

Zoekt en gij zult (rechts)vinden

Over gedeeld gezag in de Europese rechtsorde

Herman van Harten*

- * Mr.dr. H.J. van Harten is als universitair docent economisch publiekrecht verbonden aan het Europa Instituut van de Universiteit Utrecht.
- 1 Europees recht wordt in deze bijdrage als synoniem voor het recht van de Europese Unie gebruikt.
 - 2 Reeds A.M. Donner, 'Les rapports entre la compétence de la Cour de justice des Communautés européennes et les tribunaux internes', in: *Recueil des Cours (Académie de droit international)* 115, 1965, p. 1-61 op p. 22-24. Zie S. Prechal, R.H. van Ooik, J.H. Jans & K.J.M. Mortelmans, 'Europeanisation' of the law: consequences for the Dutch judiciary, Den Haag: Raad voor de Rechtspraak 2005, p. 8.
 - 3 Herman van Harten, *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 vrije dienstenverkeer* (diss. Amsterdam UvA), Den Haag: BJu 2011. Dit artikel bouwt voort op specifieke delen van het op 1 juli 2011 verdedigde proefschrift.
 - 4 Beginnend bij zaak 294/83, *Les Verts*, *Jur.* 1986, 1339. Zie hierover de annotatie van W.T. Eijssbouts in: T.W.B. Beukers, H.J. van Harten & S. Prechal, *Het recht van de Europese Unie in 50 klassieke arresten*, Den Haag: BJu 2010, p. 166-171.

1 Inleiding

Is het eigenlijk wel juist dat generaties studenten wordt aangeleerd dat het monopolie op de uitleg van het Europees recht steevast bij het Hof van Justitie ligt? Bijvoorbeeld gezien tegen de achtergrond van de grote praktijkrol van nationale rechters voor de effectuering van Europees recht.¹ Europeesrechtelijke rechtsbescherming berust in hoge mate bij de rechters in de lidstaten van de Europese Unie (hierna: EU). Burgers en ondernemingen die een geschil aan de rechter willen voorleggen waarin Europees recht een rol speelt, zijn praktisch altijd aangewezen op de 'gewone' rechter, een rechtsgang naar het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: Hof van Justitie) is zeer uitzonderlijk. Door de verwevenheid van het Europees recht met de rechtsstelsels van de EU-lidstaten en de ontwikkeling van het stelsel van Europese rechtspleging kan ervan uitgegaan worden dat de nationale rechter de bulk van het Europeesrechtelijke rechterswerk verricht in de dagelijkse rechtspraktijk van de EU-lidstaten.² In die dagelijkse praktijk moet de rechter beslissen, knopen doorhakken, zaken beslechten, kortom: rechtspreken. Maar wat is zijn taak, zijn gezag in het stelsel van Europese rechtspleging? Wat is zijn verhouding ten opzichte van het Hof van Justitie? Staat de nationale rechter in 'hiërarchische' relatie tot het Hof van Justitie? Heeft het Hof van Justitie daadwerkelijk het laatste woord op iedere Europeesrechtelijke rechtsvraag? En wat is eigenlijk de betekenis en het gezag van nationale Europeesrechtelijke rechtspraak: uitspraken van nationale rechters over Europees recht?

Met het thema *Zoeken naar hiërarchie* boort de redactie een reuze interessante, welhaast 'eeuwige rechtsvraag' aan: een van verhoudingen en balans, afweging en ruimte, *ars aequi et boni* en, bij de rechter, de daarmee samenhangende vraag: welke rechter heeft gelijk, wie heeft nu het laatste woord? Geen jurist kan er niet nieuwsgierig naar zijn.

Met het thema *Zoeken naar hiërarchie* boort de redactie een welhaast 'eeuwige rechtsvraag' aan: een van verhoudingen en balans, afweging en ruimte, *ars aequi et boni* en, bij de rechter, de daarmee samenhangende vraag: welke rechter heeft gelijk, wie heeft nu het laatste woord?

Vereerd was ik dan ook met de uitnodiging van de redactie om in het verlengde van mijn proefschrift *Autonomie van de nationale rechter in het Europees recht* binnen het bredere thema van Bijzonder Nummer 2012 aandacht te besteden aan de rol van de nationale rechter in het Europees recht en de verhouding tussen nationale rechters en het Hof van Justitie.³

Wat wil ik doen in deze bijdrage? Vergelijkbaar met rechterlijke instanties die in de gang der tijd van geschil naar geschil met elkaar in gesprek zijn, is een proefschrift in wezen een gesprek met eerdere auteurs. Dat gesprek

wil ik het navolgende gaande houden. In de eerste plaats sta ik kort stil bij de verhouding tussen nationale rechter en het Hof van Justitie (par. 2). Daarna ga ik in op de vraag wie er nu eigenlijk feitelijk het laatste woord heeft over Europese normen (par. 3). Ik vervolg met een zoektocht naar gedeeld rechterlijk gezag in de Europese rechtsorde (par. 4). Die zoektocht is nog niet afgelopen. Daarom sluit de bijdrage af met open einde: verder zoeken, verder vinden (par. 5).

2 Nationale rechter en Hof van Justitie in het Europees recht: wie doet wat?

Rechtsvinding van het Europees recht behoort inmiddels toch wel tot het ‘gewone’ takenpakket van rechters binnen de Europese Unie (hierna: EU). Naar vaste jurisprudentie van het Hof van Justitie hebben de Verdragen een ‘volledig stelsel van rechtsmiddelen en procedures in het leven geroepen’,⁴ dat een ‘noodzakelijke samenhang’ kent.⁵ Sinds de oprichting van de Europese Gemeenschap voor Kolen en Staal, de initiële voorganger van de EU, bestaat er een taakverdeling tussen het Hof van Justitie en de nationale rechter,⁶ maar wie doet wat?⁷

Volgens artikel 19 VEU heeft het Hof van Justitie de taak ‘de eerbiediging van het recht bij de uitlegging en toepassing van de Verdragen [te] verzekeren’; daarbij blijft de rol van nationale rechters impliciet. Toch is een burger of een onderneming met een geschil waarbij Europees recht een rol speelt vrijwel altijd aangewezen op een gang naar een nationale rechter. Rechters van de EU-lidstaten hebben voornamelijk via de ontwikkeling van de drie ‘grote’ doorwerkingsleerstukken van het Europees recht – vooral directe werking en conforme interpretatie en, als sluitstuk, staatsaansprakelijkheid van lidstaten wegens schending van het Europees recht – een Europeesrechtelijke taak gekregen.⁸ Deze leerstukken, net als het voorrangsbeginsel van Europees recht op nationaal recht, zijn ontwikkeld via de band van de prejudiciële procedure (het huidige art. 267 VWEU).

