

In gesprek met René Barents...

129

Het mandaat van René Barents als rechter bij het Gerecht van de Europese Unie eindigt op 15 september 2022. Naar aanleiding hiervan, als uiting van waardering voor zijn belangrijke bijdrage aan het EU-recht én aan SEW, is de redactie bij monde van Marc van der Woude, Sacha Prechal en Sybe de Vries met hem in gesprek gegaan.

Tot in de jaren zeventig van de vorige eeuw was Europees recht een redelijk overzichtelijk rechtsgebied dat grofweg uiteenviel in een aantal onderdelen: het institutionele recht, met als mogelijk bijvak de rechtsbescherming, het materiële recht dat zich in essentie beperkte tot het recht inzake de werking van de interne markt, het mededingingsrecht en het landbouwrecht. Het Europees recht was een vorm van economisch bestuursrecht dat nauw samenhang met het nationale economische ordeningsrecht. Professor mr. Barents, die wij hierna op amicale, maar niet zeer academische, wijze zullen aanduiden als René, is een van de juristen die zich al vroeg in zijn carrière voor dit rechtsgebied interesseerde. Sinds het midden van de jaren zeventig heeft deze interesse aanleiding gegeven tot een constante stroom van publicaties. Volgens ons is het bijna onmogelijk een Europees jurist te identificeren, die aan een Nederlandstalige universiteit is gevormd en die nooit iets van René heeft gelezen.

René is met het Europeesrechtelijke vakgebied meegegroeid met als gevolg dat hij behoort tot de exclusieve en steeds kleiner wordende kring van juristen die nog het hele veld van het Unierecht kunnen overzien. Door middel van zijn omvangrijke oeuvre heeft hij een belangrijke bijdrage geleverd aan de verspreiding van kennis onder de juristen in binnen- en buitenland over de ontwikkeling van het Europese recht. Daartoe behoren naast vele themaboeken, meerdere handboeken en vele artikelen in uiteenlopende tijdschriften. Naast de op de praktijk of onderwijs gerichte publicaties heeft René ook diepgaande beschouwingen geschreven over de aard en strekking van het Unierecht. Deze theoretische inzichten heeft hij op een heldere wijze weten te verbinden met het functioneren van de Unie.

René heeft in zijn professionele loopbaan van vijftig jaar niet alleen op wetenschappelijke wijze bijgedragen aan het Europese rechtsgebied, maar ook in praktische zin. Naast zijn wetenschappelijke activiteiten als medewerker, docent en hoogleraar, was René lid van de juridische dienst van de Europese Commissie en referendaris aan

*M. van der Woude, S. Prechal en S. de Vries**

het Hof van Justitie van de advocaten-generaal Pieter VerLoren van Themaat en Jean Mischo en van rechter Jos Kapteyn om uiteindelijk na een meer ambtelijke loopbaan als rechter te worden benoemd in het Gerecht voor ambtenarenzaken en vervolgens in het Gerecht van de Europese Unie. Deze imposante carrière heeft René onlangs afgesloten.

Ofschoon René zijn toga aan de wilgen zal hangen, denken en hopen wij (Sacha Prechal, Sybe de Vries en Marc van der Woude) dat hij nog een tijd actief zal blijven op het gebied van het Unierecht. Hoe het ook zij, de redactie van *SEW*, dat vele artikelen van René heeft mogen publiceren, was van mening dat het gepast is om deze uitzonderlijke jurist te eren en te danken voor zijn bijdrage aan de ontwikkeling van het Unierecht. Voor deze eerbetuyging hebben we gekozen voor een juridisch doch gemeenschappelijk gesprek met René over enkele thema's van zijn indrukwekkend werk. Dat gesprek vond op een zonnige zaterdagochtend plaats in het huis dat Jean Monnet bewoonde in zijn tijd als voorzitter van de Hoge Autoriteit van de Europese Gemeenschap voor Kolen en Staal (EGKS) en dat nu dienstdoet als residentie van de Nederlandse ambassadeur in Luxemburg, Cees Bansema, die niet alleen zo vriendelijk was ons gastvrij te onthalen, maar die ook enthousiast aan de discussie deelnam. Een gepastere plek dan deze residentie om met René te converseren, kan men zich moeilijk voorstellen!

De autonomie van het Unierecht

We beginnen het gesprek met een 'klassieker' van het Unierecht, te weten de autonomie van dat recht, waaraan René in 2000 een diepgravende studie heeft gewijd: *De communautaire rechtsorde: over de autonomie van het gemeenschapsrecht*.¹ Het gemeenschapsrecht dankt zijn autonoom karakter aan een samenspel van materiële en institutionele bepalingen van het Verdrag tot oprichting van de Europese Economische Gemeenschap (EEG-Verdrag). Aangezien een gemeenschappelijke of interne markt alleen maar kan werken als de regels over die markt daadwerkelijk gemeenschappelijk zijn, was het noodzakelijk om het gemeenschapsrecht op eenvormige wijze uit te leggen en toe te passen. De eenheid van de markt was aldus bepalend voor de eenheid van het recht en daarmee voor zijn autonomie. Tegen deze achtergrond kan men zich afvragen of de autonome ontwikkeling van het Unierecht niet te verklaren valt door de tamelijk

* Allen redactieleden van *SEW*. Tevens dank aan Anna Jorna voor haar hulp bij de totstandkoming van deze bijdrage.

