

De invloed van de jurisprudentie van het Hof van Justitie op het procesrecht van de Lidstaten

A.F.M. Brenninkmeijer

De jurisprudentie van het Hof van Justitie heeft steeds meer invloed op de wijze waarop de nationale rechter tot rechtsoordelen komt waarbij Europees recht van toepassing is. Daarmee draagt het Hof van Justitie krachtig bij aan de Europese eenwording. Deze ontwikkeling wordt gezien tegen de achtergrond van de constitutionele ontwikkeling van de EG, die niet zonder problemen verloopt.

Inleiding

Met de voortgaande economische en sociale integratie van Europa gaat ook een juridische integratie gepaard. Het Europese recht ontwikkelt zich en daarmee ontwikkelt zich ook de verhouding tussen de EG en de Lidstaten. Geleidelijk komt een Europese constitutionele structuur tot stand. Vanwege ontoereikende overeenstemming tussen de politieke leiders die verantwoordelijk zijn voor de vormgeving van de Europese integratie is onvoldoende duidelijk in welke richting die constitutionele structuur zich zal ontwikkelen. Rondom de totstandkoming van Maastricht is discussie gevoerd over het al dan niet federale karakter van Europa¹ en het democratisch tekort. Deze discussie heeft duidelijk gemaakt dat er nog geen consensus is over de uiteindelijke vormgeving van de EG.²

Het Hof van Justitie heeft een krachtige sturende invloed op de verhouding tussen het gemeenschapsrecht en de nationale rechtsordes. Op grond van de jurisprudentie van het HvJ – en niet primair op grond van politieke wilsvorming van de Lidstaten – heeft de Europese rechtsorde op verschillende manieren invloed gekregen op het nationale recht.

De nakoming van Europeesrechtelijke verplichtingen door de Lidstaten wordt op institutioneel niveau binnen de Gemeenschap gecontroleerd. Zo is de Commissie bevoegd een Lidstaat voor het HvJ te dagen terzake van nalatigheid. De ‘Europese burger’ komt een zodanige bevoegdheid niet toe. Deze is aangewezen

1. T. Koopmans, *Federalism: The wrong debate*, CMLRev 1992, p. 1047 e.v.

2. Zie over de achtergronden en problemen: J.H.H. Weiler, *The Transformation of Europe*, The Yale Law Journal 1991, p. 2405 e.v.

op de nationale rechter, die eventueel prejudicieel tussenkomst van het HvJ kan vragen. Op grond van het voorgaande ontstaat in constitutioneel opzicht een hybridische verhouding tussen 'staats'organen. Het HvJ is geen rechter in een stelsel van checks and balances, mede omdat er op Europees niveau geen scheiding van machten kan worden aangewezen. De overwegende invloed van de Commissie en de Raad, de beperkte bevoegdheden van het Europese parlement en de bijzondere positie van het HvJ (en het Gerecht van eerste aanleg) staan eraan in de weg om van een reëel machtsevenwicht binnen de gemeenschap te spreken.³ Deze hybridische verhouding heeft invloed op de taakverdeling tussen het HvJ en de nationale rechter. Het HvJ vervult als constitutioneel rechter binnen de Gemeenschap een sturende rol bij de verdere Europese integratie. Het HvJ beschouwt het als deel van die sturende rol om de nationale rechter zo goed mogelijk in staat te stellen een taak te vervullen bij de Europese integratie. Langs deze weg ontstaat de noodzaak invloed uit te oefenen op het nationale procesrecht. De jurisprudentie van het HvJ laat zien dat stapsgewijs de invloed van de Europese integratie ook op procesrechtelijk terrein toeneemt. Het heeft weinig zin om in dit verband te spreken over bestuursprocesrecht dan wel burgerlijk procesrecht, omdat deze jurisprudentie-ontwikkeling dit onderscheid negeert. Het is de vraag of harmonisatie van het procesrecht binnen de mogelijkheden ligt en afgezien daarvan is voorspelbaar dat die harmonisatie nog op zich zal laten wachten. De verschillen in rechtssystemen binnen de Gemeenschap zijn groot. De verhouding tussen publiek- en privaatrecht en het al dan niet bestaan van een of meer afzonderlijke administratieve rechtsgangen en daarmee in verband de regeling van de rechtspleging inzake de onrechtmatige overheidsdaad vormen onderwerpen die bijvoorbeeld verschillend geregeld zijn. Bovendien is het de vraag of met inachtneming van het subsidiariteitsbeginsel een vergaande harmonisatie van procesrecht mogelijk is.

