

# Wat doet de Nederlandse rechter met het Europees recht?

‘Wat doet de Nederlandse rechter met Europees recht’ was een wezenlijke vraag voor het onderzoek van Herman van Harten, dat resulteerde in het proefschrift *Autonomie van de nationale rechter in het Europees recht* en vervolgonderzoek naar nationale Europeesrechtelijke rechtspraak.<sup>1</sup> Dit artikel bouwt voort op zijn bijdrage aan de door SSR en de gezamenlijke Kenniscentra van de Rechtspraak georganiseerde themadag ‘Wat doet de Nederlandse rechter met het Europees recht?’<sup>2</sup> van 9 november 2012. Deze bijdrage wordt gevolgd door een reactie van René Barents – “*een erudiete academicus en rechter met wie ik het op onderdelen mee waag oneens te zijn in het proefschrift*”, aldus Van Harten.<sup>3</sup>

1 H.J. van Harten, *Autonomie van de nationale rechter in het Europees recht* (diss. UvA), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011, p. 217. Zie eerder hierover in de rubriek ‘Het proefschrift’, *Trema* 2011, p. 370-372.

2 Een breder opgezette bijdrage is te vinden in de op 9 november 2012 gepresenteerde bundel: H.J. van Harten, ‘Unierecht en de Nederlandse rechter. Over kenmerken van nationale rechterlijke autonomie en europeanisering van de rechtspleging’, in: R. Stijnen, & M. Jurgens, *Toepassing van Europees recht. Wat doet de Nederlandse rechter met het Europees recht?*, Deventer: Kluwer 2012, p. 11-37.

3 Hierna in dit nummer opgenomen als R. Barents, ‘Enkele kanttekeningen bij de autonomie van de nationale rechter in het Unierecht’.



De entree van het Hof van Justitie van de Europese Unie (foto: Hof van Justitie van de Europese Unie)

### Drie vuistregels

Drie simpele vuistregels, vrijblijvende adviezen, voor de nationale rechter bij toepassing van het Europees recht wil ik u graag meegeven.

#### ***Vuistregel 1: vertrouw op uw oordeel en uw autonome rol in het stelsel van Europese rechtspleging***

Er is geen enkele reden, en dat stel ik toch ook na mijn onderzoek naar Nederlandse uitspraken over Europees recht vast, om aan uw Europeesrechtelijke capaciteiten te twijfelen. Europees recht hoeft niet als complexer of exotisch te worden benaderd. Unierecht is *law of the land*, en hoort als zodanig inmiddels bij het normale takenpakket van de rechter die werkzaam is op ons grondgebied. Een indruk die trouwens ook al naar voren kwam in de congresbundel *European ambitions of the national judiciary* midden jaren negentig.<sup>4</sup>

#### ***Vuistregel 2: deel uw kennis***

Voor goede, rechtvaardige rechtspraak is permanente kwaliteit natuurlijk een kernwaarde. Daarbij moet u zeker niet afhankelijk zijn van procespartijen en hun *legal intelligence*. De ontwikkelingen in bepaalde delen van het Unierecht gaan op dit moment wel zó snel, in het bijzonder op het terrein van het financieel-economisch recht en de ruimte voor vrijheid veiligheid en recht (dus ook strafrecht, privaatrecht), dat de rechter met open vizier en een Europese attitude een alert gevoel voor context nodig heeft die van belang is voor de mogelijke rechts-

problemen waar hij of zij mee te maken kan krijgen. Gelukkig bestaan daarvoor de nodige middelen: het vernieuwde *Porta Iuris*, Eur-infra en de Kenniscentra van de Rechtspraak. De nieuwe gerechtelijke kaart biedt in dit opzicht meer ruimte voor specialisatie, en de eerste initiatieven zijn genomen. Toch leert de ervaring dat Europees recht ook uit de meest onverwachte hoeken blijft opduiken,<sup>5</sup> dus bewustzijn bij iedere rechter is daarom onontbeerlijk. Of zoals een Schotse sheriff het mij toevertrouwde: *"It's a jungle out there and you have to see the tiger in the jungle!"*

#### ***Vuistregel 3: spreek u uit: motiveringscultuur***

Vanuit mijn beperkte overzicht en indruk van Europeesrechtelijke onderdelen van Nederlandse uitspraken komt toch wel naar voren dat de motiveringscultuur tot voller wasdom zou kunnen komen. Nederlandse rechters lijken meesters in het camoufleren of kaarten op handen houden. In onderzochte Europese vrijverkeeruitspraken blijven elementen in de toetsingssystematiek impliciet: er wordt bijvoorbeeld geen keuze gemaakt tussen de toepasselijkheid van het vrijedienstenverkeer en/of vestigingsvrijheid, de interstatelijke dimensie wordt niet benoemd of in de uitspraak wordt niet duidelijk of een vrijverkeerbelemmerende maatregel een indirect discriminerende effect zou kunnen hebben, terwijl die beoordeling gevolgen kan hebben voor de mogelijkheden tot rechtvaardiging van een maatregel uit oogpunt van publiek belang.<sup>6</sup> In

4 R.H.M. Jansen, A.C. Koster, & R.F.B. van Zutphen (red.), *European ambitions of the national judiciary*, Deventer: Kluwer Law International 1997.