¹ R. Barents, *De communautaire rechtsorde: over de autonomie van het gemeenschapsrecht*, Deventer: Kluwer 2000.

specialistische en technische aard van het toenmalige EEG-recht. We merken evenwel op dat het huidige Unierecht, ondanks de aanzienlijke verbreding van zijn materiële werkingssfeer, volgens de rechtspraak zijn autonoom karakter heeft weten te behouden.

Op de vraag of het Unierecht ook een autonoom karakter had gehad zonder de specifieke voorgeschiedenis van de EEG, geeft René een positief antwoord, althans als men zich richt op de theoretische grondslagen. René zet uiteen dat het Unierecht, net zoals destijds het gemeenschapsrecht, intern recht van de lidstaten is dat zij gemeen hebben. De wijze waarop het Unierecht tot stand komt, wordt enkel en alleen door de eigen regels bepaald. Hetzelfde geldt voor de interpretatie en de toepassing van dat recht. Het Unierecht ontwikkelt zich dus op een zelfstandige wijze die niet afhangt van het nationale of internationale recht. Wat bepalend is voor de autonomie van het Unierecht is dat de Unie beschikt over een systeem van onafhankelijke, exclusieve en bindende rechtspraak.

René onderstreept in deze context het belang van de doelstellingen die het Unierecht nastreeft alsmede de waarden die het beoogt te beschermen. Deze doelstellingen en waarden kunnen alleen worden bereikt en beschermd als het Unierecht gemeenschappelijk recht is en onder alle omstandigheden op gelijke wijze in de gehele Unie van toepassing is.² Zonder eenheid van het recht verliezen de doelstellingen en de waarden hun zin. Een opsplitsing van het Unierecht in geografische delen brengt het integratieproject zelf in gevaar. René voegt er wel aan toe dat er ruimte bestaat voor toepassing van nationaal en internationaal recht en daarmee voor een gedifferentieerde toepassing van het Unierecht, maar enkel en alleen onder de voorwaarden die het Unierecht zelf stelt.

René licht deze theoretische inzichten, die de eenheid van het Unierecht koppelen aan doelstellingen en waarden van de Unie, aan de hand van een aantal concrete voorbeelden toe. Als voorbeeld van een situatie waarin de eenheid van het toepasselijke recht niet aansloot bij de doelstellingen, verwijst hij naar de Lissabon-strategie die in 2010 van de Unie de meest competitieve en dynamische kenniseconomie van de wereld moest maken. Andere, minder sombere, voorbeelden kan men terugvinden in het klimaatbeleid van de Unie en de coördinatie van de economische politiek teneinde de euro in stand te houden. Indien men naar de doelstellingen en de waarden van de Unie kijkt, valt de Unie inhoudelijk te vergelijken met een staat. Het institutionele raamwerk sluit echter niet bij deze inhoudelijke analyse aan. Vanuit institutioneel oogpunt mist de Unie een statelijke structuur.³ Anders gezegd, er is een ‘mismatch’ tussen het materiële recht en de institutionele structuur, met als gevolg dat de Unie haar doelstellingen nooit geheel zal

kunnen realiseren, noch haar waarden geheel zal kunnen beschermen, ondanks het autonome karakter van het Unierecht. Wat de doelstellingen betreft, noemt René in dit verband het voorbeeld van de coördinatie van het energiebeleid en het onvermogen van de lidstaten en daarmee van de Unie, om te bepalen welke energie als groene energie moet worden aangemerkt (kernenergie, aardgas?). Ook wat de waarden betreft, geeft René een voorbeeld van de discrepantie tussen de inhoud en institutionele structuur. Hij verwijst in dit verband naar het onvermogen van de Unie om de Poolse en Hongaarse rechtsstaatscrisis aan te pakken. De noodzakelijke homogeniteit zou volgens René enkel en alleen bereikt kunnen worden als de Unie een federatie of een soortgelijke structuur zou worden. Anders gesteld, autonomie van het Unierecht houdt geen politieke autonomie in.

De idee dat de EEG en met name het tot stand brengen van de interne markt, een noodzakelijke voorloper is van wat we nu kennen als het autonome recht van een veel ruimer opgezette Unie doet René dus van de hand. Hoewel hij het niet geheel uitgesloten acht dat de ontwikkeling naar een autonome rechtsorde anders had kunnen verlopen, heeft het weinig zin om hierover achteraf te gaan speculeren. Volgens hem is de EEG destijds niet opgezet met een institutioneel of staatkundig vergezicht. Het ging primair om het wegnemen van barrières op de markt.

Hoewel de autonomie van het Unierecht al besloten ligt in het *Van Gend & Loos*-arrest (1963)⁴ en expliciet onder woorden is gebracht in het arrest *Costa/E.N.E.L.* (1964),⁵ valt het op dat tot aan het laatste decennium van de vorige eeuw expliciete verwijzingen in de rechtspraak naar de autonomie van het Unierecht slechts sporadisch voorkwamen. Pas na de adviezen van het Hof van Justitie over de Europese Economische Ruimte wordt in de rechtspraak frequent naar de autonomie van het Unierecht verwezen.⁶ Gevraagd naar een mogelijke verklaring voor deze trend wijst René op de noodzaak voor het Unierecht om zich te positioneren in een meer complexe en geglobaliseerde wereld, waardoor de Unie in toenemende mate wordt geconfronteerd met andere rechtsbronnen (Handvest VN, EVRM, WTO) en andere rechtspraaksystemen (Europees Hof voor de Rechten van de Mens, constitutionele hoven, arbitrage). Een en ander hangt weer samen met de steeds ruimere werkingssfeer van het Unierecht: inmiddels bestrijkt de Unie, als een op waarden en grondrechten gebaseerde politieke gemeenschap (vgl. artikel 2 VEU), alle facetten van de samenleving van de lidstaten.⁷

