concept van indirecte discriminatie op grond van nationaliteit. Dit is bij uitstek een terrein waarop de nationale rechter zich pas zal uitspreken wanneer er evident bewijs is dat van indirecte discriminatie sprake is. De Nederlandse rechter waagt zich er in de

---

<sup>2</sup> Vgl. hoofdstuk 1, p. 17.

onderzochte gevallen van deze studie dan ook nauwelijks of niet aan. Het Hof van Justitie, als rechtsuitlegger in prejudiciële zaken, lijkt in dit verband ‘gemakkelijker’ geneigd te zijn om van het bestaan van indirecte discriminatie uit te gaan.

### *De selecteur*

Europees recht wordt voor een belangrijk deel in de jurisprudentie ontwikkeld. Een kenmerk van rechtersrecht is dat er een selectie uit die beschikbare jurisprudentie dient te worden gemaakt. Uitgangspunt is het volgen van de lijnen uit Europeesrechtelijke rechtspraak (en voor zover relevant de bestaande Europese maatregelen ter zake). Als de jurisprudentie geen eenduidig beeld geeft, kan de selectie van jurisprudentie van invloed zijn op de materiële uitkomst van een geschil. Die selectie van rechtspraak is in handen van de nationale rechter. Daarom is selecteur van rechtspraak eveneens een kenmerk van feitelijke autonomie van de nationale rechter in het Europees recht. Dit kwam in verschillende hoofdstukken naar voren. Of het nu gaat om de afbakening tussen de vestigingsvrijheid en het vrije kapitaalverkeer, om de intensiteit van toetsing aan het evenredigheidsbeginsel of de acceptatie van overgangsmaatregelen voor ondernemende rechtssubjecten uit de nieuwe lidstaten, dan wel de lezing van het *Cifit*-arrest: de selectie van de jurisprudentie is van belang voor het oordeel. De rechter werkt hier als selecteur. Soms kan die selectie de nuance in de rechtspraak te kort doen. Soms is het heel begrijpelijk dat alleen naar de ‘standaardarresten’ wordt verwezen. Bepaalde uitspraken hebben nu eenmaal een zekere didactische schoonheid met als gevolg dat ze vaker terug te zien zijn in de nationale Europeesrechtelijke rechtspraak. In dit verband zij opgemerkt dat niet alleen Europeesrechtelijke rechtspraak van het Hof van Justitie als bron wordt gehanteerd, ook nationale Europeesrechtelijke rechtspraak vormt in betrekkelijk veel gevallen een bron van gezagvolle uitleg van Europees recht. Selectie van relevante jurisprudentie brengt ons dus ook terecht bij de vraag naar het gezag van rechtspraak. De vraag naar gezag is niet alleen verbonden met nationale Europeesrechtelijke rechtspraak, maar ook met de jurisprudentie van het Hof van Justitie. Wanneer zich daarin meerdere lijnen voordoen, is een arrest van de ene lijn (waarin bijvoorbeeld bij de afbakening van de vrijheden het vrije dienstenverkeer als restvrijheid wordt beschouwd) nu minder gezaghebbend dan een arrest van de andere lijn (waarin een afbakening tussen het vrije dienstenverkeer en een andere vrijheid via een zwaartepuntbenadering wordt opgelost)? Bezit een beschikking ex artikel 104(3) Procesreglement altijd minder gezag dan een arrest? Bezit een Kamer-uitspraak in de regel minder gezag dan een Grotkamer-uitspraak? Dat zijn problemen van selectie waarmee de nationale rechter in zijn autonomie geconfronteerd wordt en waarover hij autonoom besluit. Ongetwijfeld zullen procespartijen in

voorkomend geval relevante arresten aandragen, maar tegelijkertijd vergt de Europeesrechtelijke opdracht van de nationale rechter dat hij in staat is om zelfstandig te grasduinen in de bestaande Europeesrechtelijke jurisprudentie.

#### *De acceptant en de afwijzer*

Een volgend kenmerk ligt in het verlengde van de nationale rechter als selecteur. De nationale rechter is als zodanig de acceptant of de afwijzer. In het geval van acceptatie volgt de nationale rechter naadloos het Hof van Justitie. In het geval van afwijzing opereert de nationale rechter vooral impliciet, door bepaalde elementen uit de Europeesrechtelijke rechtspraak niet mee te nemen. Als voorbeeld kan gedacht worden aan de doorwerking van het *Cilfit*-arrest. In de onderzochte Nederlandse Europeesrechtelijke rechtspraak worden de uitzonderingen op de prejudiciële verwijzingsplicht als zodanig gevolgd en gehanteerd (het ‘redelijkerwijze niet voor twijfel vatbaar’), maar komt een vergelijking tussen taalversies en contextualisering van een Europeesrechtelijk begrip niet of nauwelijks voor. Waarom rechters dit niet doen, blijkt niet uit hun uitspraken. In de tweede plaats kan gedacht worden aan de toetsing van het karakter van een belemmering. Soms blijft een toets naar het eventuele indirect discriminerende karakter van een belemmering subtiel achterwege. Een voorbeeld biedt de *Schindler*-uitspraak van de Afdeling.<sup>3</sup> Daarin operationaliseert de Afdeling rechtsoverweging 65 van het Gambelli-arrest, waarin het Hof van Justitie in lijn met het arrest *Gebhard* overweegt dat beperkingen ‘in elk geval zonder discriminatie dienen te worden toegepast.’ De Afdeling vertaalt dit criterium naar een toets ‘of sprake is van een maatregel die geen onderscheid maakt naar nationaliteit’. Een subtiel verschil is hier waarneembaar: terwijl het Hof van Justitie suggereert om ook naar de toepassingspraktijk van de maatregel te kijken, beperkt de Afdeling haar onderzoek tot een formelere toets of de maatregel als zodanig onderscheid maakt naar nationaliteit met als gevolg dat de toepassingspraktijk daarbij buiten zicht blijft.

#### *De toepasser*

De nationale rechter is, strikt formeel-juridisch benaderd, volgens de jurisprudentie van het Hof van Justitie een toepasser van de Europeesrechtelijke uitleg. Ook dat is een kenmerk van autonomie van de nationale rechter in de praktijk. Hier bestaat een duidelijke bevoegdheid van de nationale rechter uit hoofde van het Europees recht die door het Hof van Justitie in zijn rechtspraak decennialang is benadrukt. De rechter kan terugvallen op de Europeesrechtelijke jurisprudentie en bij twijfel over de toepassing prejudicieel verwijzen. De autonomie werkt hier zowel intern door als rechterlijke bevoegdheid geschapen

---

<sup>3</sup> ABRvS, 18 juli 2007, LJN: BAQ9831.

uit hoofde van het Europees recht, als extern richting partijen en afgeleid richting het nationale bestuur en nationale wetgever: wat de nationale rechter doet, is simpel het toepassen van Europees recht in concreto. In hoofdstuk 2 verdedig ik dat de nationale rechter ook een rol toekomt wat de uitlegging van Europees recht betreft. Desondanks blijft overeind staan dat op sommige momenten de werkzaamheid van de nationale rechter het beste kan worden begrepen als toepasser van recht. Bepaalde normen van het vrijverkeerrecht zijn zo duidelijk uitgelegd in eerdere rechtspraak dat de *acte éclairé* trekken krijgt van de situatie waarin de toepassing een *acte clair* betreft. Te denken valt bijvoorbeeld aan het gegeven dat de Verdragsbepalingen waarin de verbodsnormen met betrekking tot de vestigingsvrijheid en het vrije dienstenverkeer zijn neergelegd, directe werking bezitten. Voorts kan worden gewezen op het bestempelen van een bepaalde activiteit, zoals medische verrichtingen of het aanbieden van kansspelen, als dienst in de zin van het vrijedienstenverkeer. Of het zodanig hanteren van de brede uitleg van de verbodsnorm dat ook niet-discriminerende belemmeringen in beginsel verboden zijn. De toepassing van de bestaande uitlegging op de feiten en omstandigheden komt in een dergelijk geval neer op toepassing van uitgekristalliseerd recht. Maar recht blijft, ook op dit punt, dynamisch. In hoofdstuk 3 werd duidelijk dat in relatie tot de afbakening tussen bijvoorbeeld de vestigingsvrijheid en het vrijekapitaalverkeer en de afbakening tussen het vrijedienstenverkeer, het vrijewerknemersverkeer en de vestigingsvrijheid in nieuwe gevallen tot nieuwe rechtsvragen aanleiding kunnen geven, zodat de toepassing (opnieuw) in de richting van uitlegging uitgaat.

#### *De uitlegger*

De praktijk van de Nederlandse Europeesrechtelijke rechtspraak in dit onderzoek laat zien dat de nationale rechter ook als uitlegger van Europese normen optreedt. Formeel-juridisch lijkt dat strikt genomen niet tot de taak van de nationale rechter te behoren, maar zoals uit hoofdstuk 2 blijkt, zijn er ten minste officieus wel redenen om aan te nemen dat de nationale rechter feitelijk een taak en rol in dit verband toekomt, iets dat overigens in de *Informatienota voor het indienen van prejudiciële verzoeken* van het Hof van Justitie wordt bevestigd. Bovendien schudden de feiten uit de Nederlandse Europeesrechtelijke rechtspraak ons hier wakker. In hoofdstuk 3 blijkt dat de beoordeling van het vrijverkeerrecht veelal neerkomt op rechterlijk maatwerk met een uitleg voor het concrete geval. Uit hoofdstuk 4 komt naar voren dat ook in gevallen waarin het Hof van Justitie prejudiciële voorlichting heeft gegeven, de nationale rechter nog een einduitleg aan de uitleg van het Hof van Justitie geeft. Uit hoofdstuk 5 blijkt de ontwikkeling van nationale Europeesrechtelijke precedënten, waarin de Europeesrechtelijke uitleg van de nationale rechter feitelijk als rechtsbron wordt

gehanteerd. De nationale rechter is gewoonweg in veel gevallen een uitlegger van Europeesrechtelijke normen. Ook dit is een kenmerk van nationale rechterlijke autonomie in de praktijk. Duidelijk wordt uit de onderzochte Nederlandse Europeesrechtelijke rechtspraak dat het Hof van Justitie feitelijk geen monopolie bezit met betrekking tot de uitleg van het Europees recht. Misschien heeft het Hof nog steeds wel een machtspositie, maar het heeft geen monopoliepositie. Ook hier raken we aan de kernvraag naar rechterlijk gezag. Het onderzoek rechtvaardigt de gedachte dat de Europeesrechtelijke uitleg van de Nederlandse rechter in elk geval van feitelijke betekenis is voor de gedeelde rechtsorde en gezag krijgt toegedicht in de Nederlandse context. In hoeverre en op wat voor manier er ook een juridisch gezag van zijn uitleg uitgaat richting andere lidstaten, het Hof van Justitie blijft in dit verband een onderwerp voor verdere gedachtevorming en ontwikkeling.