Kort gezegd houdt deze procedure in dat op (vrijwel alle) terreinen van het Europees recht iedere nationale rechterlijke instantie het Hof van Justitie kan – en onder omstandigheden zou moeten – verzoeken bij wijze van ‘prejudiciële beslissing’ te oordelen over de uitleg van het Europees recht en de geldigheid van secundair Europees recht ‘indien zij een beslissing op dit punt noodzakelijk acht voor het wijzen van haar vonnis’.

De prejudiciële procedure komt pas werkelijk tot leven bij de beslissing van de nationale rechter om een zaak voor te leggen aan het Hof van Justitie.⁹ De procedure is het enige formeel-juridische communicatiekanaal voor de dialoog tussen het Hof van Justitie en de nationale rechter. Verder is er geen expliciete rol voor de nationale rechter in de EU-Verdragen neergelegd¹⁰ en moet zijn belangrijke rol tot op heden impliciet in de Verdragen worden gelezen: in het beginsel van loyale samenwerking.¹¹

Reeds in de jaren zestig van de vorige eeuw kenschetste het Hof van Justitie zijn verhouding met de nationale rechter in deze procedure in de zaak *Schwarze* als een

‘ingestelde rechterlijke samenwerking waarbij de nationale rechter en het Hof van Justitie – elk volgens hun eigen competentie – geroepen zijn om rechtstreeks en wederzijds bij te dragen tot het vinden van een beslissing waardoor de uniforme toepassing van het gemeenschapsrecht in alle lidstaten wordt gewaarborgd.’¹²

Is er dan hiërarchie in die ‘rechterlijke samenwerking’; die zou er toch moeten zijn?

Maar is er dan hiërarchie in die ‘rechterlijke samenwerking’; die zou er toch moeten zijn? Tijdens mijn proefschriftonderzoek heb ik veel gehad aan een stuk dat A.M. Donner begin jaren zeventig van de vorige eeuw publiceerde, getiteld: ‘Uitlegging en toepassing’.¹³ De toenmalige Nederlandse rechter van het Hof van Justitie bespreekt in deze bijdrage de moeizame verhouding tussen uitlegging en toepassing van Europees recht, waarover zo dadelijk meer. Eerst is interessant hoe Donner de verhouding tussen nationale rechter en Hof van Justitie onder woorden brengt:

‘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. De gemeenschappen vormen nu eenmaal nog geen federatie, waarin de federale rechter staat boven zijn nationale collega en diens uitspraken zou kunnen herzien of controleren. De gemeenschappen kennen alleen een verhouding van nevenschikking van gemeenschaps- en nationale rechter, waarbij ieder de rechtsmacht van de ander heeft te eerbiedigen en waarbij door samenwerking moet worden getracht de problemen, waar beide bij zijn betrokken, op te lossen.’¹⁴

In navolging van het arrest *Schwarze* en Donner is de relatie tussen het Hof van Justitie en de nationale rechter dus geen hiërarchische, maar een verhouding van nevenschikking en samenwerking. Dat die benadering ook in 2012 nog opgaat, kan worden geillus-

- 5 Vgl. bijvoorbeeld zaak 112/83, *Société des produits de maïs*, Jur. 1985, 719, zaak 314/85, *Foto-Frost*, Jur. 1987, 4199, zaak C-321/95 P, *Greenpeace*, Jur. 1998, I-1651 en zaak C-50/00 P, *UPA*, Jur. 2002, I-6677, zaak C-zaak C-550/09, *E en F*, Jur. 2010, I-06209.
- 6 In art. 41 EGKS-Verdrag was reeds een vorm van prejudiciële samenwerking voorzien ten aanzien van geldigheidsvragen betreffende EGKS-handelingen. Daarover M. Broberg, N. Fenger, *Preliminary References to the European Court of Justice*, Oxford: Oxford University Press 2010, p. 2 en 8; R. Barents, *Procedures en procesvoering voor het Hof van Justitie en het Gerecht van Eerste aanleg van de EG* (3e druk), Deventer: Kluwer 2005, p. 273.
- 7 Ook Prechal gebruikte eens deze vraag als vertrekpunt voor een analyse van de taakverdeling tussen Hof van Justitie en nationale rechter: ‘Administration of Justice in the EU – who should do what?’, in: *La Cour de justice des Communautés européennes 1952-2002: Bilan et perspectives, Actes de la conférence organisée dans le cadre du cinquantième anniversaire de la Cour de justice*, Bruylant: Bruxelles 2004, p. 63-85.
- 8 Zie hierover onder meer W.T. Eijssbouts, J.H. Jans, L.A.A.J. Senden & A. Prechal, *Europees recht – Algemeen Deel. Sinds het Verdrag van Lissabon*, Groningen: Europa Law Publishing 2010, hoofdstuk 7.
- 9 Het verhaal gaat, uit monde van getuigen, dat de allereerste prejudiciële verwijzing van een nationale rechter naar het Hof van Justitie onder het toenmalige art. 177 EEG-Verdrag destijds dan ook op waardige wijze werd gevierd met champagne in het Groothertogdom Luxemburg. Vgl. A.P. Kominons, *EC Private Antitrust Enforcement. Decentralised Application of EC Competition by National Courts*, Oxford: Hart Publishing 2008, p. xiii. Dit betrof de zaak 13/61, *De Geus / Bosch* na prejudiciële verwijzing door het Gerechtshof’s-Gravenhage.

10 Daarbij moet als kanttekening worden gewezen op art. 19, eerste lid, tweede alinea VEU, waarin, sinds het Verdrag van Lissabon, de lidstatelijke plicht om een stelsel van effectieve rechtsbescherming te verzekeren is gecodificeerd: 'De lidstaten voorzien in de nodige rechtsmiddelen om daadwerkelijke rechtsbescherming op de onder het recht van de Unie vallende gebieden te verzekeren.'