2 HvJ en nationale rechter

Het jaar 1992 markeert voor de Europese Gemeenschap niet primair het -- in de media breed uitgemeten -- wegvallen van de binnengrenzen, doch eerder het evident worden van de grenzen van de Europese ontwikkeling zelf. Het Verdrag van Maastricht vormt op een aantal punten wellicht een vooruitgang in de Europese eenwording, het is echter ook duidelijk geworden dat bepaalde

3. K. Lenaerts, Some reflections on the separation of powers in the European community, CMLRev 1991, p. 11 e.v.

ontwikkelingen zijn gestokt. De referenda in Denemarken en Frankrijk hebben duidelijk gemaakt dat de opstellers van het Verdrag van Maastricht onvoldoende oog hebben gehad voor de vraag of – zoals in een democratische rechtsstaat mag worden verwacht – de ‘Europese burgers’ voldoende betrokken waren bij de Europese ontwikkeling. Voorts rees de vraag of de Europese ontwikkeling zoals die verder gestalte kreeg in het Verdrag van Maastricht wel voldoende legitimatie genoot bij de ‘Europese burgers’. De aanvankelijke reactie van de Europese leiders en van de vertegenwoordigers van de Europese instellingen was er een van ongeloof. Het adagium leek te zijn dat wanneer de Europese burgers maar voldoende voorgelicht waren over de zegeningen van Europa iedere weldenkende burger vóór zou zijn. Langzamerhand wordt echter duidelijk dat het probleem niet primair ligt bij de Europese burger als wel bij de politieke leiders die de ontwikkeling van de Europese gemeenschappen gaande houden of behoren te houden. Er zit een blinde vlek in de constitutionele visie van de bouwmeesters van Europa. Door deze blinde vlek is iets niet zichtbaar wat van wezenlijke betekenis is voor de ontwikkeling van de Europese constitutionele orde: de democratische legitimatie van die rechtsorde.

De Gemeenschap is een supranationale rechtsorde met specifieke kenmerken. De op de jurisprudentie van het HvJ gebaseerde rechtstreekse werking en voorrang van Europees recht impliceert dat niet alleen een rol speelt de verplichting van de staat als volkenrechtelijk rechtssubject om gevolg te geven aan de uit de Europese rechtsorde voortvloeiende gehoudenheden, doch ook dat er een eigen Europese rechtsorde is ontstaan, die assimileert met de nationale rechtsorde. Deze assimilatie is een proces, geen statische toestand. Belangrijke ontwikkelingen op Europees niveau kunnen van invloed zijn op dit proces.

In de machtsstructuur in Europa die als ‘dual’ kan worden bestempeld, vervult het Hof van Justitie een krachtige rol als constitutionele rechter. De taak van de nationale rechter verschilt fundamenteel van die van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen. De nationale rechter heeft een plaats in het constitutionele bestel van de Lidstaat, waarin de scheiding van machten en een stelsel van checks and balances een belangrijke betekenis hebben. Het Hof van Justitie heeft op grond van het EG-Verdrag bepaalde specifieke rechtsprekende taken, die tot doel hebben een goede werking van de gemeenschap mede te waarborgen. Het Hof van Justitie valt echter voor wat betreft de rechtsbescherming van individuen binnen de gemeenschap in sterke mate terug op de nationale rechter, die voor de gemeenschap als ‘juge de droit commun’ is gaan functioneren. Belangrijke elementen van de doorwerking van het Europese recht in de nationale rechtsorde zijn gebaseerd op de jurisprudentie van dat Hof en berusten