### *De vraagsteller*

In zijn prejudiciële bevoegdheid is de nationale rechter autonoom. Ook dat is een wezenlijk feitelijk kenmerk van de autonomie van de nationale rechter. Deze autonomie is door het Hof van Justitie voor het eerst expliciet aangenomen in het arrest *Cartesio*, weliswaar als afgeleide van de autonomie van het Europees recht op zichzelf als autonomie ten opzichte van het nationale recht. Hoofdstuk 4 maakt duidelijk dat de feitelijke autonomie van de nationale rechter op dit punt breder beschreven kan worden. Bij de nationale rechter berust in de praktijk de autonomie van de vraag en, als baas van het proces, de beoordeling van noodzaak en de keuze van de onderwerpen, relevant voor het geschil. Dit kenmerk vraagt ook om acceptatie en respect van het Hof van Justitie voor de nationale rechter (te denken valt aan soort van regel van gemotiveerd uitleggen waarom bepaalde vraag niet relevant is, voorafgaand aan niet beantwoording ervan door het Hof van Justitie). Het succes van de prejudiciële samenwerking tussen nationale rechter en het Hof van Justitie in de afgelopen decennia confronteert ons met een paradox: zonder vragen van de nationale rechter heeft het Hof van Justitie geen mogelijkheid om het recht te verduidelijken en principeuitspraken over de reikwijdte van het recht te doen. Tegelijkertijd dient de nationale rechter de verantwoordelijkheid te nemen niet het Hof van Justitie te belasten met vragen die hij in wezen zelf kan afdoen. Ook deze feitelijke verantwoordelijkheid behoort bij de vraagsteller als kenmerk van autonomie van de nationale rechter. Prejudicieel vragen staat vrij, maar voor bepaalde elementen van het vrijverkeerrecht, zoals bijvoorbeeld de evenredigheidstoetsing in het concrete geval, is de nationale rechter principieel beter geoutilleerd.

*De eindbeslisser*

In Europeesrechtelijke zaken in de EU is het eindoordeel in veel gevallen in handen van de nationale rechter, of de prejudiciële procedure nu onderdeel van de procesgang is geweest of niet. Bij de nationale rechter die is verzocht om over het geschil te oordelen, berust ook de verantwoordelijkheid over die beoordeling van het geschil. Dat is een wezenlijke werkelijkheid van de gedeelde rechtsorde en het stelsel van Europese rechtspleging. Het is ook een feitelijk kenmerk van de autonomie van de nationale rechter in het Europees recht. Het karakter van dit kenmerk is nauw verbonden met de rechterlijke verantwoordelijkheid. Wordt om een uitspraak gevraagd, dan dient de rechter recht aan het recht te doen. Deze verantwoordelijkheid doet zich in het bijzonder voor bij de nationale rechter in laatste aanleg. Daar speelt het verwijzingsrecht een zwaarwegende rol. Prejudicieel verwijzen biedt gelegenheid om meer zekerheid omtrent de Europeesrechtelijke finesses van de zaak te verkrijgen of een principiële zaak bij het Hof van Justitie aan te brengen, maar soms leiden de karakteristieken van het geschil ertoe dat prejudicieel verwijzen geen oplossing biedt om het geschil tussen partijen in verantwoordelijkheid te beslechten. Bovendien vraagt een prejudiciële beslissing van het Hof van Justitie ook nog altijd om een rechterlijke eindbeoordeling. Het gegeven dat de nationale rechter in zijn Europese opdracht als eindbeslisser opereert, benadrukt het belang van zijn rol van Europeesrechtelijke rechtsbeschermer in het ‘volledige stelsel van rechtsmiddelen’ van de Europese rechtspleging. Dit is van belang voor partijen, maar in bredere zin ook van belang voor de positie van nationale Europeesrechtelijke rechtspraak in het stelsel van Europese rechtspleging. Daaruit vloeit een volgend kenmerk van autonomie voort.

*De gezagdrager*

De Europeesrechtelijke opdracht impliceert als zodanig een zeker gezag van de nationale rechter om het Europees recht in de praktijk te effectueren, toe te passen en uit te leggen. Zijn rechterlijk oordeel over Europeesrechtelijke normen is een feit met juridische betekenis. Hoofdstuk 5 over nationale Europeesrechtelijke precedënten maakt duidelijk dat nationaal rechterlijke uitspraken over Europese rechtsnormen gezag genieten binnen de nationale context waarbinnen ze zijn uitgesproken. Deze ontwikkeling toont de acceptatie van het gezag van nationale Europeesrechtelijke rechtspraak. Dit is gevolg van de nationale rechterlijke autonomie in de praktijk. De nationale rechter is feitelijk een gezagsdrager voor de beslechting van geschillen met een Europeesrechtelijke component. Dit gezag deelt de nationale rechter in de praktijk met het Hof van Justitie van de Europese Unie. Dat de Nederlandse rechter gebruikt maakt van nationale Europeesrechtelijke precedënten, wijst op een feitelijke versterking van de rol van de nationale rechter in het stelsel van



Europese rechtspleging. Dit kenmerk heeft in de eerste plaats een werking richting de partijen die betrokken zijn bij het geschil. Daarnaast bezit een oordeel van de nationale rechter over Europeesrechtelijke normen in potentie een gezag richting rechters uit dezelfde lidstaat en eventueel naar nationale rechters in andere lidstaten, mogelijk zelfs richting het Hof van Justitie van de Europese Unie. Omdat deze vraag naar gezag van rechtspraak in het stelsel van Europese rechtpleging op zoveel momenten in deze duiding opkomt, sta ik hier in de volgende paragraaf in algemenere zin bij stil.

#### *De constitutionalist*

Of de nationale rechter naar het nationale recht het etiket van constitutionele rechter bezit of niet, door zijn Europeesrechtelijke opdracht is in wezen iedere nationale rechter een potentieel constitutionele rechter geworden. Dit is een consequentie van de verplichting om met het Europees recht strijdige maatregelen buiten toepassing te laten. Dat is niets nieuws. Maar het vormt wel een feitelijk kenmerk van de autonome rol van de nationale rechter in het Europees recht: het Hof van Justitie verklaart niet dat een bepaalde maatregel buiten toepassing moet worden gelaten, dat is de verantwoordelijkheid en beslissing van de nationale rechter. De autonomie van de nationale rechter geeft uit hoofde van het Europees recht een mogelijkheid om nationale maatregelen buiten toepassing te verklaren wegens strijd met het Europees recht. Het Europees recht maakt daarbij geen onderscheid tussen nationale rechters: een rechter in eerste aanleg is hiertoe in staat, maar ook een hoogste rechtscollege. In dit verband is in de praktijk overigens de terughoudendheid die de Nederlandse rechter aanneemt in de toetsing van rechtvaardigingen van belemmeringen opvallend. De Nederlandse rechter zal nooit zonder zwaarwegende reden een nationale maatregel buiten toepassing verklaren. In de praktijk van de onderzochte rechtspraak lijkt er feitelijk een grotere bewijslast voor de inroeper van het vrijverkeerrecht te bestaan dan voor de verdediger van de belemmerende maatregel. De autonomie van de nationale rechter bezit hier in potentie een externe werking richting het bestuur en de wetgever(s).

#### *De signalist*

Op verschillende sectorale rechtsgebieden zijn in de Nederlandse Europeesrechtelijke rechtspraak ‘golven’ aan uitspraken ontstaan. Eind jaren tachtig, begin jaren negentig van de vorige eeuw waren dit vele media-uitspraken. Eind jaren negentig en in de beginjaren van deze eeuw deed zich een vloed van zaken over grensoverschrijdende medische diensten voor. Tijdens de tweede helft van het eerste decennium van de 21<sup>ste</sup> eeuw waren het boetes opgelegd in het kader van de Wet arbeid vreemdelingen die de Nederlandse rechter duchtig bezig hielden. Ook valt te denken aan de rechtspraak waarin het

Nederlandse kansspelbeleid werd aangevochten met een beroep op het vrijedienstenverkeer, dan wel de vestigingsvrijheid. Deze golven ontstaan als eerste in de nationale context. Soms valt deze ontwikkeling te verklaren door richtinggevende arresten van het Hof van Justitie, som kan een reguleringskader van een lidstaat hieraan bijdragen. Deze nationale Europeesrechtelijke rechtspraak levert ook een kenmerk van de autonomie van de nationale rechter dat bestaat uit een signaal, een sein. Hier zendt de nationale Europeesrechtelijke rechtspraak een signaal uit richting andere actoren in het constitutionele universum. De nationale rechter is hier een vuurtoren, fel verlicht door processuele hitte, het baken en het begin van het terrein waar het recht verduidelijkt dient te worden. Van het bestaan van een grote hoeveelheid nationale Europeesrechtelijke rechtspraak gaat een signaal uit naar het Hof van Justitie. Maar het signaal heeft ook een werking ten opzichte van de nationale wetgever en bestuur en de Europese wetgever om tot nadere maatregelen op een bepaald terrein te komen. In het geval van ‘zakengolven’ in de nationale Europeesrechtelijke rechtspraak blijft het signaal in de concrete uitspraken veelal impliciet, de procesdruk maakt dat de rechter over het geschil moet oordelen als partijen dat wensen, maar toch mag de rechter een dergelijk signaal duidelijk afgeven.