2 René verwijst in dit verband naar HvJ EG 16 januari 1974, C-166/73, ECLI:EU:C:1974:3 (*Rheinmühlen Düsseldorf*).

3 R. Barents, ‘De constitutionele paradox van het Unierecht’, *SEW* 2013, afl. 7/8.

4 HvJ EG 5 februari 1963, 26/62, ECLI:EU:C:1963:1 (*Van Gend & Loos*).

5 HvJ EG 15 juli 1964, C-6/64, ECLI:EU:C:1964:66 (*Costa/E.N.E.L.*).

6 Advies 1/92 van 10 april 1992 en daarna Advies 2/13 van 18 december 2014.

7 R. Barents, ‘De Europese ruimte: contouren van een nieuw rechtsbegrip. Over de betekenis van de grondrechten in het Unierecht’, *SEW* 2018, afl. 6.

De voorrang van het Unierecht

In ons gesprek met René over de autonomie van het Unierecht, komt vanzelfsprekend ook de voorrang van dat recht aan de orde. In dit verband verwijzen we naar een aantal ontwikkelingen die vragen doen rijzen over de vanzelfsprekendheid van het voorrangsbeginsel. We verwijzen in het bijzonder naar de grenzen die nationale constitutionele rechters hebben getrokken op het gebied van de grondrechtenbescherming en de *ultra vires*-controle, zoals in de *PSPP*-uitspraak⁸ van het Bundesverfassungsgericht alsmede de bescherming van de nationale constitutionele identiteit. Deze grenzen worden tot nu toe, in ieder geval in Duitsland, Frankrijk en Italië, met zorgvuldigheid bewaakt. Zou men deze rechtspraak niet kunnen opvatten als een soort systeem van *checks and balances* tussen hoogste rechters – nationaal en Europees – waarbij ook het Hof van Justitie scherp gehouden wordt? En wat zou er mis kunnen zijn met een dergelijke balans, indien men de grenzen evenwichtig en voorzichtig stelt?

De reactie van René is in de eerste lijn resoluut: Unierecht heeft altijd voorrang, want zonder voorrang kan het geen gemeenschappelijk recht zijn. De genoemde rechtspraak van de constitutionele hoven komt daarom neer op een principiële ontkenning van het Unierecht als gemeenschappelijk recht.⁹ Deze principiële vaststelling neemt niet weg dat het Unierecht in de praktijk te kampen heeft met de concurrentie van andere, eveneens autonome, rechtsordes, zowel op nationaal als Europees vlak. Het gaat hier, anders gezegd, om een situatie die met de term ‘constitutioneel pluralisme’ kan worden aangeduid.¹⁰ In zo’n situatie kan het volgens René inderdaad tot een harde ‘clash’ komen tussen nationale rechtsordes en de rechtsorde van de Unie, die ieder voor zich autonomie claimen. Objectief gezien gaat het hier om een onoplosbaar conflict, dat terug te brengen is tot de vraag welke van de concurrerende systemen het sterkste is. Die vraag is uiteindelijk een politieke kwestie. Tegelijkertijd wijst René erop dat men het de constitutionele hoven welbeschouwd niet kwalijk kan nemen dat zij de suprematie van hun eigen grondwet niet terzijde willen schuiven. In de situatie van concurrerende rechtsordes waarin de constitutionele hoven hun eigen grondwet bewaken is het overigens niet zo vreemd dat zij af en toe een ‘oorvijf’ aan de Unierechter wensen uit te delen.

Zo gezien, kan René begrip opbrengen voor het zo-even genoemde *PSPP*-arrest. Volgens René was het Hof van Justitie in de zaak *Weiss*¹¹ niet voldoende receptief ten

opzichte van ‘echt’ nationale constitutionele kwesties. De uitspraak van het Hof van Justitie was te beknopt, te apodictisch in zijn motivering en te marginaal bij de toepassing van de proportionaliteitstoets. Het *PSPP*-arrest is daar een reactie op. Meer in het algemeen meent René dat het Hof van Justitie, dat nu zelf een echte constitutionele rechter is geworden,¹² zich veel opener zou moeten opstellen voor de constituties van de lidstaten. Het zou zich, in het bijzonder bij de interpretatie van het EU-Handvest van de grondrechten, op nationale constitutionele rechtspraak kunnen baseren. Dit zou voor een stevigere verankering van de rechtspraak kunnen zorgen. Langs deze wijze komen wij uit bij een andere ‘veiligheidsklep’ in de spanningsverhouding tussen het nationale constitutionele recht en het Unierecht, namelijk artikel 4 lid 2 VEU, dat het respect voor nationale identiteit betreft.¹³ Dit artikel zou volgens René als basis kunnen dienen voor een meer open houding van het Hof van Justitie, zoals hiervoor gesteld. Zo zou het wenselijk kunnen zijn dat het Hof van Justitie in het kader van de interpretatie en toepassing van dit artikel zelf vragen stelt aan de verwijzende (constitutionele) rechter indien het geconfronteerd is met gevoelige constitutionele kwesties. Op deze wijze zou een betekenisvolle dialoog kunnen worden aangegaan. Artikel 4 lid 2 VEU leent zich voor een ruime uitlegging. Er is echter wel een uiterste grens. Artikel 4 lid 2 VEU kan niet als een ‘carte blanche’ of ‘vrijplaats’ worden opgevat voor de onderwerpen die in deze bepaling staan opgesomd. De interpretatie daarvan kan niet enkel en alleen aan de constitutionele hoven worden overgelaten omdat anders het Unierecht dreigt te versplinteren. Een dergelijke benadering past overigens in het algemene plaatje dat al hiervoor aangestipt is: de voorrang van het Unierecht houdt niet in dat er geen ruimte zou zijn voor de toepassing van nationaal of internationaal recht. Deze toepassing moet echter wel plaatsvinden onder en binnen de voorwaarden die het Unierecht stelt en zoals deze door het Hof van Justitie worden uitgelegd.