5 Vgl. S. Prechal, et al., *'Europeanisation' of the law. Consequences for the Dutch judiciary*, Den Haag: Raad voor de rechtspraak 2005, p. 19.

6 Zie Van Harten, a.w. (2011), hfdst. 3.

dat opzicht laat de rechter in het Verenigd Koninkrijk zich bijvoorbeeld veel explicieter uit over bepaalde elementen van Europees-rechtelijke rechtsontwikkeling,<sup>7</sup> maar dat is natuurlijk nauw verbonden met nationale rechterlijke cultuur, die overigens in het Verdrag van Lissabon wordt beschermd. Art. 67 lid 1 VWEU spreekt niet voor niets: *“De Unie is een ruimte van vrijheid, veiligheid en recht, waarin de grondrechten en de verschillende rechtsstelsels en -tradities van de lidstaten worden geëerbiedigd.”*

### Een paradox in kaart

Wat *doet* de Nederlandse rechter met het Europees recht, is een andere vraag dan wat de Nederlandse rechter met het Europees recht *moet*. Toch staat, vooral in de Europeesrechtelijke doctrine, die laatste benadering, wat de rechter moet, veel vaker centraal dan de eerste. Wetenschappelijke belangstelling is in het algemeen sterk geconcentreerd op de rechtsontwikkeling bij het Hof van Justitie in Luxemburg, zonder de doorwerkingspraktijk van Unierecht in de lidstatelijke rechtspleging in ogenschouw te nemen.

Zo is bijvoorbeeld van maar bar weinig prejudiciële beslissingen van het Hof van Justitie de einduitspraak van de nationale rechter breed bekend. Toch wordt daarin uiteindelijk het geschil beslecht. In dat kader spreek ik daarom liever over het prejudicieel verwijzingsrecht, dan over enkel de prejudiciële procedure sec als samenwerkingsvehikel tussen het Hof van Justitie en nationale rechters. Aan al dan niet verwijzen gaat een wereld vooraf bij de nationale rechter. En in gevallen waarin de rechter prejudiciële verwijst – mijn indruk is dat dat als zodanig eigenlijk uitzonderlijk is in de Nederlandse Europeesrechtelijke rechtspraak – en het Hof van Justitie tot een beschikking of arrest is gekomen, volgt nog altijd de eindbeslissing van de nationale rechter, waarbij het in de praktijk lang niet altijd op pure toepassing neerkomt, maar de rechter in praktijk ook vaak nog een vertaalslag moet maken voor de daadwerkelijke beslechting van het geschil en einduitspraak.<sup>8</sup> Het prejudicieel verwijzingsrecht komt neer op een rechterlijke samenwerking: sommige rechtsproblemen vragen om verwijzing, andere kan de rechter zelf wel af. Niet alle zaken kunnen en hoeven naar Luxemburg, maar zonder prejudiciële verwijzingen, geen prejudiciële beslissingen – hier past wellicht een zekere *common sense*-benadering.<sup>9</sup> Feit is dat in de Europeesrechtelijke literatuur de aandacht zich concen-

## Een studieboek Europees recht bevat in de regel nauwelijks uitspraken van nationale rechters, alsof ze niet bestaan.

treert op een beperkt deel van het spectrum, de wereld bij het Hof van Justitie. Een studieboek Europees recht bevat bijvoorbeeld in de regel nauwelijks uitspraken van nationale rechters, alsof ze niet bestaan.

In een reactie op mijn proefschrift schreef voormalig rechter in het Hof van Justitie C.W.A. Timmermans dat ik ‘terra incognita’ van het Europees recht had onderzocht. Dat is eigenlijk een erg paradoxaal gegeven, want voor heel veel van de rechtzoekenden in de Unie is de rechtspleging in de lidstaten ‘gewoon’ het niveau waar het allemaal

gebeurt. De mensen, bedrijven en organisaties in de Europese Unie zijn in verreweg de meeste gevallen aangewezen op een gang naar de rechter in de EU-lidstaten. Dat feitelijke gegeven vormt klip-en-klaar bewijs voor het bestaan van een geïntegreerde Europese rechtsorde. Opmerkelijk genoeg zijn vrij fundamentele samenhangende vragen nog steeds betrekkelijk onontgonnen. Laat ik een markant voorbeeld geven. Eigenlijk weten we nog steeds niet, na meer dan vijftig jaar rechtsontwikkeling, wat de waarde is van Europeesrechtelijke uitspraken door rechters in de lidstaten voor de ontwikkeling van het Europees recht.