#### **6.4 Over rechterlijk gezag in het stelsel van Europese rechtspleging**

Gezag van rechtspraak: dit fundamentele onderwerp dringt op verschillende momenten naar de voorgrond bij de bevindingen uit de hoofdstukken van dit boek. Specifieker gaat het dan om het rechterlijk gezag in het stelsel van Europese rechtspleging, het rechterlijk gezag in een gedeelde Europese rechtsorde en het gezag van nationale Europeesrechtelijke rechtspraak daarbinnen. Bij de duiding en bespreking van de verschillende kenmerken van nationale rechterlijke autonomie hierboven kwam deze kernvraag ook nadrukkelijk naar de oppervlakte. Wanneer we willen ingaan op de betekenis van de kenmerken van nationale rechterlijke autonomie tegen de achtergrond van het stelsel van Europese rechtspleging, dan valt niet te ontkomen aan de notie van gezag van rechtspraak. Maar wat is gezag van rechtspraak eigenlijk?

Gezag is als zodanig een diffuus begrip. Het gaat om een bevoegdheid en macht om beslissingen te nemen, maar een synoniem van gezag is ook autoriteit: macht op grond van een geestelijk overwicht, gewichtige oordelen. Het gezag van rechtspraak is een juridische vraag van alle tijden. In dit verband kan bijvoorbeeld worden verwezen naar het *Algemeen Deel* van Scholten.<sup>4</sup> Daarin

---

<sup>4</sup> P. Scholten, *Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. Algemeen Deel*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1974, p. 85-93. Zie ook de

passeert eveneens het onderwerp gezag van rechtspraak, het biedt nog steeds een treffende introductie op dit thema:

‘Het is nog niet zo heel lang geleden, dat algemeen werd aangenomen, dat aan het oordeel van de rechter buiten de verhouding aan zijn beslissing onderworpen geen gezag toekwam. Nog zijn velen van die mening. De rechter past het recht toe, vindt het recht in concreto, zijn taak is niet regels op te stellen van algemene strekking. De gehele opzet van onze staatsinrichting, de scheiding van de wetgevende en rechtsprekende macht, het cassatie-systeem, alles sluit uit, dat aan de jurisprudentie als zodanig gezag toekomt. [...] Als zo de opzet was – hoe anders is dan de praktijk geworden. Wie een pleidooi in burgerlijke zaken bijwoont, zal bespeuren, dat een advocaat zich nooit sterker gevoelt dan wanneer hij zich op een arrest van de Hoge Raad kan beroepen, dat ontleding en vergelijking van rechterlijke interpretatie schering en inslag is aan de balie. Het is het lijstje van jurisprudentie, dat de rechter van dat pleidooi als het voornaamste voor zijn vonnis mee naar huis neemt. Het is de rechtspraak-publicatie, die iedere jurist als het meest noodzakelijke bijhoudt, hoe weinig tijd het dagelijks werk hem overigens voor studie mag laten. Bestudering van de ontwikkelingsgang der rechtspraak, systematisering van haar resultaten, beschouwt de wetenschap al mede als haar voornaamste taak. In navolging van Frankrijk wordt het eerste nagestreefd in aantekeningen onder de arresten, zowel in de Ned. Jurisprudentie als in het Weekblad van het Recht. En wat dat laatste betreft: men vergelijkte eens de plaats, die de rechtspraak inneemt in een tegenwoordig leerboek met die, welke zij had in een van vijftig jaar geleden; men zal zich bewust worden, hoe zeer zij aan gezag heeft gewonnen.’<sup>5</sup>

Toegespitst op het gezag van Europeesrechtelijke rechtspraak: wanneer een rechter rechtspreekt over een Europeesrechtelijke norm, vormt dit in de eerste plaats een beoordeling en beslissing voor partijen. Dit is de ‘*usual disclaimer*’ bij iedere rechterlijke uitspraak. In de vaker geciteerde woorden van Lauwaars en Timmermans: ‘Het Hof schrijft met zijn uitspraken geen leerboek, doch het beslist allereerst een rechtsgeding.’<sup>6</sup> Inderdaad is het meest primaire gezag van de rechter de beslechting van de rechtsstrijd tussen partijen. Toch komt aan het oordeel van de rechter een breder gezag toe. De kern van het oordeel bezit een gezagscomponent met betrekking tot de uitleg van het recht. Zo zijn in de jurisprudentie bij nadere beschouwing lijnen te ontwaren.<sup>7</sup> Deze lijnen zijn van betekenis buiten het concrete rechtsgeding.

Hoe zit het met de verdeling van het gezag van rechtspraak in de Europese Unie? Het is evident dat het Hof van Justitie van de Europese Unie gezag van

---

heruitgave van een selectie van zijn werk in T. Slootweg (red.), *Paul Scholten. Dorsten naar gerechtigheid*, Deventer: Kluwer 2010, p. 85-93.

<sup>5</sup> Scholten 1974, p. 85-86.

<sup>6</sup> R.H. Lauwaars, C.W.A. Timmermans, *Europees Gemeenschapsrecht in kort bestek*, Deventer: Kluwer 2003, p. 198. Overigens is het de vraag of het Hof van Justitie in de prejudiciële procespraktijk wel degene is die beslist over het rechtsgeding: de eindbeoordeling en beslissing komt immers altijd nog voor de verantwoordelijkheid van de nationale rechter.

<sup>7</sup> Vgl. bijvoorbeeld K.J.M. Mortelmans in Kapteyn e.a. 2008, p. 577.

rechtspraak in het stelsel van Europese rechtspleging geniet. De instelling heeft immers op grond van artikel 19 EU tot taak ‘de eerbiediging van het recht bij de uitlegging en toepassing van de Verdragen [te] verzekeren’. Via de directe beroepen als via de prejudiciële procedure geeft het Hof van Justitie in concrete gevallen gezagvolle uitspraken om de eerbiediging van het Europees recht te verzekeren. Deze uitspraken kunnen, zoals gezegd, ook van bredere betekenis zijn dan alleen voor het concrete geval. De Verdragsrechtelijke taak betekent overigens niet dat alle vragen ten aanzien van gezag van de rechtspraak van het Hof zijn beantwoord. In hoofdstuk 3 kwam naar voren dat de nationale rechter vaak een selectie dient te maken uit de relevante rechtspraak. Het is bijvoorbeeld de vraag hoe de nationale rechter moet omgaan met de situatie dat zich op punten van het vrijverkeerrecht verschillende lijnen in de rechtspraak van het Hof van Justitie voordoen. Bovendien kan worden gewezen op de hierboven opgeworpen vragen in de toelichting op de nationale rechter als selecteur met betrekking tot de rechtspraak van het Hof van Justitie.

Aanvaarden we de Europese rechtsorde als een gedeelde rechtsorde met een gedeeld gezag, dan impliceert dit dat het gezag niet exclusief toekomt aan de Europese instellingen, maar dat er ook een gezag bestaat voor de organen van de lidstaten met een Europeesrechtelijke taak. Dat veronderstelt een zeker gezag voor de nationale rechter bij de uitlegging en toepassing van Europeesrechtelijke normen. Maar hoe zit het met het gezag van nationale Europeesrechtelijke rechtspraak? Daar is, naar mijn weten, opmerkelijk weinig tastbaars over bekend.

Bezien we het gezag van nationale Europeesrechtelijke rechtspraak tegen de achtergrond van het formeel-juridische stelsel van Europese rechtspleging en het Verdragsrechtelijke kader, dan wordt duidelijk dat de officiële status van dit gezag nog steeds mistig is, al bevestigt artikel 19, eerste lid, tweede alinea EU de verzekering van de daadwerkelijke rechtsbescherming van het Europees recht, waarbij de lidstaten in de nodige rechtsmiddelen moeten voorzien, en plaatst het Hof van Justitie de rechtsbescherming van de nationale rechter in het stelsel ‘volledige stelsel van rechtsmiddelen en procedures.’

Donner schrijft in 1972 ‘de nationale rechter [is], ook voor wat de toepassing van het gemeenschapsrecht betreft, *niet aan het gezag van de gemeenschapsrechter onderworpen, maar staat naast hem.*’<sup>8</sup> Daarmee impliceert hij gezag voor de nationale rechter bij de toepassing van het Europees recht. Eerder kende bijvoorbeeld Samkalden in zijn annotatie bij het arrest *Van Gend & Loos* al een zeker gezag toe aan de nationale Europeesrechtelijke

<sup>8</sup> Zie het openingscitaat van hoofdstuk 2, cursivering HVH.

rechtspraak.<sup>9</sup> In hoofdstuk 2 werd echter duidelijk dat verschillende andere auteurs bij de taakverdeling tussen Hof van Justitie en nationale rechter de zeggenschap en daarmee het gezag over het Europees recht, vermoedelijk in abstracto althans, reserveren voor het Hof van Justitie.<sup>10</sup> Deze laatste auteurs lijken daarmee te willen impliceren dat nationale Europeesrechtelijke rechtspraak als zodanig niet als rechtsbron moet worden erkend. Ook het Hof van Justitie zelf draagt hieraan bij omdat zij in prejudiciële procedures het onderscheid tussen uitlegging en toepassing strikt formeel nog steeds hanteert. Dit onderzoek maakt in hoofdstuk 5 duidelijk dat die positie naar aanleiding van de onderzochte praktijk voor nuancering in aanmerking komt. In de Nederlandse Europeesrechtelijke rechtspraak krijgt nationale rechterlijke uitleg van Europeesrechtelijke normen op verschillende manieren gezag toegedicht. De rechtspraak van de nationale rechter bezit in de praktijk het karakter van een rechtsbron voor de beslechting van nieuwe geschillen: een bron van gezagvolle uitleg van Europeesrechtelijke normen. Daarnaast maken verschillende van de hierboven geschetste kenmerken van autonomie van de nationale rechter duidelijk, dat in veel gevallen de feitelijke positie van de nationale rechter als bijvoorbeeld eerstelijnsrechter, feitenvaststeller, bewijsbeoordelaar en eindbeslisser rechterlijk gezag doet ontstaan.