niet – of juist niet – op politieke besluitvorming terzake. Waar politieke consensus in het verleden soms ontbrak, heeft het Hof van Justitie de Europese eenwording in juridisch opzicht operationeel gemaakt. Daarmee is de optimale doorwerking van Europese regelgeving in de nationale rechtsordes krachtig gewaarborgd. Niet alleen het verdragsrecht, verordeningen en beschikkingen, maar ook de tot de nationale staten gerichte richtlijnen kunnen directe rechtsgevolgen in het leven roepen. Ook ongeschreven recht, in de vorm van door het Hof van Justitie in de jurisprudentie ontwikkelde beginselen, gaat een steeds belangrijker rol spelen. Het Hof van Justitie heeft het juridische instrumentarium ontwikkeld op grond waarvan aan Europese burgers de bevoegdheid toekomt om de rechtsgevolgen van het EG-recht hoofdzakelijk via de nationale rechter af te dwingen en aan dit instrumentarium zijn recent nog meer krachtige middelen toegevoegd.

Het Van Gend en Loos-arrest en het arrest Costa-Enel vormden in de jaren zestig de aanzet voor een krachtige ontwikkeling van het Europese recht in verhouding tot de nationale rechtsordes van de Lidstaten. Uit die jurisprudentie blijkt dat het HvJ als uitgangspunt heeft gekozen dat de Lidstaten met de totstandkoming van de EG een eigen rechtsorde in het leven hebben geroepen waaraan op bepaalde terreinen soevereiniteit van de Lidstaten is overgegaan. Sinds die jurisprudentie is deze ontwikkeling versterkt doorgezet.

Probleem van deze ontwikkeling is echter dat de juridisch krachtig gewaarborgde doorwerking van het Europese recht niet steeds correspondeert met de constitutionele legitimatie die voor 'een ieder verbindende regelgeving' behoort te gelden in een democratische rechtsstaat. Het democratische element van de Europese besluitvorming is zwak ontwikkeld en naar het laat zich aanzien, zal daar voorsnog geen verandering in komen. De reden daarvoor is eenvoudig.

De discussie rond het Verdrag van Maastricht laat zien dat het primaat van de politieke besluitvorming bij de nationale overheden ligt. Over een federatief verband mocht niet worden gesproken, omdat in dat concept te zeer zou worden getornd aan de nationale autonomie. In constitutioneel opzicht dient zich echter het probleem aan dat wanneer de EG wezenlijk zou worden gedemocratiseerd door toekenning van substantiële bevoegdheden aan het Europese parlement, ook het constitutionele zwaartepunt onvermijdelijk zou verschuiven van de afzonderlijke Lidstaten naar de EG. Het is juist dit perspectief dat sommige Lidstaten ervan afhoudt de wezenlijke stappen te zetten om de Europese integratie in constitutioneel opzicht verder te helpen. Dit vormt een realiteit: De Gemeenschap vormt nog geen volwaardige democratische rechtsstaat.

De structurelementen van het EG-recht

Uit constitutioneel opzicht is niet alleen de organisatie en bevoegdhedenstructuur van de instellingen van de Gemeenschappen van belang. Ook is de verhouding tot de Lidstaten van betekenis. Vier (welbekende) hoofdelementen zijn daarbij te onderscheiden.