Tegelijkertijd ‘doet’ in wezen iedere Nederlandse rechter aan Europees recht vanaf 2013. Het werd verschillende keren aangekondigd in de nieuwsbrief van de Rechtspraak: het landelijk jurisprudentienummer (LJN) wordt, vrijwillig, vervangen door een uniforme Europese identificatiecode voor rechterlijke uitspraken, de European Case Law Identifier (ECLI). Dit op basis van Europese *soft law*: raadsconclusies van 29 april 2011.<sup>10</sup> Feitelijk krijgt daarmee iedere rechterlijke uitspraak in Nederland een Europees tintje, en wordt uiteindelijk ook traceerbaar in een gekoppeld databestand van nationale uitspraken op het Europese e-justitieportaal.<sup>11</sup> Doelstelling van de Europese Commissie is om dit portaal te *“ontwikkelen tot een alomvattende website op het vlak van justitie in de EU”* zo leert de openingpagina de bezoeker direct. Dat soort haast ‘sluipende ontwikkelingen’ zijn zeker van belang voor de Kenniscentra van de Rechtspraak en SSR om te blijven monitoren, omdat ze impact hebben op het dagelijkse werk van de rechtspraak en de rechterlijke omgeving kleuren.<sup>12</sup> Het is daarom van belang dat ook de nationale rechtspleging, actief een vinger aan de pols houdt bij de ontwikkeling van het Europees justitiebeleid – sinds het Verdrag van Lissabon zonder meer een volwaardig onderdeel van Europese integratie – en de ambitieuze, beleidsmatige plannen van in het

7 Zie voor een karakteristiek voorbeeld High Court of Justice, Queen’s Bench Division – Administrative Court per Mr. Justice Burton, 11 juli 2012, *Eventech Ltd. (Addison Lee) vs the Parking adjudicator* [2012] EWHC 1903 (Admin).

8 Zie Van Harten, *a.w.* (2011), hfdst. 4.

9 Een benadering die ook wordt voorgestaan in het *Report of the working on the preliminary ruling procedure* van de Europese Vereniging van Raden van State en Hoogste bestuursrechters, *Newsletter* 2008, nr. 20 ([www.juradmin.eu](http://www.juradmin.eu)). Zie eveneens: H.G. Sevenster, ‘Good old Ciflit. Pleidooi voor een “make-over”’, in: T. Baumé, et al., *Today’s multilayered legal order. Current issues and perspectives* (Liber Amicorum Arjen W.H. Meij), Zutphen: Uitgeverij Paris 2011, p. 297-305.

10 Raadsconclusies waarin de invoering wordt aanbevolen van een Europese identificatiecode voor jurisprudentie (ECLI), en van een minimaal aantal uniforme meta-gegevens betreffende jurisprudentie (2011/C-127/01).

11 Zie <https://e-justice.europa.eu>.

12 Zie in dit verband de bredere zorgen die in vergelijkbaar verband eerder werden geuit door D. Reiling, ‘Informatietechnologie in de rechtspraak in Europa. Opinies, praktijk en innovatie’, *Trema* 2012, p. 202-207.

bijzonder Eurocommissaris Reding op dit terrein.<sup>13</sup>

Hoe is die paradox tot stand gekomen? In 2013 is het vijftig jaar na de zaak Van Gend & Loos, waarin het Hof van Justitie de directe werking en de eigen Europese rechtsorde proclameerde, boeiend opnieuw geannoteerd door R. Barents in de bundel *Het recht van de Europese Unie in 50 klassieke arresten*.<sup>14</sup> In een van de eerste Nederlandse annotaties bij dit arrest in 1963 wees Samkalden nota bene al op het belang van nationale uitspraken over Europees recht, maar hij wees er ook op dat een initiatief om dit soort uitspraken in kaart te laten brengen in een Europees publiek register strandde in de Europese begrotingsonderhandelingen bij de Raad van Ministers. Hij schreef:

*“De thans gevallen beslissing is namelijk voor artikel 31 reeds genomen door de Italiaanse Raad van State [...] Deze beslissing en het late tijdstip waarop zij ter kennis van belangstellende juristen in de Gemeenschap komt, demonstreert hoezeer er behoefte bestaat aan een documentatie van gemeenschapswege van nationale rechterlijke en administratieve beslissingen, die voor de toepassing van het gemeenschapsrecht van onmiddellijk belang zijn. Het initiatief tot een dergelijke documentatie is in de kring van de Gemeenschap reeds geruime tijd geleden genomen. Naar verluidt heeft de Raad van Ministers een desbetreffende post op de ontwerp-begroting van de Europese Commissie geschrapt. Als dit gerucht waarheid bevat, is het een triest getuigenis van gebrek aan inzicht in de wijze waarop men kennis van en belangstelling voor het gemeenschapsrecht effectief zou kunnen bevorderen ten dienste van alle belanghebbenden.”<sup>15</sup>*