Ieder rechterlijk oordeel in de Europese Unie over Europees recht bezit in potentie gezag. De uitspraak van de rechter over een Europeesrechtelijke norm is een rechtsfeit dat betekenis vindt in de context van het recht. Dit gegeven hoeft wat mij betreft niet te worden gevangen in termen van constitutioneel pluralisme; eerder ben ik geneigd deze dynamiek te willen beschrijven als een vorm van rechterlijk pluralisme. Een uitspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie is van betekenis voor de hele Europese Unie. Een uitspraak van een nationale rechter over het Europees recht is primair van betekenis voor de lidstatelijke context waarbinnen de oordelende rechter opereert. Als vuistregel geldt, meen ik, dat in beginsel nationale Europeesrechtelijke rechtspraak van hogere rechters meer gezag geniet dan de rechtspraak van een lagere rechter, zoals normaal gesproken gebruikelijk is in een West-Europees rechtssysteem, maar dat dit geen onwrikbaar uitgangspunt is: een verkorte afdoening van de Hoge Raad van een cassatieberoep via artikel 81 RO bezit zeker niet automatisch eenzelfde zeggingskracht als een uitvoerig gemotiveerd arrest van een Gerechtshof en in sommige gevallen kunnen uitspraken uit eerste aanleg juist ook gezagvol zijn.

---

<sup>9</sup> Zie het openingscitaat van hoofdstuk 1.

<sup>10</sup> Zie hoofdstuk 2, p. 34, 40-42, daar noem ik onder andere Barents, Prechal en Timmermans als exponenten voor deze visie.

Daarnaast bezit een nationale Europeesrechtelijke uitspraak potentieel, wat betreft de gezagscomponent met betrekking tot de uitleg van het Europees recht, ook een breder bereik, met een mogelijke materiële werking richting andere lidstaten. Dit laatste is overigens geen noodzakelijkheid voor de acceptatie van het Europeesrechtelijke gezag van een nationale Europeesrechtelijke uitspraak, maar biedt wel een mogelijkheid tot ontwikkeling van het recht. Begrijpelijk is dat een Nederlandse Europeesrechtelijke uitspraak misschien minder snel getransplanteerd kan worden naar een andere lidstaat van de Europese Unie dan een uitspraak van het Hof van Justitie. Maar ditzelfde kan overigens gelden voor een prejudiciële beslissing van het Hof van Justitie, die te zeer is toegesneden op de specifieke situatie van het geval en het nationaalrechtelijke kader waarin de uitleg moet worden geëffectueerd.

In de theorievorming over het Europees recht speelt de eenheid van recht een belangrijke rol. Het Europees recht is als zodanig ondeelbaar in karakter, zodat rechtsgevolgen niet zouden horen te verschillen door het enkele feit dat het in een bepaalde lidstaat wordt toegepast en uitgelegd.<sup>11</sup> Tegelijkertijd is er ruimte voor divergentie en differentiatie. Die gedachte verdient acceptatie, 'omdat de noodzakelijke samenhang van het communautaire rechtssysteem juist alleen gerealiseerd kan worden door verschillen te accepteren en zo nodig te overbruggen'.<sup>12</sup> Juist is in het Verdrag van Lissabon de juridische verscheidenheid van de Europese Unie vastgelegd in het kader van de ontwikkeling van de ruimte van vrijheid, veiligheid en recht, met een respect voor de verschillende rechtsstelsels en rechtstradities van de lidstaten. De stelling dat de eenheid en het oordeel over differentiatie in het Europees recht alleen door het Hof van Justitie van de Europese Unie kan worden bewaard heeft in dat licht utopische trekken. Het is, na de bevindingen van deze studie, mijns inziens een illusie om te veronderstellen dat de zeggenschap, de verantwoordelijkheid en het gezag voor de rechtseenheid van het Europees recht uitsluitend een zaak is van het Hof van Justitie; een dergelijke positie doet onrecht aan de veelvormigheid en complexiteit van het bestaan van het Europees recht. Dat die eenheid van recht in de nationale Europeesrechtelijke rechtspraak niet altijd op eenzelfde wijze als het Hof van Justitie wordt gegarandeerd, is uit zichzelf niet problematisch, maar wel een wezenlijke werkelijkheid van gedeeld gezag in de gedeelde Europese rechtsorde. Daarbij hoeft een opmerkelijke nationale Europeesrechtelijke uitspraak geen direct probleem te zijn, want waar gehakt wordt vallen nu eenmaal spaanders. Ook hierover spreekt Donner

---

<sup>11</sup> Barents 2000, p. 243.

<sup>12</sup> Prechal 2006A, p. 14, zoals eerder geciteerd in de inleiding van dit boek. In vergelijkbare zin Jans e.a. 2007, p. 370.

boekdelen wanneer hij schrijft: ‘eenheid van rechtspraak blijft, zolang er een veelheid van rechterlijke instanties is, nu eenmaal een betrekkelijke zaak.’<sup>13</sup> En:

‘Eenheid van rechtstoepassing waarborgen, kan artikel 177 EEG [nu artikel 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 nationaal 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!’<sup>14</sup>

Er is geen reden om dat vandaag de dag anders te zien.

In een stelsel van rechtspleging is rechtseenheid van belang, maar evenwicht tussen de verschillende te borgen functies belangrijker. Over het algemeen worden in de juridische doctrine drie taken van de (hoogste) rechter in een stelsel van rechtspleging gehanteerd. Deze kunnen worden gevat in de volgende begrippen, begrippen die weliswaar te onderscheiden zijn, maar tegelijkertijd moeilijk van elkaar te scheiden:

- Rechtsbescherming,
- Rechtseenheid,
- Rechtsontwikkeling.<sup>15</sup>

In de gedeelde Europese rechtsorde is er een verdeling tussen het Hof van Justitie van de Europese Unie en de nationale rechter als Europese rechters. Zoals hierboven aan de orde kwam, impliceert een gedeelde rechtsorde ook een gedeeld gezag, een gedeelde verantwoordelijkheid voor het Europees recht. Hoe kunnen de drie taken nu het beste, met respect voor een wederzijds rechterlijk gezag, worden verdeeld over deze rechters in het licht van de hierboven geïdentificeerde kenmerken van autonomie van de nationale rechter in het Europees recht?

---

<sup>13</sup> Hoofdstuk 2, p. 42.

<sup>14</sup> Donner 1972, p. 115.

<sup>15</sup> Vgl. bijvoorbeeld, weliswaar in belangrijke mate toegespitst op de taak en positie van de hoogste rechterlijke colleges J.A. Jolowicz, C.H. van Rhee, *Recourse against judgments in the European Union*, The Hague: Kluwer Law International 1999, W.D.H. Asser, H.A. Groen, J.B.M. Vranken, m.m.v. I.N. Tzankova, *Een nieuwe balans: interimrapport fundamentele herbezinning Nederlands burgerlijk procesrecht*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2003, p. 210-211.

In de eerste plaats stel ik vast dat alle drie de functies zich zowel bij het Hof van Justitie van de Europese Unie als bij de nationale rechters (kunnen) voordoen. Het is meer een kwestie van accenten en zwaartepunten dan een strikte onderscheiding en verdeling tussen beide categorieën Europese rechters.

Het bieden van rechtsbescherming in concreto hoort in dit opzicht in overwegende mate bij de verantwoordelijkheid en het gezag van de nationale rechter thuis en in laatste instantie bij de nationale hoogste rechters. Daarbij zal de nationale rechter rekening moeten houden met de algemene rechtsontwikkeling en het belang van de eenheid van het Europees recht: wanneer de rechter zich uitspreekt over een Europeesrechtelijke norm, dan hoort deze uitspraak Europeesrechtelijke conform te zijn. In dit verband kan ook worden gewezen op het feit dat het beginsel van effectieve rechtsbescherming met name is ontwikkeld tegen de achtergrond van de nationale rechtsplegingscontext en in veel mindere mate voor de (prejudiciële) procespraktijk van het Hof van Justitie. De verfijning van bepaalde Europeesrechtelijke rechtspraak in de nationale rechtspleging, die in dit boek in hoofdstuk 3 en hoofdstuk 5 passeerde, behoort in dit verband ook tot de feitelijke verantwoordelijkheid en het gezag van de nationale rechter. Ook in het geval waarin gebruik is gemaakt van een prejudiciële verwijzing, er een prejudiciële beslissing van het Hof van Justitie ligt en deze vertaald moet worden in de eindbeslissing, vindt een nadere concretisering en uitlegging plaats die van nature de nationale rechter toebehoort. Een gevolgtrekking van deze twee punten is dat de nationale Europeesrechtelijke rechtspraak een originele functie heeft wat de Europeesrechtelijke rechtsontwikkeling betreft. Nieuwe gevallen van vrijverkeerrecht zullen zich over het algemeen voor het eerst voordoen bij de nationale rechter. Daaruit is af te leiden dat een deel van de rechtsontwikkeling zich ook in nationale eerstelijns rechtspraak voordoet. Dat door deze ontwikkeling feitelijk een vorm van nationaal Europees recht ontstaat of een nationale Europeesrechtelijke inkleuring dan wel verfijning van het recht, hoeft wat mij betreft niet te worden afgewezen, maar kan een bron van ontwikkeling zijn.<sup>16</sup>

Voor het Hof van Justitie als prejudiciële rechter lijken mij de borging van de rechtseenheid en de rechtsontwikkeling zwaarder wegend te moeten zijn dan de rechtsbescherming in concreto. In dit verband kan aansluiting worden gezocht bij de doelstellingen van de prejudiciële procedure. De hoofdfunctie daarvan is de borging van de rechtseenheid tegen de achtergrond van de verzekering dat het

---

<sup>16</sup> Een andere opvatting huldigt bijvoorbeeld Prechal, zie het openingscitaat van hoofdstuk 5.



Europees recht volledige werking krijgt. Daarnaast ligt aan iedere prejudiciële verwijzing één of meerdere rechtsvragen ten grondslag, zodat daarmee welhaast per definitie door het gezag van uitlegging de wezenlijke rol van het Hof van Justitie voor rechtsontwikkeling gegeven is. Dit wordt onderstreept in de geschiedenis van het Europees recht in de afgelopen decennia. Feitelijk is de rechtspraak van het Hof van Justitie fundamenteel geweest voor de ontwikkeling van de kernleerstukken van het Europees recht (directe werking, voorrang, procesautonomie, grondrechtenbescherming, conforme interpretatie, staatsaansprakelijkheid). Natuurlijk werkt hierin voortdurend ook de notie van rechtsbescherming door. In de prejudiciële procespraktijk heeft het Hof van Justitie in veel gevallen bijzonder oog gehad voor de ontwikkeling van rechten van rechtssubjecten die aan het Europees recht kunnen worden ontleend.<sup>17</sup> Dat laat onverlet dat in verdeling van de drie rechterlijke functies in het stelsel van Europese rechtspleging het zwaartepunt, gezien de wezenlijke rol die de nationale rechter als rechtsbeschermmer bezit, het Hof van Justitie een natuurlijker forum is voor de functie van borger van de rechtseenheid en de rechtsontwikkeling.