In de eerste plaats de verplichting van artikel 5 van het Verdrag: enerzijds de positieve verplichting om alle algemene of bijzondere maatregelen te treffen welke geschikt zijn om de nakoming van de communautaire regelgeving te verzekeren en anderzijds de negatieve verplichting om zich te onthouden van alle maatregelen welke de verwezenlijking van de doelstellingen van het EG-Verdrag in gevaar kunnen brengen. Uit de jurisprudentie van het HvJ blijkt dat deze verplichtingen zich niet alleen richten tot de Lidstaten als zodanig – als rechtssubjecten van de uit het EG-Verdrag op grond van het volkenrecht voortvloeiende verplichtingen –, doch ook tot de organen van de Lidstaten direct. Met name voor de nationale rechter heeft deze jurisprudentie betreffende de ‘*gemeenschapstrouw*’ grote gevolgen, omdat ook de rechter geacht wordt zowel positief als negatief bij te dragen aan de effectieve doorwerking van het communautaire recht.

In de tweede plaats de *rechtstreekse werking* van communautaire regelgeving en in de derde plaats de *voorrang* van die regelgeving op nationale regelgeving ongeacht of die van eerdere of latere datum is.

Het vierde hoofdelement betreft wat ik zou willen noemen het communautaire *toetsingsverbod*, te verstaan als het verbod om een bepaalde rechtsregel buiten toepassing te laten of onverbindend te verklaren wegens strijd met een andere (hogere) rechtsregel. Uit de jurisprudentie van het HvJ blijkt dat het de nationale rechter – evenals de andere organen van Lidstaten – is toegestaan om communautaire regelgeving noch te toetsen aan nationaal (constitutioneel) recht, noch aan ander internationaal recht, bijvoorbeeld grondrechten vastgelegd in verdragsrecht. Dit toetsingsverbod is uit nationaal constitutioneel opzicht van grote betekenis. Het hangt af van de nationale constitutionele ordening in welke mate (constitutionele) toetsing of toetsing aan verdragsrecht mogelijk is, doch voor zover nationale rechters dergelijke bevoegdheden hebben, houdt dit Europeesrechtelijke toetsingsverbod juist in constitutioneel opzicht een gevoelige beperking in. Ter compensatie van dit verlies aan rechtsbescherming heeft het HvJ twee oplossingen in de jurisprudentie ontwikkeld. De nationale rechter is bevoegd om in het kader van een prejudiciële vraag de ongeldigheid onder meer wegens strijd met een hogere regeling van communautaire regelgeving op te werpen en de rechter is

bevoegd om voorafgaande aan prejudiciële voorlegging onder strikte voorwaarden de doorwerking van communautaire regelgeving in kort geding op te schorten. Op deze wijze verschuift de constitutionele toetsing van nationaal naar communautair niveau, doch is die toetsing wel – op voorwaarden door het HvJ vastgesteld – gewaarborgd. Voorts heeft het HvJ de stap gezet om in het kader van de Gemeenschap te toetsen aan fundamentele rechten die vastgelegd zijn in verdragsrecht, onder meer het Europese Verdrag inzake de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden.⁴ Hiermee is het HvJ vooruit gelopen op de formele toetreding van de EG tot dat verdrag. Ook overigens valt op dat het HvJ in de jurisprudentie interpretatief leunt op de ‘constitutionele traditie’ van de Lidstaten en op rechtsbeginselen. Deze interpretatie neigt – gelet op de vaagheid van dit normcomplex – naar toetsing aan vage normen en ongeschreven recht, die het Hof van Justitie een niet geringe rechtsvormde macht geeft.

Vastgesteld kan worden dat in de jurisprudentie van het HvJ uit het oogpunt van juridische techniek optimaal de doorzetting en waarborging van het communautaire recht is gerealiseerd. Nationale constitutionele rechtspraak zou de gemeenschapstrouw en de voorrang en de uniforme gelding van het gemeenschapsrecht in gevaar kunnen brengen, doordat niet Europese doch nationale of zelfs nationalistische belangen de overhand zouden kunnen krijgen. In de loop der tijd zijn echter twee fundamentele uitgangspunten uiteen gaan groeien. Enerzijds de volkenrechtelijke binding van een staat als volkenrechtelijk rechtssubject, welke binding in beginsel nationale toetsing van het internationale recht uitsluit, anderzijds de vorming van een eigen Europese rechtsorde, gebaseerd op rechtstreekse werking en voorrang van communautaire regelgeving. Door het ineenvloeien van het volkenrechtelijke perspectief en het supranationale Europese perspectief heeft de Europese rechtsorde een uit constitutioneel opzicht onvoldoende duidelijk karakter gekregen. De besluitvorming rondom “Maastricht” heeft laten zien dat de politieke bereidheid om een scherper constitutioneel perspectief voor de Gemeenschappen te scheppen, ontoereikend is.