Procedurale vragen

Vooralsnog beperkt zich de procedurele mechaniek waarop de samenwerking tussen de nationale gerechtshoven en het Hof van Justitie berust, tot de prejudiciële procedure voorzien in artikel 267 VWEU. Deze samenwerking behoeft zich niet tot één enkele ronde van vragen en antwoorden te beperken. Indien een prejudicieel arrest voor de verwijzende rechter niet duidelijk of aanvaardbaar

8 BVerfG 5 mei 2020, BvR 859/15, ECLI:DE:BVerfG:2020:rs20200505, 2bvr085915, 2 (*PSPP*).

9 R. Barents, ‘Het Hof van Justitie en nationale constitutionele rechters’, *SEW* 2021, afl. 2.

10 R. Barents, ‘The Precedence of EU Law from the Perspective of Constitutional Pluralism’, *European Constitutional Law Review* (5) 2009, afl. 3, p. 421-446.

11 HvJ EU 11 december 2018, C-493/17, ECLI:EU:C:2018:1000 (*Weiss e.a.*).

12 R. Barents, ‘The Court of Justice after the Treaty of Lisbon’, *Common Market Law Review* (47) 2010, afl. 3.

13 Artikel 4 lid 2 VEU luidt als volgt: ‘De Unie eerbiedigt de gelijkheid van de lidstaten voor de Verdragen, alsmede hun nationale identiteit die besloten ligt in hun politieke en constitutionele basisstructuren, waaronder die voor regionaal en lokaal zelfbestuur. Zij eerbiedigt de essentiële staatsfuncties, met name de verdediging van de territoriale integriteit van de staat, de handhaving van de openbare orde en de bescherming van de nationale veiligheid. Met name de nationale veiligheid blijft de uitsluitende verantwoordelijkheid van elke lidstaat.’

is, dan kan deze zich met nieuwe ophelderingsvragen tot het Hof van Justitie richten. Voor René valt een dergelijke rechterlijke dialoog te verkiezen boven een verdragsinbreukprocedure op grond van artikel 258 VWEU. Deze rechtsgang die door de Commissie wordt ingeleid, heeft al snel een politieke dimensie die niet altijd bevorderlijk is voor het vinden van een juridische oplossing.

In deze context vragen we ook naar de mening van René over de mogelijkheid van het Hof van Justitie om altijd op adequate wijze te reageren op de vragen van de verwijzende rechter. Het valt niet uit te sluiten dat het Hof van Justitie tegen de grenzen aanloopt van zijn capaciteit. Gelet op een mogelijke overbelasting van het Hof van Justitie zou het wellicht te verkiezen zijn dat er minder vragen gesteld worden en dat de nationale rechters meer hun eigen verantwoordelijkheid nemen als Europese rechter. De verruiming van de CILFIT-leer zoals toegelicht in het arrest *Conorzio*,¹⁴ zou de instroom van nieuwe zaken wat kunnen inperken. René heeft echter weinig vertrouwen in deze route. Dat geldt ook voor de toepassing van het mechanisme van artikel 256 lid 3 VWEU op grond waarvan het Gerecht de bevoegdheid verleend kan worden, door middel van een wijziging van het statuut van het Hof van Justitie van de EU, om in specifieke rechtsgebieden prejudiciële vragen te beantwoorden. Voor René is het niet duidelijk op grond van welke criteria deze rechtsgebieden afgebakend zouden moeten worden. Bovendien vereist een verdeling van de prejudiciële rechtsmacht een correctiemechanisme om divergerende uitspraken van Hof en Gerecht te voorkomen. René geeft de voorkeur aan wat directe ingrepen in de functioneringswijze van het Hof van Justitie zelf. Naar zijn smaak zouden veel meer zaken afgedaan kunnen worden bij beschikking in de zin van artikel 99 van het procesreglement wanneer het prejudiciële zaken betreft of op grond van artikel 181 van het procesreglement bij hogere voorzieningen. In veel zaken is het maar de vraag of een arrest een toegevoegde waarde heeft ten opzichte van een beschikking. Ook stelt René vragen bij de rol van de advocaten-generaal. Volgens hem heeft dit instituut zijn tijd gehad. De rechtspraak van het Gerecht laat zien dat conclusies niet noodzakelijk zijn om rechtsvragen te beslechten.