In het licht van de hier geschetste taakverdeling kan het in het Verdrag van Maastricht geïntroduceerde subsidiariteitsbeginsel een rol van betekenis spelen en nader worden geoperationaliseerd. Het Europees recht laat de ruimte voor actoren op het nationale niveau en dit beginsel expliciteert dat in het huidige artikel 5, derde lid, VEU:

‘Krachtens het subsidiariteitsbeginsel treedt de Unie op de gebieden die niet onder haar exclusieve bevoegdheid vallen, slechts op indien en voor zover de doelstellingen van het overwogen optreden niet voldoende door de lidstaten op centraal, regionaal of lokaal niveau kunnen worden verwezenlijkt, maar vanwege de omvang of de gevolgen van het overwogen optreden beter door de Unie kunnen worden bereikt.’<sup>18</sup>

De centrale functie van het subsidiariteitsbeginsel is volgens Timmermans bescheiden: het heeft gevolgen voor de vraag of en in welke mate een bestaande Europeesrechtelijke bevoegdheid moet worden uitgeoefend, maar is wel vatbaar

---

<sup>17</sup> Vgl. bijvoorbeeld Koopmans 1994, Eilmansberger 2004, p. 1201-1231.

<sup>18</sup> Sinds het Verdrag van Lissabon hebben nationale parlementen een expliciete taak bij de toetsing of het subsidiariteitsbeginsel wordt geëerbiedigd, want zo vervolgt de Verdragsbepaling: ‘De instellingen van de Unie passen het subsidiariteitsbeginsel toe overeenkomstig het protocol betreffende de toepassing van de beginselen van subsidiariteit en evenredigheid. De nationale parlementen zien er volgens de in dat protocol vastgelegde procedure op toe dat het subsidiariteitsbeginsel wordt geëerbiedigd.’

voor rechterlijke controle.<sup>19</sup> Mijn gedachte is dat het subsidiariteitsbeginsel in relatie tot de verdeling van het gezag van rechtspraak in de Europese Unie en de functies van de rechter een leidraad kan bieden. Voor bepaalde functies (te denken valt aan het bieden van rechtsbescherming in concreto, nadere verfijning van het recht, evenredigheidsbeoordeling) lijkt me de nationale rechter het geijkte niveau, voor principiële uitspraken en richtinggevendende uitspraken tegen de achtergrond van de rechtseenheid en de rechtsontwikkeling is het Hof van Justitie *locuta, causa finita*.

Om deze verdeling van gedeeld gezag in de gedeelde rechtsorde niet alleen in ijle theoretische abstracties te grondvesten, wil ik ten slotte nader op een en ander ingaan aan de hand van de voor mij toch wel opzienbarende bevinding uit hoofdstuk 3 dat de materiële doorwerking via de directe werking van het primaire verkeerrecht in de nationale rechtsplegingscontext overvloeit in een processuele beoordeling door de nationale rechter. Het vrijverkeerrecht is in hoge mate stapsgewijs ontwikkeld aan de hand van concrete casus waarover nationale rechters en het Hof van Justitie zich hebben gebogen. Na de ontdekking van de directe werking van de vestigingsvrijheid en het vrijedienstenverkeer midden jaren zeventig heeft de toetsingsstructuur zich in de afgelopen decennia sterk ontwikkeld. Het recht is dusdanig geïntegreerd in de nationaalrechtelijke context dat dit Prechal in 2000 verleide tot de stelling dat de directe werking als concept niet meer passend zou zijn en haar nut leek te hebben verloren.<sup>20</sup> Na deze studie naar de rechterlijke aanpak van de vestigingsvrijheid en het vrijedienstenverkeer in de Nederlandse Europeesrechtelijke rechtspraak ben ik het met die gedachte niet eens, waarbij zij aangetekend dat ik als de kern van het concept van directe werking, dus de inroepbaarheid van een Europeesrechtelijke norm voor de nationale rechter, beschouw.<sup>21</sup> De directe werking van Europeesrechtelijke normen doet er nog

<sup>19</sup> Vgl. C.W.A. Timmermans, 'Is het subsidiariteitsbeginsel vatbaar voor rechterlijke controle?', in: *SEW* 2007 p. 224-230, op p. 225 en 229.

<sup>20</sup> S. Prechal, 'Does direct effect still matter?' in: *CMLR* 37 2000, p. 1047-1069, op p. 1067 en 1069: '*European Community law is integrated into the legal orders of the Member States. It has become "law of the land" and as such it is valid. In my view, it should therefore, in principle, be treated in the same way as provisions of national law, i.e. without raising the question whether the Community rules at issue are directly effective or not. The process of European integration has reached a level at which the usefulness of the concept of direct effect must be questioned, to say the least. [...] According to some, the process takes us into a new era of legal pluralism. It also takes us beyond the traditional opposition between monism and dualism, the latter being far removed from today's realities. To that, I would like to add the following: in such a context, the concept of direct effect as a separate condition for the application of certain legal norms does not fit any more.*' Vgl. eveneens S. Prechal, 'Direct Effect Reconsidered, Redefined and Rejected', in: Prinszen, Schrauwen 2002, p. 15-41.

<sup>21</sup> Vgl. Eijssbouts e.a. 2010, p. 245: 'Onder rechtstreekse werking verstaan wij, korthedshalve, het verschijnsel dat particulieren voor een nationale rechter een beroep

wel degelijk toe. Sterker, de directe werking blijft de basis voor de inroepbaarheid van de norm, maar biedt uit zichzelf, zoals voorbeelden in hoofdstuk 3 laten zien, eigenlijk maar betrekkelijk weinig houvast. Een inroeper van een Europeesrechtelijke rechtsaanspraak heeft meer nodig dan de directe werking van de norm voor de nationale rechter, wil dit leiden tot een geslaagd beroep op de vrijheden: gunstige feiten, goed aangevoerd bewijs, grondig procederen. Deze conclusie heeft gevolgen voor de perceptie van het concept van de directe werking: de (rechterlijke) verplichting die schuil gaat in sommige definities van directe werking<sup>22</sup> bezit uit zichzelf weinig zeggingskracht, maar krijgt haar inhoud in de nationale procedurele rechtsplegingscontext. In dit verband suggereert Kapteyn terecht dat de manier waarop

*'provisions of Community law have direct effect can thus be very different, depending on the procedural rules and the context of the substantive legal rules involved in the concrete dispute before a national court. Consequently, the requirements for direct effect of a particular provision 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.'*<sup>23</sup>

Deze achtergrond en de bevindingen uit hoofdstuk 3 ondersteunen de gedachte van Eijsbouts dat de directe werking een wezenlijke communicatieve functie bezit.<sup>24</sup> Feitelijk constitueert de directe werking in de nationale Europeesrechtelijke rechtspraak een ontmoetingsplaats tussen de verschillende

---

kunnen doen op normen van Unierecht. *Inroepbaarheid* is naar onze opvatting het belangrijkste element van de directe werking.' Daarbij onderscheiden Eijsbouts e.a. 2010, p. 247 een handhavingsfunctie of objectieve controlefunctie (de naleving van Europees recht effectueren) en een rechtsbeschermingsfunctie (belanghebbenden kunnen zo hun eigen subjectieve aanspraken in de nationale context realiseren).

<sup>22</sup> Vgl. bijvoorbeeld Prechal 2005, p. 241. Zij gaat daar van de volgende definitie uit: *'the obligation of a court or another authority to apply the relevant provision of Community law, either as a norm which governs the case or as a standard for legal review.'*

<sup>23</sup> P.J.G. Kapteyn, 'Chapter VII: Application and Enforcement of Community Law', in: Kapteyn e.a. 2008, p. 517. Ook Prechal 2000, p. 1059, merkt deze dimensie eveneens met zoveel woorden op: *'As was already pointed out above, provisions of Community law can be relied upon for several purposes and within the context of different types of proceedings. The way in which the relevant provision will be deployed therefore depends on the character and the subject matter of the proceedings in the national court, and also on the content and "structure" of national rules involved.'*

<sup>24</sup> Vgl. W.T. Eijsbouts, 'Direct Effect, the Test and the Terms; In Praise of a Capital Doctrine of EU Law', in: Prinssen en Schrauwen 2002, p. 235-249, op p. 237: *'direct effect is a meeting place, a common ground, between legal traditions widely differing as to relationships between individuals and state authority, as to that between substantive right and remedy, as to that between subjective and objective normative situations. No wonder that its logic should be fuzzy. Rather than to discard it, this is a good reason to keep it.'* Vgl. Eijsbouts 2000, p. 40.

rechtsstelsels en rechtstradities in de Europese Unie. In de nationale Europeesrechtelijke rechtspraak kan het effect van de directe werking van het vrijverkeerrecht in uitkomst verschillen, gezien het grote belang van de processuele beoordeling door de nationale rechter. Aandacht voor de nationale Europeesrechtelijke rechtspraak kan onze gemeenschappelijke doctrinaire kennis hierover vergroten en de doctrinaire vertrekpunten (her)ijken.

Wat betreft dat laatste: de bevindingen uit hoofdstuk 3 roepen vraagtekens op of het traditionele doctrinaire onderscheid tussen materiële doorwerking en procesautonomie in de praktijk wel zo houdbaar is. Uit het onderzoek blijkt dat een materiële rechtsnorm welhaast als vanzelf in de nationale context overvloedt in een procedurele beoordeling binnen de nationale Europeesrechtelijke context. De onderscheiding tussen enerzijds Europeesrechtelijke aanspraken en anderzijds remedies en procedures, zoals bijvoorbeeld aangehouden door Van Gerven,<sup>25</sup> lijkt in dit licht geen correcte weergave van de rechtswerkelijkheid. Die opdeling is op basis van de hier onderzochte nationale Europeesrechtelijke rechtspraak moeilijk vol te houden; de lotgevallen van het Europees recht in de nationale rechtsplegingscontext zijn complexer dan deze onderscheiding doet vermoeden.