Het heeft vijf decennia geduurd, maar misschien kan op termijn het Europese e-justitieportaal toch een dergelijke functie gaan vervullen. Had een dergelijk publiek register bestaan, dan zou het goed kunnen zijn dat de verhouding tussen Europese rechtspraak bij het Hof van Justitie en bij nationale rechters of de doctrinevorming erover zich heel anders had ontwikkeld. Overigens heeft het Hof van Justitie zelf wel door de jaren heen een eigen databestand bijgehouden, dat deels op de site van de Europese vereniging van Raden van State en Hoogste bestuursrechters is te raadplegen.<sup>16</sup>

## Eigenlijk weten we na meer dan vijftig jaar rechtsontwikkeling nog steeds niet wat de waarde is van Europees-rechtelijke uitspraken van nationale rechters voor de ontwikkeling van het Europees recht.

Feit is dat al geruime tijd de nationale rechters in de Europese Unie de bulk van het Europeesrechtelijke rechterswerk verrichten.<sup>17</sup> En in die praktijk, die dagelijkse realiteit, beslissen de rechters in de lidstaten steeds, in meer of mindere mate, zelfstandig over de toepassing en uitleg van het Europees recht in het concrete geval.

### **Van mechaniek naar verkenning van een nieuw perspectief**

Het onderwerp voor mijn proefschrift-onderzoek begon met een vrij simpele vraag: wat gebeurt er met het Europees recht bij de nationale rechter? Bij aanvang van mijn onderzoek benaderde ik nationale rechtspraak vanuit een sterk top-downperspectief: is de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Unie wel goed opgevolgd? Gedurende het jurisprudentie-onderzoek, bij lezing van uitspraak na uitspraak, bleek dat de Nederlandse rechter

over het algemeen niet eens zo onbegrijpelijke uitspraken deed en verschoof de aandacht geleidelijk van het materiële terrein van het Europese vrijverkeerrecht naar een verkenning van de zelfstandige praktijktaak en rol van de nationale rechter in het stelsel van Europese rechtspleging. Uiteindelijk kwam het perspectief van autonomie van de nationale rechter in het Europees recht in mijn onderzoek centraal te staan.

Hoe kwam het nu dat ik begon met zo'n mechanische visie? Ik heb gezocht naar een verklaring. Duidelijk is dat we het in wezen generaties studenten in eerste instantie aanleren: in het Europees recht legt het Hof van Justitie het recht uit, de nationale rechter past toe. Al het Unierecht heeft voorrang op al het nationale recht. In de regel leren we in Nederland aan dat het Hof van Justitie het monopolie, 'de zeggenschap over de Europese rechtsregels' bezit. Bij twijfel moet zeker de rechter in laatste aanleg geconfronteerd met een rechtsvraag van Europees recht op grond van art. 267 VWEU prejudicieel verwijzen, en de Nederlandse rechters hebben daaraan overigens actief bijgedragen in de afgelopen decennia.<sup>18</sup> De aller-eerste prejudiciële verwijzing ooit, in de zaak De Geus/Bosch, werd overigens aangebracht door het hof 's-Gravenhage en, zo gaat de anekdote, met champagne ontvangen op de Kirchberg in Luxemburg.<sup>19</sup>

13 In de bijdrage aan de bundel van Stijnen, & Jurgens, *a.w.*, ga ik uitvoeriger op deze ontwikkelingen in vanaf p. 26 tot 36. Zie eveneens H.J. van Harten, 'Who's afraid of a true European judicial culture?', *Review of European Administrative Law* 2012, p. 131-152.

14 R. Barents, 'Van Gend & Loos en Costa/ENEL', in: T.W.B. Beukers, H.J. van Harten, & S. Prechal, *Het recht van de Europese Unie in 50 klassieke arresten*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010, p. 22-28.

15 I. Samkalden, 'Annotatie bij zaak 26/62, Van Gend & Loos', *SEW* 1963, p. 111-112.

16 Zie [www.juradmin.eu/en/jurisprudence/jurisprudence\\_en.lasso](http://www.juradmin.eu/en/jurisprudence/jurisprudence_en.lasso).

17 Vgl. al A.M. Donner, 'Les rapports entre la compétence de la Cour de justice des Communautés européennes et les tribunaux internes', *Recueil des Cours (Académie de droit international)* 1965, p. 1-61, aldaar p. 22-24. Zie Prechal, *a.w.*, p. 8.

18 Zie in dit verband de openbare gerechtelijke statistieken van het Hof van Justitie, te vinden op [http://curia.europa.eu/jcms/Jo2\\_7032/](http://curia.europa.eu/jcms/Jo2_7032/).

19 Zaak 13/61 (De Geus/Bosch). Zie A.P. Komninos, *EC private antitrust enforcement. Decentralised application of EC competition by national Courts*, Oxford: Hart Publishing 2008, p. xiii.