Hieraan moet nog een waarneming worden toegevoegd. De discussies rondom ‘Maastricht’ hebben tevens laten zien dat – mede vanwege het ontbreken van een reële Europese democratie – de communautaire besluitvorming die deels intergouvernementeel verloopt en deels berust op ambtelijk (intergouvernementeel) vooroverleg en besluitvorming van de Commissie, een overwegend

4. K. Lenaerts, Fundamental rights to be included in a Community Catalogue, ELR 1991, p. 367 e.v., A. Cassese, A. Clapham en J. Weiler, Human rights and the European Community, Baden-Baden 1991.

bureaucratische inslag heeft. De regeldichtheid die langs deze weg bereikt wordt, is uit maatschappelijk oogpunt niet steeds verantwoord. De kwaliteit van communautaire regelgeving staat ook niet hoog aangeschreven.

Inmiddels is het begrip 'subsidiariteit' mede in dit verband als oplossing aangedragen.⁵ Communautaire regelgeving zou moeten worden getoetst aan dit beginsel.⁶ Onvoldoende oog bestaat echter voor het probleem dat een vaag begrip als subsidiariteit primair politieke invulling behoeft, terwijl voorspelbaar is dat uiteindelijk het begrip subsidiariteit door het HvJ zal worden uitgelegd. Ook hier ligt voor de toekomst van de Gemeenschap het probleem dat keuzen die op democratisch/politiek niveau zouden moeten worden gemaakt (net zoals de hiervoor genoemde rechtstreekse werking, voorrang en toetsingsverboden) structureel worden doorgeschoven naar de rechter, in casu het HvJ. Hiermee wordt de grens van de rechtsvormende taak van de rechter – in het perspectief van de democratische rechtsstaat – genaderd.

Effectieve rechtsbescherming

De verhouding tussen het HvJ en de nationale rechter in de Lidstaten is in constitutioneel opzicht uniek. Het HvJ heeft – als gezegd – slechts een beperkte taak en daarom tracht het HvJ de nationale rechter in de gelegenheid te stellen om op zo effectief mogelijke wijze de communautaire doelstellingen te realiseren. De nationale rechter wordt op zijn beurt geprikkeld om zich actief op te stellen, doordat de rechtstreekse werking en de voorrang van Europees recht ertoe leiden dat rechtssubjecten in de Lidstaten voor de nationale rechter de nakoming van Europese regelgeving kunnen vorderen. Het is een rechtspolitieke keuze geweest van het HvJ om de burger deze rechten toe te kennen, ten einde de doorwerking van Europees recht zo effectief mogelijk te waarborgen. De burger is daarmee de waakhond voor de juiste uitvoering van Europese regelgeving geworden, mede voor zover deze uitvoering afhangt van handelingen van de organen van de Lidstaat. Veel rechtsvorming door het HvJ is juist ook door deze benadering ingegeven. Veel jurisprudentie betreft prejudiciële vragen en veel jurisprudentie

5. 'EUROPE'/Documents nr. 1804/05, d.d. 30 oktober 1992, Position of the European commission of defending and implementing the principle of subsidiarity. A.G. Toth, The principle of subsidiarity in the Maastricht Treaty, CMLRev 1992, p. 1079 e.v. en D.Z. Cass, The word that saves Maastricht? The principle of subsidiarity and the division of powers within the European Community, CMLRev 1992, p. 1107 e.v.