Welke consequenties moeten daaruit worden getrokken? Het draagt een relativering in zich met betrekking tot de betekenis van de materiële uitlegging van het vrijverkeerrecht bij het Hof van Justitie in het stelsel van Europese rechtspleging en versterkt mijns inziens het belang en het praktische gezag van nationale Europeesrechtelijke rechtspraak. Het Hof van Justitie zal in het licht van de volledige werking van het Europees recht, de rechtseenheid en de rechtsontwikkeling in de prejudiciële procespraktijk waarschijnlijk sneller geneigd zijn zich te concentreren op de materiële uitleg, zonder daarbij uitgebreid in te gaan op hoe deze uitleg in de nationale context daadwerkelijk moet worden geëffectueerd. De onderzochte rechtspraak maakt duidelijk dat voor de rechtsbeschermingsfunctie bij de nationale rechter meer vereist is. Naast de directe werking van de Europeesrechtelijke norm is vereist dat de inroeper concreet en onderbouwd procedeert en de aansluiting zoekt bij de nationale rechtsplegingscontext om de Europeesrechtelijke aanspraken in rechte te verkrijgen.

Het belang van de processuele beoordeling van de nationale rechter maakt dat de werkelijke betekenis van de materiële normen van het vrijverkeerrecht gedeeltelijk naar tijd en plaats, rechtstraditie en rechtscultuur zullen verschillen.

---

<sup>25</sup> Van Gerven 2000, p. 502-503, 526. Vgl. ook bijvoorbeeld Eilmansberger 2004, p. 1200.

Dat is een werkelijkheid die verbonden is aan de inrichting van het stelsel van Europese rechtspleging. Die verschillen doen recht aan de juridische verscheidenheid van de rechtsstelsels en rechtstradities in de lidstaten, verschillen die alleen moeten worden overbrugd wanneer dat strikt noodzakelijk is.

## 6.5 Aanbevelingen

Volgen er uit het onderzoek nu concrete aanbevelingen? Ja en nee. Ik denk dat binnen de bestaande kaders, vanuit het beperkte overzicht dat deze studie heeft geboden, het stelsel heel behoorlijk functioneert. Dat zich feitelijk in toenemende mate een gedeelde rechtsbescherming voordoet, waar op diverse punten autonomie aan de nationale rechter toekomt, is een ontwikkeling waar ik in beginsel geen vraagtekens bij plaats, een benadering die gezien de bovenstaande duiding van de bevindingen weinig verrassend zal zijn. De rechterlijke samenwerking tussen het Hof van Justitie en de Nederlandse rechter krijgt nog steeds gestalte in een relatief actieve samenwerking, waarbij de Nederlandse rechter nog steeds prejudicieel verwijst, ook op het terrein van het vrijedienstenverkeer en de vestigingsvrijheid, met specifieke rechtsvragen of met een rechtsvraag gekoppeld in algemenere zin aan de te hanteren rechterlijke toetsing van de nationale rechter.

Mocht het, onder omstandigheden, raadzaam zijn om op verandering aan te sturen van onwenselijke lijnen in de nationale Europeesrechtelijke rechtspraak, dan zijn daarvoor verschillende denkbare, reeds bestaande, correctiemechanismen. Dergelijke correctiemechanismen heb ik in een eerdere bijdrage in kaart gebracht en die wil ik hier niet uitputtend herhalen.<sup>26</sup> Te denken valt aan aanhoudende procesdruk om de nationale Europeesrechtelijke uitleg aan te passen,<sup>27</sup> de rechter verleiden toch prejudicieel te verwijzen,<sup>28</sup> een

---

<sup>26</sup> Zie Van Harten 2009, p. 150-152.

<sup>27</sup> In hoofdstuk 5 werd dit geïllustreerd aan de hand van de benadering van de Afdeling ten aanzien van boetes opgelegd in het kader van de Wet arbeid vreemdelingen in het licht van het vrije dienstenverkeer en/of de vestigingsvrijheid na een eerste lijn, leek in latere uitspraken een wijziging in de benadering te bespeuren.

<sup>28</sup> In dit boek kwam dit bijvoorbeeld naar voren met betrekking tot de rechtspraak over de Nederlandse kansspelregulering: nadat er behoorlijk wat rechtspraak ontstond waarin algemeen werd aangenomen dat het Nederlandse stelsel gerechtvaardigd was uit oogpunt van diverse publieke belangen, leken, ongetwijfeld mede op instigatie van partijen, er twijfels te bestaan over de Europeesrechtelijke houdbaarheid van het stelsel: de Afdeling oordeelde in een geval dat de minister in een vergunningaanvraag voor een goeddoelenloterij de evenredigheid van zijn aanpak niet had bewezen en besloot in een volgende zaak, de zaak *Betfair*, prejudicieel te verwijzen, waarna ook de Hoge Raad op dit terrein in de zaak *Ladbroke's* besloot voorlichting te vragen aan het Hof van Justitie. De verwijzing in de zaak *Betfair* leidde tot het arrest C-203/08, *Betfair* en einduitspraak ABRvS 23 maart 2011, LJN

klacht indienen bij de Europese Commissie over de nationale Europeesrechtelijke rechtspraak,<sup>29</sup> een rol voor de advocaat-generaal van het Hof van Justitie om lijnen uit de nationale Europeesrechtelijke rechtspraak te laten meewegen,<sup>30</sup> oplossingen in de sfeer van informele contacten tussen nationale rechters onderling en in contact met de rechters van het Hof van Justitie waarin bepaalde problematiek aan de orde komt,<sup>31</sup> en ten slotte, niet zonder reden als laatste genoemd, de *Köbler*-aansprakelijkheid: een procedure waarin de lidstaat aansprakelijk wordt gesteld op grond van een ‘kennelijke schending’ van het Europees recht van een rechter in laatste aanleg opererend die niet prejudicieel heeft verwezen.<sup>32</sup>

Naast deze bestaande correctiemechanismen is het de vraag of er nog behoefte bestaat aan bijzondere, aanvullende correctiemechanismen. Voordat ik een antwoord op die vraag formuleer, is er toch een aantal andere punten van aanbeveling die naar aanleiding van de voorgaande hoofdstukken zijn opgekomen.

---

BP8768. De verwijzing in de zaak *Ladbroke v. Lotto* leidde tot het arrest zaak C-258/08, *Ladbroke v. Lotto*.

<sup>29</sup> De voorbeelden van infractieprocedures gevoerd uit hoofde van een onjuiste interpretatie van het Europees recht door nationale rechters zijn tot op heden schaars. Voorbeelden bieden zaak C-129/00, *Commissie t. Italië* en zaak C-154/08, *Commissie t. Spanje*. De Commissie is tot op heden erg terughoudend geweest op dit terrein en hanteert daarbij, kort gezegd, de regel ‘één klacht, is geen klacht’. De terughoudendheid van de Commissie op dit vlak is overigens begrijpelijk en verstandig: de Commissie zal niet direct wegens afwijkende nationale Europeesrechtelijke rechtspraak willen treden in het domein van de nationale rechterlijke macht, ook al gaat het om Europese rechtsnormen. Een verdere activering van dit correctiemechanisme zal de nationale rechtspleging ongetwijfeld maar moeizaam accepteren.

<sup>30</sup> Daarbij zij aangetekend dat een verdere overdenking over de praktische werkbaarheid noodzakelijk is: wordt bijvoorbeeld dan alleen de nationale Europeesrechtelijke rechtspraak uit de lidstaat waaruit wordt verwezen, meegenomen of elke lidstaat, een selectie van lidstaten, dan wel alleen de lidstaten waarvan relevante nationale Europeesrechtelijke rechtspraak het Hof van Justitie bekend is?

<sup>31</sup> Te wijzen valt op het Europees Netwerk van de Raden voor de Rechtspraak (ECNJ), [www.enci.eu](http://www.enci.eu), de Europese Vereniging van Raden van State en hoogste bestuursrechters, [www.juradmin.eu](http://www.juradmin.eu), het Netwerk van de Presidenten van de Hooggerichtshoven van de Europese Unie, [www.network-presidents.eu](http://www.network-presidents.eu), en bijvoorbeeld het Europees justitieel netwerk in burgerlijke en handelszaken [ec.europa.eu/civiljustice/network/network\\_en.htm](http://ec.europa.eu/civiljustice/network/network_en.htm).

<sup>32</sup> Deze aansprakelijkheid zet de relatie tussen het Hof van Justitie en de nationale rechter en de geest van loyale samenwerking onder druk, terwijl immers, zoals Donner reeds schreef: ‘door samenwerking moet worden getracht de problemen, waar beide bij zijn betrokken, op te lossen.’ Vgl. in zelfde zin P.J. Wattel, ‘Kobler, Cilfit and Welthgrove: We can't go on meeting like this’, in: *CMLR* 41 2004, p.177-190.

*Geef betekenis aan artikel 19, eerste lid, tweede alinea VEU*

In de eerste plaats zou ik willen aandragen dat in de Europeesrechtelijke rechtspraak de betekenis en reikwijdte van de codificatie in het Verdrag van Lissabon van het beginsel van effectieve rechtsbescherming in artikel 19, eerste lid, tweede alinea van het VEU verder wordt verduidelijkt. In deze codificatie draagt de Verdragsopsteller de lidstaten op, zoals eerder naar voren kwam, om te ‘voorzien in de nodige rechtsmiddelen om daadwerkelijke rechtsbescherming op de onder het recht van de Unie vallende gebieden te verzekeren’. Deze codificatie plaatst, weliswaar indirect – via de band met de lidstaat, de nationale rechter voor de eerste maal expliciet in de positie van verzekeraar van de Europeesrechtelijke rechtsbescherming *naast* het Hof van Justitie van de Europese Unie. Deze opname kan niet geheel zonder betekenis zijn. Dit artikel draagt een mogelijkheid in zich om in het stelsel van Europese rechtspleging ook op formeel-juridisch wijze de nationale rechter als Europeesrechtelijke rechter en de nationale Europeesrechtelijke rechtspraak zelf verder te emanciperen en equiperen. De opname van deze zinsnede in het Verdrag van Lissabon voedt het gezag van de nationale rechter als verzekeraar van het Europees recht, maar dat kan in de rechtspraak, van in het bijzonder het Hof van Justitie, verder worden geëxpliciteerd. In dit verband werpt de bevinding uit hoofdstuk 3, dat de materiële doorwerking van vrijverkeerrecht natuurlijk overvloedig in een processuele beoordeling in de nationale rechtsplegingscontext, de vraag op of op dit terrein verdere maatregelen vereist zijn om de daadwerkelijke rechtsbescherming voor de nationale rechter te vergroten. Dat lijkt mij niet zonder meer noodzakelijk. De differentiatie in het Europees recht die ten grondslag ligt aan de rechtstradities en rechtsstelsels van de lidstaten moet in het kader van een gedeelde en geïntegreerde Europese rechtsorde in beginsel blijvend worden geaccepteerd, zolang ten minste aan de minimumvoorwaarden voor nationale Europeesrechtelijke rechtsbescherming is voldaan.