Toch blijft de Europese rechtswereld buiten het Hof van Justitie (te) gemakshalve vaak buiten beschouwing. Doet dat beeld wel recht aan de rechtswerkelijkheid in de Europese Unie? Vraag is: doen we daarmee wel recht aan Europees recht? Of provocerender gesteld: valt Europees recht eigenlijk wel te begrijpen zonder de doorwerkingsrealiteit in de nationaalrechtelijke context in ogenschouw te nemen, naast de rechtspraak van het Hof van Justitie? In die doorwerkingsrealiteit blijkt de werkelijke receptie van het Unierecht en hoe bepaalde 'grote leerstukken' van Unierecht handen en voeten krijgen. Hoe bepaalde lijnen uit de rechtspraak van het Hof van Justitie worden opgevolgd via het citeren van essentiële rechtsoverwegingen uit arresten of andere lijnen impliciet worden afgewezen. Een voorbeeld: terwijl het Hof van Justitie 'vrij snel' op het risico van indirecte discriminatie wijst in zijn rechtspraak, wordt dat concept, bleek uit mijn onderzoek, veel minder snel aangenomen in de Nederlandse context.

Ook blijkt in de nationale Europeesrechtelijke praktijk dat het onderscheid tussen uitlegging en toepassing van Europees recht, waar overigens niet de minste Europeesrechtjuristen eerder zichtbaar mee hebben geworsteld,<sup>20</sup> een juridische fictie is. Waar het Hof van Justitie zich niet altijd beperkt tot uitlegging, beperkt de taak van de nationale rechter zich in de praktijk lang niet altijd tot rechtstoepassing, zelfs niet in de gevallen waarin een prejudiciële verwijzing onderdeel was van de procedure.

Wat wil een wetenschapper? De wereld beter begrijpen en inzichtelijk maken, grip krijgen op de werkelijkheid. Wat wil een juridisch wetenschapper? Toch ook begrijpen hoe het recht functioneert in de praktijk en wat daarvan de consequenties zijn voor de theoretische uitgangspunten of een theoretisch kader ontwikkelen wat zijn weg kan vinden naar de praktijk. Mijn onderzoek is van het eerste type. Mijn doel was om aan de hand van een verkenning van de uitspraken-

## In de nationale Europeesrechtelijke praktijk blijkt dat het onderscheid tussen uitlegging en toepassing van Europees recht een juridische fictie is.

praktijk kenmerken van nationale rechterlijke autonomie in het Europees recht in kaart te brengen en te duiden tegen de achtergrond van het stelsel van Europese rechtspleging. Daarbij gebruik ik het begrip 'autonomie' in de eerste en belangrijkste plaats functioneel van aard, als feitelijk gegeven.

### Wat voor autonomie van de nationale rechter in het Europees recht?

Het begrip 'autonomie' is een van de kernwaarden in de recent vastgestelde rechtscodex in Nederland. Daarin wordt het vooral gedefinieerd als interne onafhankelijkheid, bewegingsruimte binnen de organisatie:

*"Autonomie van de rechter geeft hem enerzijds de noodzakelijke vrijheid in zijn rechterlijk functioneren en maakt hem daarvoor anderzijds ten volle verantwoordelijk."*<sup>21</sup>

Waar komt de autonome rol van de nationale rechter in het Unierecht op neer? Die vrijheid en verantwoordelijkheid gaat ook hier op. In essentie gaat het om de feitelijke rechterlijke vrijheid van de nationale rechter om in zijn oordeel de Europeesrechtelijke verplichtingen en verwachtingen te operationaliseren. De buitengrenzen van deze nationale rechterlijke autonomie laten zich volgens mij betrekkelijk eenvoudig samenvatten. In de eerste plaats blijft een nationale rechter steeds functioneren in een nationaalrechtelijke context. In de tweede plaats bezit de rechter 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 van art. 4 lid 3 VEU, 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. Ten opzichte van het nationale recht, maar ook ten opzichte van zijn Europeesrechtelijke opdracht.

In mijn boek identificeer ik een heel stel kenmerken van deze autonomie: een aantal daarvan vloeit niet zozeer uit het Europees recht voort en is eerder onderdeel van de taak van de rechter in het algemeen. Toch zijn ze volgens mij wel typerend om de autonomie van de nationale rechter in het stelsel van Europese rechtspleging in de praktijk te begrijpen. Zo is de rechter het eerste aanspreekpunt, de geschilbeslechter (gaat in de praktijk voor op de voorrang van het Unierecht), de baas van het proces (zolang partijen niet schikken), de