11 Neergelegd in art. 4, lid 3 VEU. Volgens het standaardarrest in zaak 106/77, *Simmenthal II*, *Jur.* 1978, 629 is naar oordeel van het Hof van Justitie 'elke in het kader van zijn bevoegdheid aangezochte nationale rechter verplicht het gemeenschapsrecht integraal toe te passen' (r.o. 21). Met als ultieme consequentie dat hij 'verplicht is zorg te dragen voor de volle werking dezer normen, daarbij zo nodig, op eigen gezag, elke strijdige bepaling van de – zelfs latere – nationale wetgeving buiten toepassing latende' (r.o. 24).

12 Zaak 16/65, *Schwarze*, *Jur.* 1965, 1104.

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

14 Donner 1972, p. 114-115.

15 C.W.A. Timmermans, 'Voorrang van het Unierecht door multilevel rechterlijke samenwerking', *SEW* 2012-2, p. 50.

16 Vgl. A.W.H. Meij, *Kringen van coherentie. Over eenheid van rechtspraak in de context van globalisering* (oratie Utrecht), Utrecht: G.J. Wiarda Instituut 2009, p. 13.

17 Via een prejudiciële geldigheidsvraag kan de nationale rechter verzoeken aan het Hof van Justitie een oordeel te geven over de geldigheid van een handeling van een instelling, orgaan of instantie van de EU als deze geldigheid wordt betwist in het geschil dat bij de nationale rechter speelt. Op basis van art. 267 VWEU bezit het Hof van Justitie de bevoegdheid een dergelijke EU-handeling ongeldig te verklaren. Zie daarover bijvoorbeeld de annotatie van Lauwaars bij het arrest in zaak 314/85, *Foto-Frost*, *Jur.* 1987, 4199 in Beukers,

treerd door een recent artikel van oud-rechter in het Hof van Justitie Timmermans waarin hij opmerkt:

'Het is ongetwijfeld juist dat het Hof van Justitie van de EU niet in een hiërarchische relatie staat tot de hoogste gerechten van de lidstaten.'¹⁵

Tegelijkertijd gaat, en dat levert een wat paradoxale indruk op, het Hof van Justitie krachtens het voorrangsbeginsel van Europees recht de facto wél uit van een soort van hiërarchische verhouding tussen de Europese en nationale rechtsorde:¹⁶ bij een kruispunt, of botsing, moet voorrang worden verleend aan het Europees recht.

Goed, als we ervan uitgaan dat de nationale rechters niet in hiërarchische relatie staan tot het Hof van Justitie: wat is het verschil in taak en wie heeft dan het laatste woord? Wat betreft de beoordeling van de geldigheid van secundair Europees recht via prejudiciële geldigheidsvragen¹⁷ bestaat er mijns inziens voldoende duidelijkheid: hier treedt het Hof van Justitie op als constitutionele rechter van de Europese Unie en is het aannemelijk om mede daarom de geldigheidsbeoordeling enkel aan het Hof van Justitie toe te vertrouwen. Met betrekking tot prejudiciële uitlegvragen ligt een en ander genuanceerder. Strikt genomen valt het in deze variant van de prejudiciële procedure onder de bevoegdheid van het Hof van Justitie om het Europees recht uit te leggen; de nationale rechter moet het Europees recht toepassen.¹⁸ Daarin lijkt te moeten worden gelezen dat de nationale rechter naar oordeel van het Hof van Justitie in beginsel geen taak heeft wat de interpretatie van het Europees recht betreft. Die suggestie wordt versterkt door de verwijzingsplicht die is opgenomen in de basisbepaling betreffende de prejudiciële procedure.¹⁹ Als gevolg van het onderscheid tussen uitlegging en toepassing past het Hof van Justitie het Europees recht in deze procedure formeel niet toe, maar geeft in prejudiciële interpretatiezaken enkel uitleg over het Europees recht.²⁰ De vaststelling van de overeenstemming van een nationale maatregel met het Europees recht wordt overgelaten aan het oordeel van de nationale rechter die de uitleg van het Hof van Justitie op het concrete geval moet toepassen.²¹

Deze verdeling suggereert dat de taak van de nationale rechter in het Europees recht zich schijnbaar beperkt tot een *bouche de la loi* – een loutere rechtstoepasser. Dat roept verschillende vragen op. Beperkt de taak van de nationale rechter zich in de praktijk tot rechtstoepassing? Of neemt de nationale rech-

ter ook een taak in het interpreteren van het Europees recht? Het raakt aan de vraag van wie het laatste woord heeft over dit recht.

In mijn proefschrift stel ik dat deze leer, dit onderscheid tussen uitlegging en toepassing van Europees recht een juridische fictie schept.²² Het onderscheid tussen interpretatie en toepassing van recht is vaag en staat op gespannen voet met de feitelijke werkelijkheid van de rechtspleging in de Europese Unie.²³ Duidelijk is in ieder geval dat dit wankel onderscheid generaties Europeesrechtjuristen hoofdbrekens heeft opgeleverd. Laat ik dat illustreren met twee citaten. Donner signaleerde in 1972 een jurisprudentiële ontwikkeling in de richting van een uitlegging voor het concrete geval om eenheid in toepassing te bereiken. Maar hij maakte tegelijkertijd duidelijk dat het werkelijke probleem is

'dat men uitlegging en toepassing wel van elkaar kan onderscheiden, maar dat men ze niet kan scheiden. Ze horen bij elkaar. De rechter, die de wet op een bepaalde rechtsvraag of geval toepast, beweegt zich in een aanhoudend proces van uitlegging en toepassing beide.'²⁴

In mijn proefschrift stel ik dat deze leer, dit onderscheid tussen uitlegging en toepassing van Europees recht een juridische fictie schept

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

'De strikte scheiding tussen interpretatie enerzijds en toepassing in concreto van communautair recht anderzijds levert uiteraard in de praktijk de nodige moeilijkheden op. Het denkproces dat tot een rechterlijke uitspraak leidt, laat zich niet gemakkelijk scheiden in twee zelfstandige delen: het interpreteren van algemene regels en vervolgens het toepassen van de aldus geïnterpreteerde regels op de vastgestelde feiten. De door de rechter gegeven interpretatie wordt mede bepaald vanuit de feiten. Bestudeert men de verschillende beslissingen die door het Hof ingevolge artikel 234 [EG-verdrag; nu artikel 267 VWEU] zijn gegeven, dan ziet men duidelijk dat het Hof zich bij zijn interpretatie van het communautaire recht door de casuspositie heeft laten inspireren en zich er op toelegt een "uitlegging voor het concrete geval" te geven.'²⁵