*Verschuif accenten en ontwikkel het prejudicieel verwijzingsrecht*

Een tweede aanbeveling heeft van doen met het prejudicieel verwijzingsrecht.<sup>33</sup> Hoofdstuk 4 maakt duidelijk dat de *Cilfit*-benadering in de ‘uitgebreide’ variant in de onderzochte Nederlandse Europeesrechtelijke rechtspraak praktisch geen navolging krijgt. De Nederlandse rechter lijkt niet geneigd te zijn de veelgevraagde variant van de *Cilfit*-opdracht te willen accepteren of volgen.

---

<sup>33</sup> De literatuur met betrekking tot voorstellen tot aanpassing van de prejudiciële procedure is overvloedig. Kernvoorstellen passeren in Broberg en Fenger 2010, p. 25-36. Deze auteurs zien overigens zelf het meest in het overdragen van prejudiciële beslissingen op deelterreinen van het Europees recht naar het Gerecht. Deze mogelijkheid is geschapen bij het Verdrag van Nice en is nu vastgelegd in artikel 256, lid 3 VWEU.

Eerder heb ik eens de stelling verdedigd dat in dit verband met betrekking tot de verwijzingsplicht voor rechters in laatste aanleg de uitzonderingen zich in de jurisprudentie van het Hof van Justitie zouden moeten ontwikkelen tot de regel, en de regel tot een uitzondering.<sup>34</sup> Die verandering van zwaartepunt van het prejudicieel model, kort gezegd van plicht met uitzonderingen tot een vrijheid met verantwoordelijkheid, kan zonder veel omhaal plaatsvinden door de uitzonderingen op de verwijzingsplicht in de rechtspraak van het Hof van Justitie verder te ontwikkelen. Die stelling zou ik hier als aanbeveling willen herhalen. Dat het Hof van Justitie zelf heeft benadrukt dat de prejudiciële bevoegdheid als een ‘autonome’, ‘meest uitgebreide bevoegdheid’ van de nationale rechter moet worden aangemerkt, weliswaar vooral in zijn autonome positie ten opzichte van het nationale recht, kan hierin van betekenis zijn.

In een aangepast model voor het prejudicieel verwijzingsrecht zou ook rekening kunnen worden gehouden met andere dimensies dan de bestaande uitzonderingen van noodzakelijkheid, *acte clair* en *acte éclairé* die naar voren kwamen in hoofdstuk 4. Bijvoorbeeld valt te denken aan een model waarin voor nationale Europeesrechtelijke precedënten een rol is weggelegd. In dat geval zou een uitspraak van een rechter in laatste aanleg, waarin een Europeesrechtelijke norm wordt uitgelegd en die beantwoordt aan de rechtsvraag in het nieuwe geschil, in potentie eenzelfde effect teweeg moeten kunnen brengen als de situatie waarin het een *acte éclairé* betreft. Weliswaar heeft in dit geval een uitspraak van het Hof van Justitie nog steeds het grootste gezag en betekenis voor de hele Unie, maar kunnen in principe ook nationale Europeesrechtelijke uitspraken met Europeesrechtelijke uitleg de verwijzingsverplichting van haar grond beroven en van haar inhoud ontdoen, zolang het nationaal Europeesrechtelijk precedent aansluit bij de rechtsontwikkeling van het Hof van Justitie en nieuwe uitspraken, na eerdere nationaal Europeesrechtelijke precedënten in het licht worden geplaatst van de rechtsontwikkeling zoals die zich voordoet bij het Hof van Justitie. Een verdere ontwikkeling van het concept van nationale Europeesrechtelijke precedënten zou de prejudiciële procedure kunnen ontlasten en verdient daarom nadere bestudering en overdenking. Het zou de samenwerking tussen het Hof van Justitie en de nationale rechter in een volwassener relatie gieten. Het huidige model is naar mijn smaak te veel ingericht alsof de nationale rechter bij het Hof van Justitie een boterbriefje met betrekking tot de interpretatie van het recht moet halen.

Een minder ingrijpend voorstel zou zijn dat het Hof van Justitie, zoals in de onderzochte Nederlandse Europeesrechtelijke rechtspraak gebruikelijk lijkt te zijn, de strikte maatstaven in *Cilfit* toch nuanceert en meer vanuit een *common*

<sup>34</sup> Van Harten 2007.



*sense*-benadering formuleert.<sup>35</sup> De andere kant van dezelfde medaille is dat in het kader van de prejudiciële samenwerking de nationale rechter zich zou moeten onthouden van een prejudicieel encyclopedisch exposé of heel precieze zaaksgebonden prejudiciële vragen. Hier behoort bij de autonomie van de nationale rechters ook een verantwoordelijkheid om de problemen waarbij zij worden betrokken, waar mogelijk zelf op te lossen.

Overigens laat dit onverlet dat ik niet zou willen tornen aan de verwijzingsbevoegdheid van nationale rechters. Tegen die achtergrond ben ik van oordeel dat de lijn met betrekking tot de verwijzingsbevoegdheid uit het arrest *Rheinmühlen*, voortgezet in bijvoorbeeld de arresten *Cartesio* en *Elchinov*, overeind moet worden gehouden.<sup>36</sup> De autonome bevoegdheid van de nationale rechter dient hier, en heeft in de Nederlandse rechtspraak gediend, als een uitlaatklep voor (nationale) Europeesrechtelijke rechtsontwikkeling. Van de onverkorte prejudiciële verwijzingsbevoegdheid gaat een zekere corrigerende werking uit. Daarbij kan worden opgemerkt dat het maar de vraag is of rechtsvragen die van belang zijn voor de rechtsontwikkeling, zich wel altijd voordoen bij de hoogste rechters. Ook op het terrein van de prejudiciële geldigheidsvragen met betrekking tot Europese maatregelen zou wat mij betreft de monopoliepositie van het Hof van Justitie van de Europese Unie intact moet worden gelaten. Daar opereert het Hof van Justitie van de Europese Unie meer als constitutionele rechter.

#### *Formeel gezag voor nationale Europeesrechtelijke rechtspraak*

Een derde aanbeveling heeft betrekking op het formeel-juridische gezag van nationale Europeesrechtelijke rechtspraak in het stelsel van Europese rechtspleging. Dit gezag kan en mag worden vergroot. Het past bij de taak van de nationale rechter in de gedeelde Europese rechtsorde. Het Hof van Justitie van de Europese Unie deelt het interpretatief gezag met de nationale gerechtshoven. Ook nationale Europeesrechtelijke uitspraken zijn historische feiten met juridische betekenis en bezitten als zodanig gezag als uitspraken van recht. In hoofdstuk 2 kwam de problematiek van het onderscheid tussen uitlegging en toepassing aan de orde. In de daaropvolgende hoofdstukken werd duidelijk dat de rol van de nationale rechter zich in de onderzochte rechtspraak lang niet altijd laat begrijpen als toepasser van Europese normen, maar op verschillende manieren eigen uitlegging laat zien. Dit is in het bijzonder te zien

---

<sup>35</sup> In navolging van de benadering die de *Working group on the Preliminary ruling procedure* van de Europese Vereniging van Raden van State en hoogste bestuursrechters aan de nationale rechter en het Hof van Justitie meegeeft ten aanzien van de *Cilfit*-leer met betrekking tot de verwijzingsplicht. Zie Working Group 2007, p. 19, p. 23.

<sup>36</sup> Zaak 146/73, *Rheinmühlen*, zaak C-210/06, *Cartesio*, zaak C-173/09, *Elchinov*.

in de autonome ontwikkeling van nationale Europeesrechtelijke precedënten. Deze maken duidelijk dat Europeesrechtelijke uitspraken van nationale rechters, naast uitlegging, ook gezag kunnen genieten. De hoofdstukken bieden ondersteuning aan de stelling dat het Hof van Justitie van de Europese Unie feitelijk niet het uitsluitende monopolie bezit op de uitlegging van Europeesrechtelijke normen. In dit verband breng ik de eerder geciteerde woorden van Prechal in herinnering:

*'Although there is no point in advocating that theoretical designs always be adjusted to everyday practice, a system of judicial protection constituted in a way which does not sufficiently take reality into account is nothing more than a castle built in the sky.'*<sup>37</sup>

Tegen deze achtergrond zou ik willen aanbevelen dat de formeel-juridische leer die stelt dat het Hof van Justitie van de Europese Unie op het terrein van de uitlegging van het Europees recht een monopolie bezit, wordt losgelaten. In de vorige paragraaf werd duidelijk dat ik het bijvoorbeeld mede uit oogpunt van subsidiariteit niet langer houdbaar acht dat het Hof van Justitie van de Europese Unie ook formeel het geijkte niveau is voor de uitleg van alle rechtsvragen in het Europees recht. Een deel van het Europees recht leent zich er voor om in de nationale Europeesrechtelijk rechtspraak te worden uitgelegd. De gedeelde rechtsbescherming tussen het Hof van Justitie van de Europese Unie en de nationale rechters dient niet alleen in vorm, maar ook in inhoud gestalte te krijgen. De juridische monopoliepositie van het Hof van Justitie van de Europese Unie zou zich daarom moeten ontwikkelen tot een machtspositie, die zij deelt met de nationale rechters in de Europese Unie.