20 Zie in dit verband vooral A.M. Donner, 'Uitlegging en toepassing', in: *Miscellanea W.J. Ganshof van der Meersch*, Brussel: Bruylant 1972, p. 103-126, aldaar p. 107: "Het is echter belangwekkend om te zien, hoe de nationale rechter er blijkbaar nooit in slaagt het Hof naar de zin te maken in de redactie van zijn vragen en de onderscheiding tussen uitlegging en toepassing zo te maken, als het Hof haar wenst te verstaan." Op p. 115: "Uit het voorgaande kan zijn gebleken, dat van dit tweetal de uitlegging het dominerend begrip is; toepassing is de term, waarmede alles wordt aangeduid, wat niet uitlegging is." En in conclusie: "(...) de begrippen uitlegging en toepassing [zullen] wel nimmer een vaste, permanente inhoud krijgen. Het zal telkens weer van de omstandigheden van het individuele geval afhangen – en van de wijze waarop de nationale rechter zijn verzoek inkleedt – hoe zich die twee tot elkaar verhouden." Verder bijvoorbeeld: P.J.G. Kapteyn/P. VerLoren van Themaat, & R. Barents (bew.), *Het recht van de Europese Unie en van de Europese Gemeenschappen*, Deventer: Kluwer 2003, p. 398; G. Davies, 'Abstractness and concreteness in the preliminary reference procedure. Implications for the division of powers and effective market regulation', in: N.N. Shuibne (ed.), *Regulating the internal market*, Cheltenham: Edward Elgar 2006, p. 210-244, aldaar p. 215.

21 NVvR-rechtscodex 2.2 'Autonomie'. Beschikbaar op [www.nvvr.org/download/1459-nvvr-rechtscodex.pdf](http://www.nvvr.org/download/1459-nvvr-rechtscodex.pdf).

feitenrechter en de bewijsbeoordelaar (zonder Europese harmonisatie verloopt alles via het beginsel van nationale procedurele autonomie), de selecteur (als het Hof van Justitie zwabbert, welke lijn moet de nationale rechter wel volgen?), de acceptant en de afwijzer (prejudiciële verwijzingsplicht met *common sense*), de toepasser (van algemene leerstukken, precedenten van het Hof van Justitie), de uitlegger (verfijning of verdere inkleuring van rechtspraak van het Hof van Justitie), de vraagsteller (autonomie met betrekking tot het formuleren van prejudiciële vragen), de eindbeslissers (de nationale rechter bezit overwegend het laatste woord over het geschil), de gezagdrager (betekenisvolle uitspraken), de constitutionalist (het vermogen om nationale maatregelen buiten toepassing te verklaren wegens strijd met het Unierecht) en de signalist (een stortvloed aan nationale zaken is een signaal aan de nationale en/of Europese wetgever, zoals in het geval van grensoverschrijdende gezondheidszorg). U kunt dat nader toegelicht terugvinden in de slotbeschouwing van het proefschrift.<sup>22</sup> Gezien de focus van de bijdrage van Barents sta ik bij één specifiek element stil.

### Nationale Europeesrechtelijke precedenten?

In het onderzoek ontdekte ik een opvallende, zeer interessante praktijkontwikkeling, die als zodanig nog maar weinig aandacht heeft gekregen in de literatuur. Rechtspraakpraktijk waarin het niet het Hof van Justitie was die uitleg gaf aan Europees recht, maar de Nederlandse rechter. En deze uitspraken werden gevolgd in de beslechting van nieuwe geschillen. Hier ontwikkelden zich 'nationale Europeesrechtelijke precedenten': een autonome interpretatie van Europees recht die een precedentwerking heeft voor toekomstige zaken in een bepaald rechtsgebied.

Kort gezegd verfijnt in dit soort gevallen de Nederlandse rechter het Europees recht of geeft nadere inkleuring aan rechtspraak van het Hof van Justitie. Een beeldend voorbeeld is te geven uit de rechtspraak over grensoverschrijdende medische dienstverlening. Op een gegeven moment kwam in de prejudiciële rechtspraak bij het Hof van Justitie het onderscheid tussen intramurale en extramurale medische behandelingen: belemmeringen op intramurale behandelingen konden makkelijker worden gerechtvaardigd door een lidstaat. Maar wat is het verschil? Terwijl er hierover in Nederland heel wat zaken zich voordeden, gaf de Centrale Raad van Beroep een nadere inkleuring: intramuraal is een behandeling waarbij naar internationale medische normen ten minste één overnachting in een ziekenhuis medisch gebruikelijk wordt geacht.<sup>23</sup> Hier neemt de Centrale Raad van Beroep zelf de verantwoordelijkheid. En kreeg de Nederlandse Europeesrechtelijke

## De motiveringscultuur zou tot voller wasdom kunnen komen. Nederlandse rechters lijken meesters in het camoufleren of kaarten op handen houden.