Daarnaast: ook het Hof van Justitie draagt bij aan de relativering van het onderscheid tussen uitlegging en toepassing. In de door het Hof van Justitie samengestelde, weliswaar niet bindende maar gezaghebbende, handleiding voor nationale rechters met betrekking tot de prejudiciële procedure, de *Informatienota voor de indiening van prejudiciële verzoeken door de nationale rechters* wordt op diverse plaatsen over de 'uitlegging'

door nationale rechters gesproken.²⁶ Ondanks het feit dat het Hof in dit instructiedocument ruimte voor uitleg door de nationale rechter geeft, blijft het Hof van Justitie in zijn jurisprudentie strikt genomen vasthouden aan de formele leer van de taakverdeling tussen Hof en nationale rechter.²⁷ Opvallend is overigens dat in de preambule van het Handvest voor de grondrechten van de Europese Unie, juridisch bindend sinds het Verdrag van Lissabon, de nationale rechterlijke instanties wel een taak met betrekking tot de uitlegging van het Handvest wordt gegeven:

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

Wat daar ook van zij, het is de vraag of een strikt onderscheid tussen uitlegging en toepassing (nog) wel realistisch is. Daarbij past de kanttekening dat we ons moeten realiseren dat in het merendeel van de rechtszaken in de EU waarin een Europeesrechtelijke component schuilgaat, de nationale rechter zelf het geschil beslist.

Waar het Hof van Justitie zich niet beperkt tot uitlegging, beperkt de taak van de nationale rechter zich in de praktijk lang niet altijd tot rechtstoepassing

Inherent aan het rechtspreken is de aanpassing aan de omstandigheden van het dossier en het daaraan verbonden rechterlijke maatwerk. Daarmee komt de rechter veelal feitelijk tot een rechtsuitleg voor het concrete geval. Anders gezegd, waar het Hof van Justitie zich niet 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. Omdat – formeel – ook daarin alleen de nationale rechter zich uitspreekt over de rechtmatigheid van een nationale regel.²⁸ In mijn proefschrift verdedig ik dan ook de stelling dat er hooguit in gevallen van toepassing van vaste rechtspraak of in gevallen waarin de rechtsvraag een *acte clair* betreft,²⁹ er geen sprake zal zijn van rechterlijke uitlegging door de nationale rechter.³⁰ In andere gevallen vindt in ieder geval een vorm van uitlegging plaats. We zouden daarmee kunnen stellen dat zowel uitlegging en toepassing van

Europees recht in principe dus beide thuis kunnen horen bij de nationale rechter als Europeesrechtelijke rechtsbeschermer. Het Hof van Justitie deelt deze taak tot uitleg van het Europees recht tot op zekere hoogte, en in ieder geval feitelijk, met de nationale rechters en in het bijzonder de hoogste gerechten van de EU-lidstaten. Maar wie heeft er dan werkelijk het laatste woord?

3 Welke rechter heeft het laatste woord?

De vraag welke rechter uiteindelijk het laatste woord heeft in het Europees recht hangt samen met het perspectief dat men inneemt ten aanzien van de zeggenschap over de uitleg van Europese normen. De opzet van de prejudiciële procedure en de onder omstandigheden bestaande verwijzingsplicht voor rechters rechtsprekend in laatste instantie, verleide Meij in zijn Utrechtse oratie tot de opmerking dat het opvalt:

'dat in dit systeem de bedreiging van de rechtseenheid wordt vooropgesteld en dat daarom bij voorbaat een monopolie op de beantwoording van iedere Europese rechtsvraag aan het Hof is toegekend.'³¹

Timmermans tornt in zijn recente *Rheinhöhlen*-annotatie overigens niet aan dit formele monopolie, hij schrijft:

'Wanneer het immers om de uitleg van Unierecht gaat, heeft de hogere (hoogste) rechter niet het laatste woord. Dit komt bij uitsluiting toe aan de Unierechter.'³²

Klip en klaar: in deze visie ligt hoe dan ook het laatste woord bij het Hof van Justitie. Deze laatste benadering is te begrijpen tegen de achtergrond van de in de klassieke arresten *Van Gend & Loos* en *Costa/ENEL* ontwikkelde autonome rechtsorde en de autonomie van het Europees recht.³³ Daaruit vloeit het postulaat van de eenheid van het Europees recht voort. Of zoals Barents aanneemt als hypothese voor zijn *De communautaire rechtsorde. Over de autonomie van het gemeenschapsrecht*:

'Het gemeenschapsrecht vormt een stelsel van ondeelbaar of eenvormig (= communautair) recht dat uit eigen hoofde bepaalt wat zijn werkingssfeer is (zakelijke, personele, geografische en temporele werkingssfeer), wat de rechtsgevolgen zijn voor situaties die onder de werkingssfeer vallen (toepassing, geldigheid en uitlegging) en wat de verhouding is tussen dit recht en andere rechtsstelsels, in het bijzonder het nationale recht.'³⁴

De eenheid van recht houdt in dat het Europees recht, in theorie, ondeelbaar in karakter is: rechtsgevolgen horen als zodanig niet te verschillen door het enkele feit dat het in een bepaalde lidstaat wordt toegepast en uitge-

Van Harten & Prechal 2010, p. 183-186.

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

19 Een rechter die in laatste nationale instantie opereert en in een zaak te maken heeft met een vraag van uitleg van Europees recht die noodzakelijk is voor het wijzen van zijn vonnis 'is [...] gehouden zich tot het Hof te wenden' (art. 267 VWEU, derde alinea).

20 In inbreukacties tegen lidstaten ex art. 258 VWEU legt het Hof van Justitie zowel het recht uit en past het toe op de betwiste wettelijke regeling of het feitelijk optreden van een lidstaat.