6. Zie over de verhouding tussen subsidiariteit en vrij verkeer: J.P.H. Donner, De nationale wetgever en de Gemeenschap, SEW 1992, p. 464 e.v. (467).

betreft de niet (juiste) implementatie van Europese regelgeving, in het bijzonder richtlijnen.

Uitgangspunt van de jurisprudentie van het HvJ is dat de nationale rechter in beginsel toepassing geeft aan het nationale procesrecht bij de beantwoording van Europeesrechtelijke vragen.⁷ Voorwaarde is wel dat er geen verschil in effectiviteit is tussen de nationale rechtsbescherming en de rechtsbescherming gericht op de doorzetting van Europees recht en dat de nationale rechtsweg voldoende effectief is.⁸

De eis van effectieve rechtsbescherming is in het bijzonder actueel nu in verschillende richtlijnen ook aandacht wordt geschonken aan dit aspect. Zo komen in de richtlijnen inzake de gelijke behandeling van vrouwen en mannen bepalingen voor die de Lidstaat opdragen zorg te dragen voor effectieve rechtsbescherming.⁹ Aangezien het hier uiteindelijk om een positieve verplichting gaat en niet primair om een negatieve, kan moeilijk staande worden gehouden dat aan dergelijke bepalingen zonder meer rechtstreekse werking toekomt. Het is daarom afhankelijk van de inrichting van het nationale procesrecht of een burger die effectieve rechtsbescherming zal kunnen genieten.¹⁰

Het HvJ heeft dit uitgangspunt in de zaak Emmott als volgt onder woorden gebracht:

“it is for the domestic legal system of each Member State to determine the procedural conditions governing actions at law intended to ensure the protection of the rights which individuals derive from the direct effect of Community law, provided that such conditions are not less favourable than those relating to similar actions of a domestic nature nor framed so as to render virtually impossible the exercise of rights conferred by Community law.” Deze jurisprudentie houdt een bevestiging in van de jurisprudentie gevormd in de arresten Rewe en Comet.¹¹

7. Zie voor een overzicht o.a. de bijdrage van P.J.G. Kapteijn, De organisatie van de rechtsbescherming van particulieren in de EG, ook in: NTB 1993, p. 38 e.v.; P. Oliver, Le droit communautaire et les voies de recours nationales, Cahiers de droit européen 1992, p. 348 e.v.; A. Barav, La plénitude de compétence du juge national en sa qualité de juge communautaire, in: L'Europe et le droit, Mélanges à Jean Boulois, Parijs 1991, p. 1 e.v. en F. Grévisse en J.-C. Bonichot, Les incidences du droit communautaire sur l'organisation et l'exercice de la fonction juridictionnelle dans les états membres, idem, p. 297 e.v.
8. Zaak 33/76, Rewe, Jur. 1976, p. 1989 en zaak 45/76, Comet, Jur. 1976, p. 2043.
9. 75/117, 76/207 en 79/7.
10. Overigens zal nadere jurisprudentie van het Hof, bijvoorbeeld in de zaak Marshal II (C-271/91) op dit punt verdere duidelijkheid moeten verschaffen. Vgl. de conclusie van A-G Van Gerven d.d. 26 januari 1993 in die zaak.
11. Zie noot 8.

Eventueel zou richtlijnconforme uitleg in bepaalde specifieke situaties uitkomst kunnen bieden. In het uiterste geval – effectieve rechtsbescherming ontbreekt, zodat de schending van de gelijkheid in de zin van de richtlijn niet voor de rechter kan worden aangevochten – is de Lidstaat aansprakelijk voor de schade die de burger om die reden lijdt. Daarbij geldt wel als vereiste dat aan de voorwaarden die in het Francovich-arrest¹² zijn gesteld, is voldaan. Toekomstige jurisprudentie van het Hof van Justitie zal moeten leren hoe de grenzen liggen van de aansprakelijkheid die uit deze uitspraak voortvloeit.