Wat de rechtsgang voor het Gerecht betreft, is René daarentegen van mening dat de ontvankelijkheidsvoorwaarden voor directe beroepen tegen maatregelen van algemene strekking (verordeningen, richtlijnen) moeten worden verruimd, met name indien de verzoekende partijen fundamentele rechten inroepen, zoals het geval kan zijn in zaken over klimaatverandering. De diverse strategieën van de Unie over klimaat, biodiversiteit en andere thema's zijn niet zonder meer verenigbaar met grondrechten. De ontvankelijkheidsvoorwaarden zoals neergelegd in artikel 263 vierde alinea VWEU worden te

restrictief geïnterpreteerd in het licht van de oude *Plaumann*-jurisprudentie¹⁵ waaraan het Hof van Justitie en in slaafse navolging daarvan het Gerecht blijven vasthouden, ook in klimaatzaken, zoals recentelijk weer bleek in de zaak *Carvalho*.¹⁶ René betreurt deze starre houding, die hij kwalificeert als een gebrek aan moed van het Gerecht. Zolang deze houding blijft bestaan is een effectieve rechtsbescherming van grondrechten in directe beroepen voor de Unierechter niet gegarandeerd. Voor de Europese burger is het van belang dat hij rechtsingang moet kunnen vinden bij de rechter die daadwerkelijk controle kan uitoefenen op de rechtmatigheid van Uniemaatregelen van algemene strekking, temeer daar de Brusselse wetgevingsmachine op volle toeren draait om de klimaat- en andere langetermijnstrategieën in rechtsregels uit te werken.

De interne markt

Na uitgebreid stil te hebben gestaan bij meer zogenoemde formeelrechtelijke vragen, richt het gesprek zich vervolgens op materieelrechtelijke vragen van Europees recht, die allereerst de interne markt en de verkeersvrijheden betreffen. Op de vraag of het relatieve belang van de verkeersvrijheden in de rechtspraak van het Hof van Justitie afgenomen is, antwoordt René stellig dat de verkeersvrijheden niet meer de kernwaarden van het integratieproces vormen. Deze worden thans bepaald door de waarden en de grondrechten van de Europese Unie, zoals ook voortvloeit uit artikel 2 VEU. René ziet deze bepaling als de sokkel waarop het juridische gebouw van de Europese Unie rust. Het belang van artikel 2 VEU wordt nog eens onderstreept in de recente en mooi opgeschreven uitspraken van het Hof van Justitie over de geldigheid van de conditionaliteitsverordening.¹⁷

René gaat zelfs een stap verder door te stellen dat de verkeersvrijheden strikt genomen overbodig zijn geworden, omdat zij besloten liggen in de economische en sociale grondrechten van het EU-Handvest. Daar waar het voorwerp van de verkeersvrijheden nog rechtsobjecten zijn – het gaat immers om economische ‘in- en output’ (goederen, diensten, arbeid en kapitaal) –, is het voornaamste voorwerp van de grondrechten de (natuurlijke of rechts)persoon. Het EEG-luik van het werkingsverdrag vormt het marktrecht van het Unierecht, maar met het EU-Handvest heeft het Unierecht een *antropocentrisch* karakter verkregen, waarbij de nadruk ligt op persoonlijke rechten. Ter onderbouwing van deze stelling verwijst René naar zijn artikel in *SEW* over de Europese ruimte, waarin hij het volgende heeft geschreven:

14 HvJ EU 6 oktober 2021, C-561/19, ECLI:EU:C:2021:799 (*Conorzio Italian Management e Catania Multiservizi en Catania Multiservizi*).

15 HvJ EG 15 juli 1963, C-25/62, ECLI:EU:C:1963:17 (*Plaumann*).

16 Gerecht EU 8 mei 2019, T-330/18, ECLI:EU:T:2019:324 (*Carvalho e.a./Parlement en Raad*); HvJ EU 25 maart 2021, C-565/19 P, ECLI:EU:C:2021:252 (*Carvalho e.a./Parlement en Raad*).

17 Verordening (EU, Euratom) 2020/2092 van het Europees Parlement en de Raad van 16 december 2020 betreffende een algemeen conditionaliteitsregime ter bescherming van de Uniebegroting (*Pb EU* 2020, L 433 I/1). HvJ EU 16 februari 2022, C-156/21, ECLI:EU:C:2022:97 (*Hongarije/Parlement en Raad*) en HvJ EU 16 februari 2022, C-157/21, ECLI:EU:C:2022:98 (*Polen/Parlement en Raad*).

‘Uit deze bepaling [artikel 67 lid 1 VWEU], in samenhang met het Handvest en art. 2 VEU, blijkt dat de eenvormigheid van het Unierecht en de daaraan verbonden specifieke kenmerken thans hun grondslag vinden in de grondrechtelijk gefundeerde bewegings- en bestaansvrijheid van de burger op het gehele Uniegrondgebied.’

En ‘[o]mdat de totale bewegings- en bestaansvrijheid van het individu in de Unie thans voortvloeit uit de grondrechten, kan men zich afvragen of aan de verkeersvrijheden en het burgerschap nog een zelfstandige plaats toekomt, in de zin dat deze bepalingen iets regelen dat, althans in beginsel, niet al is vervat in de grondrechten’.¹⁸