21 Vgl. Broberg, Fenger 2010, p. 156, en Jacobs 1999, op p. 176: 'the Court's approach to that distinction is pragmatic; it is not characterised by excessive formalism. Frequently, for example, a national court asks the Court whether a particular rule of

national law is compatible with community law, a question which the Court cannot answer as such, but which it will normally reformulate as a question of interpretation of Community law.'

22 Van Harten 2011, p. 42.

23 Vgl. Davies 2006, p. 215: 'It remains far from obvious what this formula means, and what difference between interpretation and application actually is.'

24 Donner 1972, p. 117.

25 P.J.G. Kapteyn, p. Ver-Loren van Themaat, *Het recht van de Europese Unie en van de Europese Gemeenschappen*, Deventer: Kluwer 2003, p. 398. In de Engelse editie van Kapteyn e.a. 2008 blijft deze benadering bij Kapteyn dezelfde, zie Kapteyn e.a. 2008, p. 485.

26 *PbEU* 2011/C 160/01, zie bijvoorbeeld overweging 1: 'De prejudiciële verwijzing is een basismechanisme in het recht van de Europese Unie, dat de nationale rechters de mogelijkheid biedt dit recht in alle lidstaten uniform uit te leggen en toe te passen.' (cursivering HvH). Zie ook overwegingen 13, 22, 23, 32 van deze Informatienota.

27 Zie bijvoorbeeld zaak C-220/06, *Asociación Profesional de Empresas de Reparto y Manipulado de Correspondencia*, *Jur.* 2007, I-12175 en zaak C-162/06, *International Mail Spain*, *Jur.* 2007, I-9911.

28 De Verdragsinbreukprocedure tegen een lidstaat op basis van de art. 258-260 VWEU daargelaten.

29 Een van de uitzonderingen op de onder omstandigheden bestaande prejudiciële verwijzingsplicht ex art. 267 VWEU, derde alinea. Zie zaak 283/81, *Cilfit*, r.o. 16-20, waarvan de kern in r.o. 16 staat verwoord: 'De juiste toepassing van het gemeenschapsrecht kan zo evident zijn, dat redelijkerwijze geen twijfel kan bestaan omtrent de wijze waarop de gestelde vraag moet worden opgelost.'

30 Van Harten 2011, p. 45.

31 Meij 2009, p. 18.

32 C.W.A. Timmermans, 'Annotatie bij het arrest Rheinmühlen', in: Beukers, Van Harten & Prechal 2010, p. 78-82 op p. 80.

33 Zaak 26/62, *Van Gend*

legd.³⁵ Het laat echter onverlet dat objecten en subjecten op gedifferentieerde wijze aan regels kunnen zijn onderworpen.³⁶ Daarom hoeven de rechtseenheid en de eenvormige uitlegging en toepassing niet gelijk te worden gesteld met uniformiteit. Divergentie en differentiatie moeten worden geaccepteerd en zijn soms geboden om recht te doen aan het samenstel van de bestaande maatschappelijke, economische, politieke en juridische verscheidenheid én werkelijkheid in de Europese Unie.³⁷ Ruimte voor de juridische verscheidenheid is in het Verdrag van Lissabon vastgelegd in de algemene bepalingen met betrekking tot de ruimte van vrijheid, veiligheid en recht. In artikel 67, lid 1 VWEU valt te lezen:

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

Divergentie en differentiatie moeten worden geaccepteerd en zijn soms geboden om recht te doen aan het samenstel van de bestaande maatschappelijke, economische, politieke en juridische verscheidenheid én werkelijkheid in de Europese Unie

Zowel Barents als Prechal gaat bij de ruimte voor differentiatie in de werkingssfeer van het recht echter wel uit van de benadering dat deze differentiatie in de woorden van Barents 'uit het gemeenschapsrecht voortvloeit en niet eenzijdig bepaald wordt door nationale rechtsordes'.³⁸ Of in andere bewoordingen door Prechal gesteld:

'er is ruimte voor differentiatie, maar waar het om gaat is dat de kaders waarbinnen differentiatie mogelijk is en de zeggenschap over de rechtsregels die hierop van toepassing zijn, bij de EG en haar instellingen ligt.'³⁹

In mijn proefschrift schrijf ik dat Timmermans in wezen eenzelfde benadering volgt, wanneer hij schrijft dat bij de uitleg van het Unierecht, de Unierechter uitsluitend het laatste woord heeft.⁴⁰ Maar ligt het werkelijk zo eenvoudig? De positie van deze auteurs roept in ieder geval de vraag op wat onder het monopolie, 'de zeggenschap over de rechtsregels', van het Hof van Justitie moet worden verstaan. Is dit een monopolie in abstracto of in concreto?

Mij lijkt het in ieder geval moeilijk houdbaar om een monopolie in concreto aan te nemen: de zeggenschap over de Europeesrechtelijke rechtsregels is in de werkelijkheid van het concrete geval niet een monopolie voor de EU en haar formele instellingen. Door het belang van de nationale rechter in het stelsel van Europese rechtspleging en zijn rol in de rechtsbescherming van Europees recht in concreto kan zijn positie niet als 'zonder zeggenschap' of als een gezagloze toepasser worden afgedaan. Zijn Europeesrechtelijke uitspraken hebben ten minste feitelijke invloed op de Europese rechtsorde en betekenis voor de rechtsbescherming, rechtseenheid en rechtsontwikkeling van het Europees recht. Daarbij: lang niet alle zaken met een Europeesrechtelijke dimensie, en gelukkig maar, belanden bij het Hof van Justitie. Het Hof van Justitie deelt in concreto het gezag over het Europees recht met de nationale rechter, wanneer deze laatste een Europeesrechtelijke uitspraak doet. De jurisprudentie van het Hof van Justitie heeft daarmee niet altijd het laatste woord. Uitlegging en toepassing van het Europees recht is in concreto een gedeelde bevoegdheid en een gedeelde verantwoordelijkheid.⁴¹ Timmermans lijkt het daarmee tot zekere hoogte eens te zijn. In 2012 schrijft hij dat het Hof van Justitie prejudiciële verzoeken beantwoordt:

'maar de verwijzende rechter heeft het laatste woord over de toepassing van het ontvangen antwoord.'⁴²

De zeggenschap over de Europeesrechtelijke rechtsregels is in de werkelijkheid van het concrete geval niet een monopolie voor de EU en haar formele instellingen