telijke uitspraak het karakter van een rechtsbron voor de beslechting van nieuwe geschillen: een bron van gezagvolle uitleg van Europeesrechtelijke normen. In mijn proefschrift vindt u meer voorbeelden,<sup>24</sup> maar deze praktijkontwikkeling beperkt zich niet alleen tot rechtspraak over de vestigingsvrijheid en/of het vrijedienstenverkeer. In de bundel<sup>25</sup> gepresenteerd op 9 november 2012 valt bijvoorbeeld in de bijdrage van Verbeek de aanvullende rol van de rechtspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State op voor het operationaliseren van rechtspraak van het Hof van Justitie op het terrein van het natuurbeschermingsrecht.<sup>26</sup> Steeds functioneert de Nederlandse rechter

hier als uitlegger, door de rechtspraak van het Hof van Justitie te verfijnen, zonder daarbij altijd prejudicieel te verwijzen. Het is rechterlijke samenwerking, dit houdt het systeem werkbaar. Van Eijken heeft een vergelijkbare rechtsontwikkeling in de Nederlandse rechtspraak inzichtelijk gemaakt met betrekking tot de doorwerking van de spraakmakende Unieburgerschapsjurisprudentie in de zaken Ruiz Zambrano en Dereci met betrekking tot de reikwijdte van art. 20 VWEU.<sup>27</sup> Daarin is de rechtspraak van het Hof van Justitie richtinggevend, maar de variaties in feiten en omstandigheden doen zich het eerst voor in de nationale context. Dan dient de rechter als eerste te beslissen en geeft nadere uitleg aan het recht, die vervolgens kan worden opgevolgd in nieuwe geschillen waarin het Europees recht opkomt.

Deze praktijkontwikkeling heeft betekenis en consequenties. Vanuit de theorie van autonomie van het Unierecht en een volstrekt autonome rechtsorde is deze praktijk van nationale Europeesrechtelijke precedenten theoretisch problematisch en zijn, zoals ook in de bijdrage van Barents zichtbaar wordt, diverse bezwaren mogelijk. Maar, provocerend, is het dan een probleem van de theorie of een probleem van de rechterlijke praktijk? Ik denk toch echt het eerste. We moeten wat met deze realiteit in het stelsel van Europese rechtspleging, maar ik geef toe dat ook dit een mooie puzzel is en blijft.

Het simpele antwoord is: in alle gevallen heeft het Hof van Justitie het uitlegmonopolie, in weerwil van welke nationale rechterlijke praktijk ten aanzien van Unierecht dan ook. Toch is dat onbevredigend in het licht van nationale Europeesrechtelijke praktijk. In mijn proefschrift verdedig ik dan ook de

22 Zie Van Harten, *a.w.* (2011), p. 209-219.

23 CRvB 18 juni 2004, LJN AP4794.

24 Zie Van Harten, *a.w.* (2011), hfdst. 5.

25 Zie voetnoot 2.

26 Zie J. Verbeek, 'Met het doel voor ogen', in: Stijnen, & Jurgens, *a.w.*, p. 95-111.

27 HvJ EU 8 maart 2011, zaak C-34/09 (Gerardo Ruiz Zambrano/Office national de l'emploi (ONEm)) en HvJ EU 15 november 2011, zaak C-256/11 (Murat Dereci e.a./Bundesministerium für Inneres), n.n.g. Zie H. van Eijken, 'Ruiz Zambrano the aftermath. De impact van art. 20 VWEU op de Nederlandse rechtspraak', *Nederlands Tijdschrift voor Europees Recht* 2012, p. 41-48.

stelling dat het monopolie van het Hof van Justitie door het geïntegreerde karakter van het Unierecht in de nationale rechtsplegingscontext en de betekenisvolle rol van de nationale Europeesrechtelijke rechtspraak gedeeltelijk wordt doorbroken en dat dit monopolie zich in feite tot een machtspositie heeft ontwikkeld, waarin op punten de uitspraken van nationale rechters over Europeesrechtelijke normen concurreren met die van het Hof van Justitie. Dit overigens zonder afbreuk te willen doen aan de monopoliepositie van het Hof van Justitie met betrekking tot prejudiciële geldigheidsvragen.

De autonomie van het Unierecht kan daarom het beste worden begrepen als een feitelijk gedeelde autonomie. Ik sluit mij dan ook aan bij de benadering van de Europese rechtsorde als een geïntegreerde, gedeelde rechtsorde met een gedeeld gezag.<sup>28</sup> Op het moment dat nationale actoren hun Europeesrechtelijke functie vervullen, gaat daar ook gezag van uit voor de Europese rechtsorde: met het gedeelde recht bestaat er een vorm van gedeeld gezag.