In feite kun je volgens hem dus de grondrechten interpreteren als verkeersvrijheden. De economische bewegingsvrijheid die gewaarborgd dient te worden door de verkeersvrijheden uit het Verdrag, ligt ook besloten in een aantal (economische) grondrechten die in het EU-Handvest zijn opgenomen, zoals de vrijheid van ondernemerschap, de beroepsvrijheid of het recht op eigendom. Volgens René zie je deze ontwikkeling echter (nog) niet of nauwelijks terug in de rechtspraak van het Hof van Justitie. In de *Pfleger-zaak*¹⁹ over een Oostenrijks vergunningstelsel voor kansspelen, bijvoorbeeld, stelt het Hof van Justitie weliswaar dat een beperkende nationale regeling in de zin van artikel 56 VWEU (vrij verkeer van diensten) eveneens een beperking kan inhouden van de vrijheid van beroep, de vrijheid van ondernemerschap en het recht op eigendom zoals gewaarborgd door het EU-Handvest. Maar de vrijheid van ondernemerschap wordt (nog) niet zo uitgelegd door het Hof van Justitie dat burgers en bedrijven het recht hebben op economische bewegingsvrijheid. René wijst op een mogelijke toekomstige ontwikkeling zoals in de Verenigde Staten waar de Supreme Court of the United States de vrijheden uit ‘The Bill of Rights’ interpreteert als verkeersvrijheden. Zo handelen de individuele staten in strijd met ‘The Bill of Rights’ wanneer zij douanerechten invoeren, beperkingen stellen, belastingen heffen of vergunningen vereisen bij transnationaal verkeer.²⁰

In het licht van deze ontwikkeling rijst de vraag of dan niet ‘alles’ gedefinieerd kan worden in termen van grondrechten. René lijkt deze vraag (deels) bevestigend te beantwoorden (‘we leven immers in een tijd waarin alles grondrecht is’), zonder dat hij hiermee wil zeggen dat hij dat een goede zaak vindt. Hij geeft slechts aan dat het niet is uitgesloten dat in de toekomst de vrijheid van economisch verkeer rechtstreeks op de grondrechten wordt gebaseerd.

Dit leidt ons tot de vraag hoe de rechter dan botsende grondrechten (en/of verkeersvrijheden) moet toetsen, en hoe recht gedaan kan worden aan collectieve belangen en het beginsel van solidariteit, naast de beginselen van vrijheid en gelijkheid, die eveneens van belang zijn in het economische publiekrecht. René antwoordt dat de rechter altijd, aan de hand van het proportionaliteitsbeginsel, een balans moet vinden tussen het individuele en collectieve belang. De realiteit is dat we in een geatomiseerde maatschappij leven. Het recht dat die maatschappij beheerst, wordt daardoor beïnvloed. Deze vaststelling heeft praktische consequenties. Als verkeersvrijheden in termen van grondrechten worden gedefinieerd, dan zou dat gevolgen kunnen hebben voor de toets die in de rechtspraak over de vrijheden, en in het bijzonder in het *Cassis de Dijon*-arrest,²¹ is ontwikkeld, aangezien deze toets lichter is dan de toets die artikel 52 lid 1 EU-Handvest voorschrijft,²² met name in geval van conflicterende grondrechten. Vanuit dit opzicht wint het ‘individualisme’, dat de nadruk legt op persoonlijke rechten, aan kracht, met een mogelijk verlies voor het collectief belang. De vergrondrechtelijking van de verkeersvrijheden zou dan tot gevolg kunnen hebben dat de ‘te lichte of te vriendelijke’ *rule of reason*-toets uit het *Cassis de Dijon*-arrest erodeert. Dit neemt niet weg dat ook onder artikel 52 lid 1 EU-Handvest rekening kan worden gehouden met de ernst van het te beschermen (publieke) belang. Maar de toepassing van de voorwaarden die verder genoemd worden in artikel 52 lid 1 EU-Handvest levert problemen op, dit in tegenstelling tot de bestaande rechtspraak inzake het vrij verkeer.

René brengt vervolgens een aspect in herinnering dat weleens bij de interpretatie van de verkeersvrijheden en met name bij het bepalen van hun grenzen uit het oog verloren wordt en waarover nochtans in *SEW* artikelen zijn verschenen;²³ vrij verkeer richt zich naar zijn aard op negatieve integratie, maar negatieve integratie vereist altijd positieve integratie om tot een optimale situatie te komen. De negatieve integratie graaft een normatief gat, dat zonder adequate opvulling problematisch kan zijn en de negatieve integratie kan ondergraven. Een grote mate van negatieve integratie zonder dat daar positieve integratie tegenover staat leidt tot constitutionele problemen. De COVID-19-crisis illustreert ten volle de zogenoemde constitutionele paradox. Het ontbreken van een gezondheidsruimte (‘Health Union’) laat zien hoe kwetsbaar de verkeersvrijheden en grondrechten zijn als

18 R. Barents, ‘De Europese ruimte: contouren van een nieuw rechtsbegrip. Over de betekenis van de grondrechten in het Unierecht’, *SEW* 2018, afl. 6, p. 254-255. Hij verwijst daarbij naar de oratie van Sacha Prechal: A. Prechal, *Juridisch cement voor de Europese Unie*, Groningen: Europa Law Publishing 2006.

19 HvJ EU 30 april 2014, C-390/12, ECLI:EU:C:2014:281 (*Pfleger e.a.*).

20 R. Barents, ‘De Europese ruimte: contouren van een nieuw rechtsbegrip. Over de betekenis van de grondrechten in het Unierecht’, *SEW* 2018, afl. 6, p. 254.