En in abstracto dan? Bezit het Hof van Justitie het monopolie van het laatste woord in abstracto? Formeel-juridisch is dat, gezien zijn Verdragsrechtelijke status van artikel 19 lid 1 VEU, een zeer verklaarbare en verdedigbare positie. Het Hof van Justitie is daar dé verzekeraar van de eerbiediging van het recht bij de uitlegging en toepassing van de Verdragen, ook al lijkt er met het Verdrag van Lissabon via de band van artikel 19 lid 2 VEU verdragsrechtelijke ruimte te zijn geschapen voor de nationale rechtspleging als effectieve rechtsbescherming van het Unierecht en heeft

de jurisprudentie van het Hof van Justitie zélf de nationale rechter als Europeesrechtelijke rechtsbeschermer en verzekeraar in de afgelopen decennia in het zadel geholpen. Toch is ook een dergelijke opvatting ten aanzien van een uitsluitend monopolie van het Hof van Justitie ten aanzien van de uitlegging van Europees recht mijns inziens niet onverdeelde overtuigend en bevredigend. Dat het laatste woord over wat nu de juiste uitleg van het Europees recht is zich in abstracto steeds uitsluitend bij het Hof van Justitie zou bevinden, staat op gespannen voet met de verhouding van nevenschikking tussen het Hof van Justitie en de nationale rechter waarin zij beiden naast elkaar staan, zoals door Donner aangenomen in het hierboven geciteerde citaat.

Daarnaast komt nog het volgende. Een rechter spreekt zich, en dit gaat ook op voor het Hof van Justitie in de prejudiciële beslissingen, zelden louter in abstracto uit, maar is altijd gebonden aan het concrete geval. Met andere woorden: het monopolie van het laatste woord in abstracto moet altijd vertaald worden naar het concrete geval. Soms laat het Hof van Justitie kennelijk bewust het laatste woord aan de nationale rechter (te denken valt aan evenredigheidsbeoordelingen, feitelijk onderzoek naar het bestaan van bijvoorbeeld indirecte discriminatie). Soms is de uitleg van het Europees recht in de nationale Europeesrechtelijke rechtspraak feitelijk verfijnd of misschien zelfs beter ontwikkeld dan in de jurisprudentie van het Hof van Justitie. In veel Europeesrechtelijke gedingen, de prejudiciële verwijzing is namelijk uitzonderlijk, hebben nationale rechters feitelijk het laatste woord.

Tegen die achtergrond verdedig ik in mijn proefschrift de stelling dat de monopoliepositie in abstracto door de invloed en rol van nationale Europeesrechtelijke rechtspraak gedeeltelijk wordt doorbroken en dat dit monopolie zich in feite tot een machtspositie heeft ontwikkeld, waarin op punten de uitspraken van nationale rechters over Europeesrechtelijke normen concurreren met die van het Hof van Justitie.⁴³ Misschien sluit deze nuancing van het monopolie formeel-juridisch nog niet aan bij het huidige Verdragsrechtelijke kader, maar dit doet recht aan de feiten, de grondstoffen van het recht.

Dit brengt ons tot de vraag naar de verhouding tussen de Europese en nationale rechtsorden. Wat mij betreft hoeft daartussen als zodanig geen stringent onderscheid te worden gemaakt. Zoiets zou wellicht uit oogpunt van theoretische helderheid en systeem

wenselijk zijn, maar doet geen recht aan de veelvormigheid van de feitelijke werkelijkheid.⁴⁴

In het licht van het bovenstaande is het wellicht geen verrassing dat de verhouding tussen het Europees recht en het nationale recht in mijn optiek het beste kan worden gezien als een geïntegreerde of gedeelde Europese rechtsorde met een gedeeld gezag.⁴⁵ Europees recht en nationaal recht zijn zo nauw met elkaar verbonden dat ze een gedeeld geheel vormen. De Europese rechtsorde wordt door de instellingen van de Unie gedeeld met de lidstaten en hun organen. Daarvoor biedt het arrest *Costa/ENEL* al een grondslag: het Hof van Justitie positioneert daarin de autonome rechtsorde als een rechtsorde die 'deel uitmaakt van de rechtsordes der lidstaten.' Op het moment dat nationale actoren hun Europeesrechtelijke functie vervullen, gaat daar ook in meer of mindere mate een gezag vanuit voor de Europese rechtsorde: met het gedeelde recht bestaat er een vorm van gedeeld gezag. Deze benadering heeft ook consequenties voor de betekenis van nationale Europeesrechtelijke rechtspraak in het stelsel van Europese rechtspleging. Deze heeft ten minste in concreto, en op punten misschien ook wel in abstracto, een gezag binnen de autonomie van het Europees recht: we belanden aan bij onze volgende zoektocht en gespreksplaats.

Op het moment dat nationale actoren hun Europeesrechtelijke functie vervullen, gaat daar ook in meer of mindere mate een gezag vanuit voor de Europese rechtsorde: met het gedeelde recht bestaat er een vorm van gedeeld gezag

4 Zoeken naar gedeeld gezag

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. Het veronderstelt betekenis wanneer een nationale rechter uitspraak doet over Europeesrechtelijke normen: zijn uitspraak heeft een eigen zeggingskracht, een vorm van gezag.

& Loos, *Jur.* 1962, 3 en zaak 6/64, *Costa/ENEL*, *Jur.* 1964, 1141 Zie de annotatie van R. Barents bij deze arresten in: Beukers, Van Harten, Prechal 2010, p. 22-28.

