

Rechterlijk activisme – what's in a name?

Chantal Mak, Elaine Mak & Vanessa Mak¹

Dat de term 'rechterlijk activisme' gevoelig ligt, is zonder meer waar. In de literatuur over dit onderwerp wordt zelfs wel eens gesproken van 'accusations of judicial activism'.² Niettemin zijn wij minder huiverig voor het gebruik van deze term dan Christiaan Timmermans, voormalig rechter bij het Europees Hof van Justitie (HvJ EU). Wij maken graag gebruik van de mogelijkheid om in deze respons kort op zijn punten in te gaan.

Timmermans stelt dat de term rechterlijk activisme ten aanzien van lagere rechters minder gelukkig gekozen is om twee redenen. Ten eerste voert de verwijzende lagere rechter gewoon zijn taak uit als rechter die onder het Europese recht de plicht

niettemin dat zij onvoldoende recht doen aan de praktijk van lagere rechters, zoals die naar voren komt in zaken zoals *Cofidis* en *Aziz*. Belangrijk is te beseffen dat het hier gaat om uitzonderingsgevallen waar de nationale wetgever en hogere rechter ofwel te weinig regulerend optreden, ofwel een dialoog gericht op de oplossing van een maatschappelijk probleem uit de weg gaan. De context is met andere woorden breder dan een strikt juridische dialoog. Het gaat om zaken waarin grote maatschappelijke belangen aan de orde zijn. Wij betogen dat lagere rechters juist in dit soort gevallen bewogen worden tot het strategisch gebruik van de prejudiciële procedure bij het HvJ EU indien een oplossing op nati-

kan gebruiken om een verandering te initiëren.

De crux van ons betoog zit derhalve in de afbakening van het begrip rechterlijk activisme, waarbij wij hebben getracht in kaart te brengen onder welke, meistens uitzonderlijke voorwaarden, een lagere rechter de prejudiciële procedure op deze strategische wijze zal gebruiken. Factoren die daarbij bovendien niet uit het oog mogen worden verloren zijn aspecten die samenhangen met effectieve en efficiënte conflictoplossing (proceskosten, doorlooptijd). Die factoren wegen onder omstandigheden wellicht net zo zwaar als (of zwaarder dan) inhoudelijke overwegingen met betrekking tot de rechtsontwikkeling.

'Rechterlijk activisme' heeft naar onze mening dan ook zeker niet altijd een negatieve connotatie en kan tot zeer wenselijke resultaten leiden, afhankelijk van de maatstaf waarlangs wordt gemeten. Activisme sluit bovendien samenwerking niet uit. Zaken als *Cofidis* en *Aziz* laten juist zien hoe nationale rechters vanuit een activistische houding aan een constructieve samenwerking, of dialoog, met het HvJ EU vorm kunnen geven. •

'Rechterlijk activisme' heeft naar onze mening dan ook zeker niet altijd een negatieve connotatie en kan tot zeer wenselijke resultaten leiden, afhankelijk van de maatstaf waarlangs wordt gemeten

heeft om effectief uitvoering te geven aan regels van EU-recht. Ten tweede zou de benaming 'rechterlijk activisme' ertoe kunnen leiden dat lagere rechters zich gediskwalificeerd en daardoor ontmoedigd voelen om prejudiciële vragen te stellen aan het HvJ EU. Een betere benadering zou zijn, aldus Timmermans, om de rol van de lagere rechter te bezien als onderdeel van een rechterlijke samenwerking, of dialoog, met hogere nationale rechters en met het Europees Hof.

Hoewel wij deze twee punten ten dele onderschrijven, vinden wij

onaal niveau uitblijft. Aan de ene kant zou inderdaad gezegd kunnen worden dat de lagere rechter in zulke gevallen alleen maar haar werk doet door een uitlegvraag aan het HvJ EU voor te leggen om de effectieve handhaving van het Unierecht te waarborgen. Aan de andere kant zit er wel degelijk een strategische dimensie aan de doorverwijzing, nu de rechter in de nationale rechtsorde zich wellicht eerder bij het oordeel van een hogere rechter zou neerleggen gezien de nationale verhoudingen, maar haar rol als handhaver van Unierecht

Auteurs

1. Prof. mr. C. Mak is hoogleraar Privaatrecht, in het bijzonder fundamentele rechten en privaatrecht aan de Universiteit van Amsterdam. Prof. mr. E. Mak is als hoogleraar Encyclopedie en Rechtstheorie verbonden aan de Universiteit Utrecht. Prof. mr. V. Mak is hoogleraar Privaatrecht aan de Universiteit van Tilburg.

Noten

2. E. Muir, M. Dawson & B. De Witte, 'Introduction: the European Court of Justice as a Political Actor', in: M. Dawson, B. De Witte & E. Muir, *Judicial Activism at the European Court of Justice*, Cheltenham: Edward Elgar 2013, p. 4, in dit geval betrekking hebbend op de al dan niet activistische rol van het Europees Hof van Justitie zelf.