21 HvJ EG 20 februari 1979, C-120/78, ECLI:EU:C:1979:42 (*Rewe/Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*).

22 Volgens artikel 52 lid 1 EU-Handvest moeten ‘[b]eperkingen op de uitoefening van de in dit Handvest erkende rechten en vrijheden (...) bij wet worden gesteld en de wezenlijke inhoud van die rechten en vrijheden eerbiedigen. Met inachtneming van het evenredigheidsbeginsel kunnen slechts beperkingen worden gesteld, indien zij noodzakelijk zijn en daadwerkelijk beantwoorden aan door de Unie erkende doelstellingen van algemeen belang of aan de eisen van de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen.’

23 K. Mortelmans, ‘Vijftig jaar zegening van het Europees materiële recht’, *SEW* 2010, afl. 12; T. van Rijn, ‘Handhaving van internemarktregels’, *SEW* 2015, afl. 11.

er sprake is van tekorten aan positieve integratie.²⁴ Hetzelfde geldt voor het immigratie- en asielbeleid. Dit probleem doet zich ook voor bij artikel 4 lid 2 VEU. Op sommige beleidsterreinen zijn de bevoegdheden van de Unie om (wetgevend) op te treden zeer beperkt, zoals op het gebied van het strafrecht, COVID-19 en belastingen. Wat betreft belastingen tekent René aan dat het onbestaanbaar is dat het Hof van Justitie in arresten gewoonweg erkent dat je dubbele belastingen kunt en mag heffen. Wat is in zo'n situatie nog het belang van een interne markt?

De sociale markteconomie

De discussie over de wisselwerking van individuele vrijheden en normen ter bescherming van het algemeen belang richt zich vervolgens op het begrip 'sociale markteconomie', en hoe de interne markt een bijdrage aan de verwezenlijking hiervan kan leveren. Volgens René is het begrip 'sociale markteconomie' onduidelijk. Het Verdrag noemt het wel, in artikel 3 VEU, maar wat een sociale markteconomie precies inhoudt, staat niet vast. In Duitsland, bijvoorbeeld, vloeit de sociale markteconomie voort uit de ordo-liberale conceptie/filosofie van Walter Eucken, waarbij de individuele vrijheid en ordening van de economie van elkaar afhankelijk zijn. Deze benadering verschilt van de manier waarop in Frankrijk invulling wordt gegeven aan het begrip 'sociale markteconomie'. In Frankrijk ligt de nadruk meer op het sociale en statelijke karakter van de economie. Waar het economisch recht in Duitsland vooral geïnspireerd is door de Freiburger Schule, voerde Frankrijk in 1946 nationalisatiewetten in en werd in Nederland de publiekrechtelijke bedrijfsorganisatie opgericht.

Een van de grote vragen sinds het begin van het Europese integratieproces is dan ook, volgens René, de verhouding op Europees niveau tussen het economische en het sociale. De lidstaten hebben geen gemeenschappelijk beeld van een Europese samenleving. Dit neemt niet weg dat de Europese wetgever concrete stappen zet op sociaal beleid, bijvoorbeeld op het terrein van vrouwen in boards,²⁵ of via de open coördinatiemethode, waarover Sacha Garben veel heeft geschreven.²⁶ Zo wordt in het Europees recht steeds meer invulling gegeven aan sociale aspecten. Dit roept de vraag op of er behoefte bestaat om

op Europees niveau een daadwerkelijk gemeenschappelijke visie over sociale markteconomie te ontwikkelen of in ieder geval hierover een transnationaal debat te voeren.²⁷ Volgens René is een hogere graad van politieke integratie een illusie, gezien de enorme historische, staatkundige en sociaal-culturele verschillen tussen de lidstaten. De auteurs van dit stuk voegen daaraan toe dat dit zeker geldt voor de Oost-Europese landen, die, anders dan de West-Europese lidstaten, nog geen afstand nemen van het neoliberale denken, dat het collectieve veronachtzaamt.²⁸

De vraag is of het solidariteitsbeginsel hiervoor een oplossing kan bieden. René heeft hier twijfels over. Tegelijkertijd wordt door ons opgemerkt dat de staat terug is in de economie. Bovendien is er rechtspraak waarin het solidariteitsbeginsel een belangrijke rol speelt, zoals de Poolse zaak over energieopslag, of de recente zaken van het Hof van Justitie over de conditionaliteitsverordening. In het eerste geval is er een specifieke verdragsbepaling, artikel 194 VWEU, dat het beginsel van energie-solidariteit vastlegt. Volgens het Hof van Justitie in de zaak C-848/19 P (*Duitsland/Polen*),²⁹ is het solidariteitsbeginsel een grondbeginsel van het EU-recht en kan het beginsel bindende rechtsgevolgen teweegbrengen. Het Hof van Justitie oordeelt dat het solidariteitsbeginsel zowel voor de EU als de EU-lidstaten rechten en plichten meebrengt, waarbij de EU een solidariteitsverplichting jegens de EU-lidstaten dient na te komen en de lidstaten zowel onderling solidair moeten zijn als zich solidair moeten tonen met het gemeenschappelijke EU-belang. In de zaken C-156/21 (*Hongarije/Parlement en Raad*) en C-157/21 (*Polen/Parlement en Raad*) benadrukt het Hof van Justitie dat de begroting van de Unie een belangrijk instrument is om uitdrukking te geven aan het fundamentele beginsel van solidariteit tussen de lidstaten, en dat de uitvoering van dit beginsel via deze begroting is gebaseerd op hun wederzijds vertrouwen dat de in de begroting opgenomen gemeenschappelijke middelen op een verantwoorde wijze zullen worden gebruikt.³⁰

Een aanverwant thema betreffende de regulerende rol van de overheid in de marktwerking betreft de digitale markt. De ontwikkeling van digitalisering onderstreept de potentiële betekenis van grondrechten voor toekomstige regelgeving op dit terrein en laat zien dat de praktische betekenis van de verkeersvrijheden afneemt, ook al wordt soms teruggegrepen op aloude interne-marktharmonisa-

24 Zie *SEW* 2021, afl. 4, special over COVID-19, en in het bijzonder het artikel van S.A. de Vries, 'Covid-19 en de veerkracht van de EU interne-marktvrijheden', *SEW* 2021, afl. 4, p. 127-142.