Natuurlijk is een uitspraak van het Hof van Justitie in beginsel van betekenis voor de hele Europese Unie. En een uitspraak van een nationale rechter over het Europees recht is primair van betekenis voor de lidstatelijke context waarbinnen de oordelende rechter opereert. Daarbij zal nationale Europeesrechtelijke rechtspraak van hogere rechters in de regel meer gezag genieten dan de rechtspraak van een lagere rechter, maar dat is geen onwrikbaar uitgangspunt: een niet-ontvankelijkverklaring van een cassatieberoep via art. 80a RO of een verkorte afdoening van een cassatieberoep via art. 81 RO door de Hoge Raad bezit zeker niet automatisch eenzelfde zeggingskracht als een (uitvoerig) gemotiveerd arrest van een gerechtshof. Dit is van belang in het kader van het project innoverende hoven en de veranderende rol van de Nederlandse gerechtshoven in de nabije toekomst. Ten slotte kan een uitspraak uit de eerste aanleg in sommige gevallen juist ook gezagvol zijn.

Begrijpelijk is dat een Nederlandse Europeesrechtelijke uitspraak misschien minder snel kan worden getransplanteerd naar een andere lidstaat van de Europese Unie dan een uitspraak van het Hof van Justitie. Maar dat kan ook gelden voor een prejudiciële beslissing van het Hof van Justitie die te

Een vorm van  
formeel gezag of  
acceptatie van het  
bestaan van  
nationale  
Europees-  
rechtelijke  
precedenten in de  
rechtspraak van  
het Hof van  
Justitie zou de  
druk van het  
stelsel van pre-  
judiciële verwijzingen  
kunnen afdalen.

zeer is toegesneden op de specifieke situatie van het geval en het nationaalrechtelijke kader waarin de uitleg moet worden geëffectueerd. Dit soort precedentes bestaan en ontwikkelen zich in de nationale Europeesrechtelijke rechtspraak. Beter zicht op deze doorwerkingsrealiteit kan waardevol inzicht verschaffen voor verdere ontwikkeling van het Unierecht in de 21ste eeuw. Een vorm van formeel gezag of acceptatie van het bestaan van dit soort nationale Europeesrechtelijke precedentes in de rechtspraak van het Hof van Justitie zou eventueel de druk van het stelsel van prejudiciële verwijzingen kunnen afdalen.

### Unierecht als gesloten systeem of open einde?

Over dit onderwerp is nog lang niet het laatste woord gezegd en blijft debat mogelijk. Voor deze bijdrage heb ik mij flink moeten beperken en naar goed Nederlands gebruik houd ik kaarten op handen. Is de rol van de nationale rechter enkel die van toepasser van Europese normen? Moeten

zijn uitspraken, ook die van de hoogste rechtscollèges, geen enkel gezag wat betreft Unierecht worden toegedicht? Heeft alleen het Hof van Justitie het vermogen bij te dragen aan de Europese rechtsorde? Ik heb daar mijn twijfels over. In de rechtspraktijk van de lidstaten genieten nationale Europeesrechtelijke uitspraken in elk geval feitelijk wel gezag en ook zijn er in toenemende mate voorbeelden te vinden waarbij rechters naar Europeesrechtelijke uitspraken uit andere lidstaten verwijzen voor de beslissing van hun zaak. Dat kan niet zonder betekenis blijven. Natuurlijk heeft het Hof van Justitie een onmiskenbare invloed en machtspositie wat betreft de uitleg van het Unierecht. En zoals Barents in zijn bijdrage opmerkt, is fragmentatie van het Unierecht, althans te veel fragmentatie, inderdaad een risico voor de rechtseenheid binnen de Europese Unie. Tegelijkertijd is duidelijk, en dat bleek ook tijdens het congres op 9 november 2012, dat de Nederlandse rechter in de praktijk op alle terreinen van de kenniscentra eindbeslissingen aflevert waarin Europees recht een rol van betekenis speelt, of het nu gaat om het natuurbeschermingsrecht, het economisch strafrecht, het financieel en economisch recht of het verzekeringsrecht. Terwijl deze rechtsgebieden zich volop in ontwikkeling en beweging bevinden. In die beslissingen wordt het Unierecht meegewogen en meegenomen als geldend recht of als toetssteen om een nationale maatstaf in te kleuren. Rechtsontwikkeling met precedentwaarde maar snel vergeten lijkt me nimmer een oplossing. Net als ander gewoon geldend recht, blijft Europees recht discussie, blijft het laveren, rechtspreken, knopen doorhakken en concrete problemen oplossen. Een systeem van rechtspraak is functioneel en geen doctrinair doel op zich: het maakt samen leven mogelijk, ook in de Europese Unie.

28 In vergelijkbare zin bijv. J.H. Jans, S. Prechal, & R.J.G.M. Widdershoven, *Inleiding tot het Europees bestuursrecht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2011, p. 4 en W.T. Eijsbouts, et al., *Europees recht. Algemeen deel*, Groningen: Europa Law Publishing 2012, hfdst. 11. Zie in dit verband ook L.F.M. Besselink, *Een samengestelde Europese constitutie*, Groningen: Europa Law Publishing 2007, die spreekt over een 'samengestelde rechtsorde'.