- 34 R. Barents, *De communautaire rechtsorde. Over de autonomie van het gemeenschapsrecht*, Deventer: Kluwer 2000, p. 11.
- 35 Barents 2000, p. 243, 246-247.
- 36 Vgl. W. van Gerven, 'Of rights, remedies and procedures', *CMLR* 37, 2000, p. 501-536 op p. 505, p. 521-522.
- 37 Vgl. S. Prechal, *Juridisch cement voor de Europese Unie* (oratie Utrecht), Groningen: Europa Law Publishing 2006, p. 14.
- 38 Barents 2000, p. 243. En op p. 247: 'Theoretisch gezien is evenwel belangrijker dat de volle werking van het gemeenschapsrecht alleen uit dit recht zelf kan voortvloeien, anders gezegd, dat er sprake is van een vormige grondslag voor de volle werking. Dit laatste houdt in dat de zakelijke, personele, geografische en temporele werkingssfeer van het gemeenschapsrecht zijn grondslag niet kan vinden in de nationale rechtsordes en evenmin daardoor direct of indirect kan worden geconditioneerd'.
- 39 Prechal 2006, p. 14.
- 40 Van Harten 2011, p. 49.
- 41 Vgl. L. Parret, 'En wat met de rechtsbescherming? Het Verdrag van Lissabon en de communautaire rechter', in: R.H. van Ooik & R.A. Wessel, *De Europese Unie na het Verdrag van Lissabon*, Deventer: Kluwer 2009, p. 49-58, op p. 49.
- 42 Timmermans 2012, p. 50.
- 43 Van Harten 2011, p. 50.
- 44 Vgl. in dezelfde zin de kritiek van Koopmans op de rechtstheorie van Kelsen ten aanzien van rechtsbronnen: 'It has the advantage of great clarity and simplicity, but its fatal flaw is that it is so far removed from the actual life of the law that it can neither offer an explanation of what happens, nor a guideline for how to act'. Zie T. Koopmans, 'Sources of Law: the New Pluralism', in: *Festschrift til Ole Due*, Copenhagen: G.E.C. Gads Forlag 1994, p. 190-205 op p. 193.

45 Daarmee sluit ik mij in de kern aan bij R.J.G.M. Widdershoven, 'Naar een bestuurs(proces)rechtelijk *Ius Commune* in Europa', in: E. Steyger e.a. (red.), *Europees recht en het Nederlandse bestuursrecht*, Alphen aan den Rijn: Samson H.D. Tjeenk Willink 1996, p. 100; J.H. Jans, S. Prechal & R.J.G.M. Widdershoven, *Inleiding tot het Europees bestuursrecht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2011, p. 4 en in het bijzonder Eijsbouts e.a. 2010. Eijsbouts e.a. spreken in dit verband over gedeeld gezag in een gedeelde rechtsorde. Zie Eijsbouts e.a. 2010, hoofdstuk 10. Zie in dit verband ook L.F.M. Besselink, *Een samengestelde Europese Constitutie* (oratie Utrecht), Groningen: Europa Law Publishing 2007, die spreekt over een 'samengestelde rechtsorde'.

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

47 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.

48 Vgl. bijvoorbeeld K.J.M. Mortelmans in Kapteyn e.a. 2008, p. 577.

49 Eijsbouts e.a. 2010, p. 382 merken in dit verband bovendien terecht op: 'Gedeeld gezag is geen wondermiddel. Voor de betrokken instanties is het delen van gezag niet altijd gemakkelijk en ook voor de doctrine is het problematisch' (p. 365).

50 Zie I. Samkalden, 'Annotatie bij zaak 26/62, *Van Gend & Loos*, *Jur.* 1962, 3, *SEW* 1963, p. 111-112 waarin hij opmerkt: 'De thans gevallen beslissing is namelijk voor artikel

Net als 'zoeken naar hiërarchie', is het gezag van rechtspraak een juridische vraag van alle tijden. In dit verband kan bijvoorbeeld worden verwezen naar het *Algemeen Deel* van Scholten, die nog steeds een treffende introductie biedt.⁴⁶ Spitsen we de notie van gezag van rechtspraak toe op Europeesrechtelijke rechtspraak, dan blijkt dat wanneer een rechter rechtspreekt over een Europeesrechtelijke norm, dit in de eerste plaats een beoordeling en beslissing vormt 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'.⁴⁷ 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.⁴⁸ Deze lijnen zijn van betekenis buiten het concrete rechtsgeding.

Hoe zit het met de verdeling van het gezag van rechtspraak in de Europese Unie? Dat is geen eenvoudige vraag. In het *Algemeen Deel* van Eijsbouts e.a. wordt opgemerkt dat het:

'gemakkelijker [is] het over de inhoud eens te worden dan over de gezagsaanspraak. Verschillende aanspraken op gelding moeten met elkaar te rijmen zijn en niet strijden om voorrang. Deze gezagsaanspraak wordt daarom tussen verschillende rechterlijke instanties gewoonlijk in het midden gelaten en niet uitgevochten, al vallen daarbij soms grote woorden.'⁴⁹

Het is evident dat het Hof van Justitie van de Europese Unie gezag van rechtspraak in het stelsel van Europese rechtspleging geniet gezien zijn taak op grond van artikel 19 VEU. Via de directe beroepen en via de prejudiciële procedures geeft het Hof van Justitie in concrete gevallen gezagvolle uitspraken teneinde 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. Denk bijvoorbeeld aan hoe nationale rechters dienen om te gaan met de situatie dat zich op punten van het Europees recht verschillende lijnen in de rechtspraak van het Hof van Justitie voordoen.

Maar hoe zit het met het gezag van nationale Europeesrechtelijke rechtspraak? Daar is 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 VEU 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 'volledige stelsel van rechtsmiddelen en procedures'. Donner schrijft:

'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.'

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

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 rechtspraak.⁵⁰ Hierboven 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. In zo'n benadering zal nationale Europeesrechtelijke rechtspraak als zodanig niet als rechtsbron voor het Europees recht 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. Op basis van het jurisprudentieonderzoek naar Nederlandse Europeesrechtelijke rechtspraak over het vestigingsvrijheid en vrijedienstenverkeer tussen 1975 en 2008 kom ik in mijn proefschrift tot de conclusie dat een dergelijke positie voor nuancering in aanmerking komt. In de Nederlandse Europeesrechtelijke rechtspraak krijgt nationale rechterlijke

uitleg van Europeesrechtelijke normen via nationale Europeesrechtelijke precedentes op verschillende manieren gezag toegedicht en vormt in de praktijk een bron van gezagvolle uitleg van Europeesrechtelijke normen.⁵¹ Daarnaast leiden verschillende kenmerken van autonomie van de nationale rechter in het Europees recht, die ik in het proefschrift identificeer, ertoe dat rechterlijk gezag ontstaat. Zo is in vrijwel alle gevallen, dus buiten de directe beroepen bij het Hof van Justitie om, de nationale rechter de Europeesrechtelijke eerstelijnsrechter, de feitenvaststeller, de bewijsbeoordelaar en de eindbeslisser (ook na prejudiciële verwijzingen).