25 De Raad en het Europees Parlement hebben op 7 juni 2022 een politiek akkoord bereikt over een nieuwe richtlijn ter bevordering van een evenwichtiger man-vrouwverhouding in de raden van bestuur van beursgenoteerde ondernemingen, beschikbaar via: www.consilium.europa.eu/nl/press/press-releases/2022/06/07/council-and-european-parliament-agree-to-improve-gender-balance-on-company-boards.

26 S. Garben, 'Competence Creep Revisited', *Journal of Common Market Studies* (57) 2019, afl. 2; S. Garben, 'From Sneaking to Striding: Combatting Competence Creep and Consolidating the EU Legislative Process', *European Law Journal* (56) 2020, afl. 5/6.

27 Zie Europees Economisch en Sociaal Comité, *Recent evolutions of the Social Economy in the European Union*, 2017, beschikbaar via: www.eesc.europa.eu/sites/default/files/files/qe-04-17-875-en-n.pdf.

28 In zijn boeken over de naoorlogse periode en in het bijzonder *Ill Fares The Land* en *Postwar*, beschrijft de Brits-Amerikaanse historicus Tony Judt hoe het individualisme zowel aan de rechterkant (Margaret Thatcher) als de linkerkant van het politieke spectrum (sociale voortuitgang als som van individuele deelbelangen) aan het begin van de jaren tachtig van de vorige eeuw aan invloed heeft gewonnen.

29 HvJ EU 15 juli 2021, C-848/19 P, ECLI:EU:C:2021:598 (*Duitsland/Polen*).

30 HvJ EU 16 februari 2022, C-156/21, ECLI:EU:C:2022:97, par. 129 (*Hongarije/Parlement en Raad*) en HvJ EU 16 februari 2022, C-157/21, ECLI:EU:C:2022:98, par. 147 (*Polen/Parlement en Raad*).

tiemethoden, zoals de voorgestelde AI-verordening laat zien.³¹ In dit wetgevingsvoorstel wordt de zogenoemde ‘nieuwe aanpak’-harmonisatietechniek uit de productveiligheidsrichtlijnen gebruikt om het onderwerp van kunstmatige intelligentie in de EU te reguleren.

Volgens René is een grondrechtenbenadering cruciaal in de aanpak van de macht van de techbedrijven, die niet alleen met behulp van het mededingingsrecht kan worden bestreden. Het feit dat grondrechten dan ook een horizontale werking moeten hebben en dus verplichtingen voor particulieren in het leven roepen, is evident. Volgens René was al vanaf het allereerste begin van het EU-Handvest duidelijk dat het Hof van Justitie ooit horizontale werking van grondrechten zou aanvaarden, in tegenstelling tot wat destijds de Nederlandse regering dacht, gezien de beperkte formulering in artikel 51 EU-Handvest waarin particulieren niet worden genoemd.³² René sluit dit onderwerp af met de stelling dat volgens hem elk grondrecht – althans potentieel – horizontaal kan werken.

Tot slot

Het korte overzicht dat wij hiervoor van het gesprek met René hebben gegeven betreft slechts enkele van de vele

vragen die wij hem hebben gesteld en hadden willen stellen. Wat ons bij de beantwoording van de vragen is opgevallen betreft niet alleen het uitzonderlijke gemak waarmee René de jurisprudentie, wetgeving en doctrine hanteert en citeert, hetgeen te verwachten valt voor een doorgewinterde Europeesrechtelijke jurist, maar ook de stelligheid van zijn standpunten. René denkt vanuit theoretische concepten die hem automatisch naar een antwoord leiden. De vraag of die antwoorden ook praktisch haalbaar zijn, is daarbij van ondergeschikt belang. Deze benadering komt met name tot uitdrukking bij zijn visie op de autonomie en voorrang van het Unierecht: het recht moet uniform zijn aan de lidstaten anders komt het vanzelf met zijn eigen doel in conflict. Hij benadrukt keer op keer het grote belang van rechtswetenschappelijk onderzoek naar de theoretische grondslagen van het Unierecht. Deze benaderingswijze werkt bijzonder verfrissend in een tijd waarin aan het Europese recht getornd wordt. Degenen die de autonomie en de voorrang van het Europese recht niet willen aanvaarden, moeten zich serieus beraden over hun deelname aan dat recht en daarmee aan het Europese project. Of ze dat ook gaan doen is een andere zaak, maar René heeft in ieder geval gesproken.

31 Voorstel van de Europese Commissie voor een verordening van het Europees Parlement en de Raad tot vaststelling van geharmoniseerde regels betreffende artificiële intelligentie (wet op de artificiële intelligentie) en tot wijziging van bepaalde wetgevingshandelingen van de Unie, COM(2021) 206.

32 Zie HvJ EU 6 november 2018, C-569/16 en C-570/16, ECLI:EU:C:2018:871 (*Bauer en Broßonn*).