Een consequentie daarvan is dat er een plek voor nationale Europeesrechtelijke precedënten binnen het stelsel van Europese rechtspleging moet worden gevonden. Dat kan bijvoorbeeld door bepaalde elementen van uitlegging expliciet over te laten aan de nationale rechter. Het Hof van Justitie is terughoudend en zal ongetwijfeld terughoudend blijven in het expliciet verwijzen naar nationale Europeesrechtelijke rechtspraak in zijn arresten en beschikkingen, omdat daarmee impliciet door het Hof van Justitie aansluiting wordt gezocht bij een bepaalde rechtstraditie in een lidstaat en direct de vraag opkomt waarom niet bij de rechtstraditie van andere lidstaten wordt aangesloten. Toch zou dat, zowel theoretisch als praktisch bezien, een enorme mogelijkheid bieden om het belang van nationale Europeesrechtelijke rechtspraak in het Europese stelsel van rechtspleging te vergroten. Wat daarvan ook zij, misschien ligt het op dit punt meer voor de hand dat de advocaten-generaal van het Hof van Justitie de handschoen oppakken door in conclusies stil te staan bij de

<sup>37</sup> Tweede openingscitaat Proloog.

relevante, bekende, nationale Europeesrechtelijke rechtspraak.<sup>38</sup> In dat geval is het Hof van Justitie in ieder geval geïnformeerd over de relevante ontwikkelingen met betrekking tot de Europeesrechtelijke uitleg in de lidstaten van de op de zaak betrekking hebbende onderwerpen, mocht het Hof van Justitie zich nooit laten verleiden om zelfstandig te verwijzen naar bestaande nationale Europeesrechtelijke rechtspraak buiten het geschil om.

Blijft over de vraag of er nog bijzondere, aanvullende correctiemechanismen voor onwelgevallige ontwikkelingen in de nationale Europeesrechtelijke rechtspraak noodzakelijk zijn. In algemene zin denk ik van niet. Er zijn wel twee juridische mogelijkheden waar ik in dit verband op zou willen wijzen, en er is een centraal overkoepelende slotaanbeveling die hieraan raakt.

#### *Conforme interpretatie van nationaal Europeesrechtelijke precedenten*

Als denkbaar correctiemechanisme zou het Hof van Justitie in zijn rechtspraak kunnen anticiperen op het bestaan van nationale Europeesrechtelijke precedenten. Het Hof van Justitie zou bijvoorbeeld de leer van conforme interpretatie van nationaal recht kunnen uitbreiden tot nationale Europeesrechtelijke rechtspraak. Die leer zou dan moeten voldoen aan (1) een acceptatie van de feitelijke ontwikkeling van nationale Europeesrechtelijke precedenten (2) de plicht voor nationale rechters (en in het bijzonder de rechters in laatste instantie) om nationale Europeesrechtelijke precedenten af te zetten tegen de Europeesrechtelijke ontwikkelingen bij het Hof van Justitie dienaangaande. Dit zorgt ervoor dat de precedenten uit de nationale Europeesrechtelijke rechtspraak altijd moeten worden gelezen tegen de achtergrond van de Europeesrechtelijke rechtsontwikkeling, zoals deze zich voordoet bij het Hof van Justitie. Via de weg van de conforme interpretatie kunnen eventuele ongewenste ontwikkelingen op een harmonieuze wijze worden opgelost.

#### *De ontwikkeling van een buitengewoon rechtsmiddel in het belang van het Europees recht*

Een tweede correctiemechanisme dat ik zou willen aandragen heeft iets meer om het lijf, althans qua Verdragsrechtelijke inbedding en opzet. Binnen het stelsel van Europese rechtspleging zou zich een variatie van de in Nederland bestaande rechtsfiguur van cassatie in het belang der wet kunnen ontwikkelen. Via dit buitengewone rechtsmiddel kan in het Nederlandse stelsel van cassatierechtspraak de procureur-generaal van de Hoge Raad op verzoek in het algemeen belang beantwoording van een rechtsvraag aan de Hoge Raad

---

<sup>38</sup> Maar de kanttekening van voetnoot 33 geldt hier eveneens, deze gedachte nodigt uit tot nadere overdenking.

voorleggen (ingevolge artikel 78, eerste lid RO). In het Nederlandse model kan de Hoge Raad een eerdere uitspraak vernietigen als gevolg van cassatie in het belang der wet, maar dat leidt niet tot verandering van de rechtsgevolgen, rechten en positie van partijen. Toegepast op het stelsel van Europese rechtspleging zou een model, een buitengewoon rechtsmiddel, voorstelbaar kunnen zijn waarin de hoofdadvocaat-generaal bij het Hof van Justitie, na een verzoek dit middel aan te wenden, rond een bepaalde rechtsvraag, waarover zich uiteenlopende nationale Europeesrechtelijke rechtspraak ontwikkelt, de mogelijkheid wordt geboden een procedure bij het Hof van Justitie te starten uit hoofde van de Europese rechtseenheid en/of rechtsontwikkeling. Daarmee blijft de rechtsbescherming in concreto op het bord van de nationale rechter en voor zijn verantwoordelijkheid, maar wordt een mogelijkheid geschapen om in het belang van het Europees recht bepaalde onderwerpen van breder belang voor de ontwikkeling van het recht en de nationale rechterlijke toetsing voor te leggen aan het Hof van Justitie.

*Naar een betere informatievoorziening en inbedding van nationale Europeesrechtelijke rechtspraak*

De laatste aanbeveling is misschien wel de wezenlijkste van alle hierboven genoemde. Dit betreft de informatievoorziening van nationale Europeesrechtelijke rechtspraak. Hoe juist waren in retrospectief de woorden van Samkalden in zijn annotatie bij *Van Gend & Loos*: een goede documentatie van nationale Europeesrechtelijke rechtspraak zou de 'kennis van en belangstelling voor het gemeenschapsrecht effectief kunnen bevorderen ten dienste van alle belanghebbenden.'<sup>39</sup> De informatievoorziening met betrekking tot nationale Europeesrechtelijke rechtspraak kan enorm worden verbeterd. Het is, in navolging van Samkalden, inderdaad een triest getuigenis dat dit terrein in het stelsel van Europese rechtspleging in de afgelopen decennia zo stiefmoederlijk behandeld lijkt te zijn. Gezien het belang van nationale Europeesrechtelijke rechtspraak in de praktijk van de rechtspleging in de EU moet dit, wat mij betreft, niet aan commerciële partijen worden overgelaten. Juist in het huidige informatietijdperk bestaan uitstekende mogelijkheden om deze informatie als publieke voorziening beter en structureel te ontsluiten.

Het Hof van Justitie van de Europese Unie zou in dit verband een belangrijke coördinerende taak kunnen vervullen. De website van het Hof kan, ook nu al, met betrekking tot nationale Europeesrechtelijke rechtspraak aanzienlijk worden verbeterd.<sup>40</sup> Natuurlijk speelt hier direct de vraag of nationale

<sup>39</sup> Samkalden 1963, openingscitaat hoofdstuk 1.

<sup>40</sup> Al moet worden gewezen op de driemaal per jaar gepubliceerde "*Reflets*": *Snelle informatie over juridische ontwikkelingen van belang voor de Europese Unie*, samengesteld door de Directie onderzoek en documentatie van het Hof van Justitie van de Europese Unie en de

Europeesrechtelijke rechtspraak dan ook vertaald zouden moeten worden. Dat is een wezenlijke vraag, maar een vervolgvraag. Het in kaart brengen van deze rechtspraak en openbaar beschikbaar maken is een eerste stap. Bijvoorbeeld door te beginnen de prejudiciële verwijzingsbeslissingen te publiceren. In dit verband kan het initiatief van het Nederlandse Ministerie van Buitenlandse Zaken om in een openbare websiteomgeving een samenvatting van nieuwe prejudiciële vragen gepaard met een Nederlandse vertaling van de verwijzingsuitspraak te publiceren, lovenswaardig worden genoemd.<sup>41</sup>

Een openbare database van nationale Europeesrechtelijke rechtspraak waarin de prejudiciële procedure niet is gebruikt, zou van grote aanvullende waarde zijn. Vanuit dit oogpunt is het typerend dat rechtspraak.nl tot op heden geen classificatie maakt van Europeesrechtelijke zaken. Denkbaar is eveneens dat nationale rechters het Hof van Justitie standaard een (digitale) kopie van hun Europeesrechtelijke uitspraken sturen.<sup>42</sup> Hierdoor blijft de nationale Europeesrechtelijke rechtspraak in indirect, informeel contact met het Hof van Justitie. Zou er Uniebreed een openbare database zijn, niet beperkt tot bestuursrechtelijke zaken, dan zou een volgende stap kunnen zijn om (bepaalde) uitspraken te vertalen, in ieder geval in de gangbare linguas franca van de Europese Unie (Engels en Frans). Een samenvatting van uitspraken in het Engels of het Frans, zoals gehanteerd in de database van nationale uitspraken van de Europese Vereniging van Raden van State en hoogste bestuursrechters is in dit verband een goed begin.

Aanpalend hierbij ligt vanzelfsprekend ook een taak voor de doctrine om waar nodig lijnen uit de nationale Europeesrechtelijke rechtspraak te identificeren, op te merken en onder bredere aandacht te brengen. Zo wordt het gemakkelijker te zien wat er gebeurt en hoe juridische elementen veranderen van plaats. Het is misschien niets nieuws, maar het oude komt in nieuw perspectief. Daarom is een nadere inbedding nodig van het onderzoek naar de doorwerking van het Europees recht in een nationale rechterlijke context. In wezen ligt er voldoende stof voor een onderzoeksagenda of breder project rond de doorwerking van het Europees recht. Daar ligt opmerkelijk braakliggend terrein. Dat dit proefschrift mag aanzetten en uitnodigen tot de ontginning van dat terrein!

---

verwijzing naar de database op [www.juradmin.eu](http://www.juradmin.eu), die is opgebouwd door het Hof van Justitie op basis van 'een selectieve analyse van juridische tijdschriften en contacten met tal van nationale rechterlijke instanties' en door de Europese Vereniging van Raden van State en hoogste bestuursrechters middels de interface op [www.juradmin.eu](http://www.juradmin.eu) openbaar beschikbaar is gemaakt.

<sup>41</sup> Te vinden op: [www.minbuza.nl/ecer/nl/hof\\_van\\_justitie/](http://www.minbuza.nl/ecer/nl/hof_van_justitie/).

<sup>42</sup> In zelfde zin Prechal, S.; R.H. van Ooik, J.H. Jans, K.J.M. Mortelmans 2005, p. 49. en 50.