Anders gesteld: 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.

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

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. 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 (enorme) mogelijkheid tot ontwikkeling van het recht.⁵²

In mijn proefschrift zoek ik op dit terrein verder dan de ruimte voor deze bijdrage toelaat. Onder meer kom ik tot de conclusie

dat de rechtsbescherming in concreto in overwegende mate bij de verantwoordelijkheid en het gezag van de nationale rechter thuishoort en in laatste instantie bij de nationale hoogste rechters en dat voor het Hof van Justitie als prejudiciële rechter de borging van de rechts-eenheid en de rechtsontwikkeling zwaarder wegend moeten zijn. Enkele consequenties die deze benadering met zich draagt werk ik in het proefschrift nader uit,⁵³ maar de zoektocht is nog niet ten einde.

5 Verder vinden

Want wat weten we nu meer na het voorgaande? Betrekkelijk weinig nieuws misschien: de verhoudingen in de samenwerking tussen rechters in de gedeelde Europese rechtsorde blijven een voortdurende zoektocht. Definitieve antwoorden zullen we wel niet vinden, tijdelijke en voorlopige wel. Duidelijk lijkt me, dat het schuilen onder de vleugels van hiërarchie daarbij wat te simplistisch is om vat te krijgen op de (nieuwe) transnationale verhoudingen tussen rechters. Of om het met Meij te zeggen:

‘Veel meer dan deel of top van een enkelvoudige, hiërarchische ordening, is de rechter mediateur of makelaar geworden van rechtsaanspraken uit verschillende bronnen en orden. Daardoor is het karakter van zijn functie radicaal veranderd.’⁵⁴

Duidelijk lijkt me, dat het schuilen onder de vleugels van hiërarchie daarbij wat te simplistisch is om vat te krijgen op de (nieuwe) transnationale verhoudingen tussen rechters

Rechters in de EU-lidstaten hebben een eigen, specifieke rol in het Europees recht.

Welke rechter heeft het laatste woord? Dat hangt er maar vanaf. In wezen speelt daarbij de factor tijd een belangrijke rol. Daardoor kan het zo zijn dat binnen het stelsel van Europese rechtspleging in bepaalde zaken eerst de nationale rechters het laatste woord hebben, dat woord vervolgens door nieuwe uitleg of verfijning bij het Hof van Justitie wordt ingehaald met een later woord van het Hof van Justitie, dat vervolgens weer kan worden verfijnd in nationale Europeesrechtelijke rechtspraak. In de gang der tijd worden uitleggingsconflicten verzoend over concrete geschillen heen. Een hoofdrol wordt gespeeld door de nationale rechters, die volledig zijn geïntegreerd in het rechtssysteem van de EU

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’.

51 Van Harten 2011, p. 202.

52 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.

53 Zie Van Harten 2011, p. 222-236.

54 Meij 2009, p. 10.

Tien scriptieonderwerpen

In een reeks vanaf 1 juli 2005 publiceerde *Science*, ter ere van haar 125-jarig bestaan, 125 onderzoeksvragen voor de wetenschap in de voor ons liggende eeuw (zie: www.sciencemag.org/site/feature/misc/webfeat/125th/). De redactie wilde daarmee mogelijkheden voor onderzoek aandragen die door wetenschappers ontgonnen zouden kunnen worden. Geen van die 125 vragen betrof overigens een juridische onderzoeksvraag. Dat is ongetwijfeld te verklaren tegen de achtergrond van de focus van *Science*. Maar het betekent geenszins dat er op ons terrein van het recht niet nog veel te ontdekken valt. Van het aanklaarten van dat soort 'Grote Onderzoeksvragen' valt wel te leren. Waarom verschijnt zo'n lijst niet eens over juridische onderzoeksvragen? Het thema van de redactie en insteek leent zich evident voor vervolgvragen en onderzoek, ongetwijfeld gaat datzelfde op voor de andere bestreken deelterreinen in dit Bijzonder

Nummer. Laat ik daarom maar met een open einde afsluiten en, bescheiden beginnen, tien mogelijke onderzoeksvragen poneren. Indien u interesse heeft op dit terrein bijvoorbeeld een masterscriptie te schrijven, neem dan gerust contact op. Ik ben te bereiken op: h.j.vanharten@uu.nl.

- 1 Wat is het gezag van een nationale Europeesrechtelijke uitspraak in het stelsel van Europese rechtspleging?
- 2 Hoe is het Hof van Justitie omgesprongen met interpretatievoorstellen gegeven door nationale rechters in prejudiciële verwijzingsuitspraken?
- 3 In welke gevallen heeft het Hof van Justitie gebruik gemaakt van nationaal recht voor Europeesrechtelijke uitleg?
- 4 In welke gevallen hebben nationale rechters gebruik gemaakt van Europeesrechtelijke uitleg door rechters uit andere EU-lidstaten?
- 5 Wat voor afwegingen gebruiken hoogste rechters in EU-lidstaten om al dan niet prejudicieel te verwijzen?
- 6 Wie heeft in de prejudiciële procedure het laatste woord over de Europeesrechtelijke uitleg?
- 7 Doet zich de ontwikkeling van nationale Europeesrechtelijke precedënten zich ook voor buiten het terrein van het vrijverkeerrecht?
- 8 Hoe en onder welke voorwaarden kunnen nationale Europeesrechtelijke precedënten functioneren als verlichting voor de prejudiciële procedure?
- 9 Wat is de betekenis van de toetreding van de EU tot het EVRM voor de rol van nationale rechters in de EU-lidstaten?
- 10 Hoe verandert de rol van nationale rechters in het stelsel van Europese rechtspleging door de ontwikkeling van de ruimte van vrijheid, veiligheid en recht?

en verantwoordelijk zijn voor de effectieve handhaving van het Europees recht.⁵⁵ Het Hof van Justitie deelt daarbij het gezag over het Europees recht met de rechters in de lidstaten. Maar wat de betekenis van die uitspra-

ken van nationale rechters over Europees recht nu precies is voor de ontwikkeling van het Europees recht, ook dat weten we eigenlijk nog niet. Daarom nodig ik uit tot verder zoeken, en verder vinden.

⁵⁵ Vgl. Timmermans 2012, p. 55.