De doorwerking van het Europese recht op het nationale procesrecht zou in de toekomst echter een verdergaande strekking kunnen hebben. Kernvraag is in hoeverre burgers bij de nakoming van Europees recht voor de nationale rechter processuele rechten en bevoegdheden kunnen ontleenen aan de jurisprudentie van het HvJ. Expliciet wordt hier gesteld *aan de jurisprudentie van het Hof van Justitie*, omdat uit het voorgaande duidelijk is gebleken dat wanneer bijvoorbeeld in een richtlijn een aanspraak op effectieve rechtsbescherming terzake van de nakoming van de richtlijn is opgenomen, de uitvoering van die bepaling primair afhankelijk is van de activiteit van de wetgever bij de implementatie van die richtlijn. Toch vallen er wellicht meer positieve tendenzen in de jurisprudentie van het HvJ te onderkennen.

De positieve en negatieve werking van de jurisprudentie

De invloed die de jurisprudentie van het HvJ heeft op het nationale procesrecht kan worden gekarakteriseerd al naar gelang het daarbij gaat om negatieve grensbepaling dan wel dat die jurisprudentie positieve werking – constitutieve werking – heeft op het nationale procesrecht.

Als voorbeelden¹³ van de negatieve grensbepaling die uit de jurisprudentie van het HvJ voortvloeit, kunnen de volgende uitspraken worden genoemd:

De zaak Emmott is van betekenis voor de aanvang van beroepstermijnen die krachtens nationaal procesrecht gelden. Hoewel de aanvang van een beroepstermijn naar nationaal recht verbonden kan zijn met de datum waarop een besluit bekend wordt gemaakt of rechtskracht verkrijgt, heeft het HvJ vastgesteld dat een beroepstermijn nog niet kan aanvangen wanneer de Lidstaat nalatig is geweest een richtlijn te implementeren. Zolang deze implementatie nog niet heeft

12. Gevoegde zaken C-6/90 en C-9/90, Francovich/Bonifaci, Jur. 1991, p. I-5357, NJB 1992, p. 250 e.v.

13. Zie voor een meer volledig overzicht van de jurisprudentie de in noot 7 genoemde bronnen.

plaatsgevonden, kunnen burgers immers niet in volle omvang hun rechten doen gelden.¹⁴

De voorwaarden waaronder een vordering in kort geding toewijsbaar is in verband met de stelling dat een nationale handeling ter uitvoering van een gemeenschapsverordening ongeldig is, omdat de daaraan ten grondslag liggende verordening rechtskracht mist, zijn in het 'Zuckerfabriken' arrest uitgewerkt. De eisen die in het nationale recht worden gesteld aan de toewijsbaarheid van een vordering in kort geding, gelden niet voor Europeesrechtelijke rechtshandelingen, met inbegrip van nationale uitvoeringsbeschikkingen.¹⁵ Hier geldt weer dat het nationale procesrecht buiten toepassing blijft voor zover dit ruimere toewijzingsmogelijkheden biedt dan in communautair verband toelaatbaar is. Deze jurisprudentie bouwt voort op het arrest in de zaak Foto-Frost, waarin beslist werd – bij wijze van toetsingsverbod – dat wanneer een nationale rechter van oordeel is dat een besluit van een gemeenschapsinstelling ongeldig is, eerst prejudicieel het oordeel van het HvJ moet worden gevraagd.¹⁶

In het arrest Factortame-I werd beslist dat een nationaalrechtelijk toetsingsverbod buiten toepassing moest worden gelaten. Is een nationale rechter niet bevoegd de gelding van een bepaalde nationale rechtsbeslissing op te schorten, terwijl hierdoor een inbreuk op het gemeenschapsrecht wordt gevreesd, dan is de nationale rechter gehouden dit toetsingsverbod te negeren.¹⁷

Naast deze vormen van negatieve grensbepaling lijkt een meer positieve doorwerking van de jurisprudentie van het HvJ aan terrein te winnen. Daarbij moet worden opgemerkt dat het hierbij niet om een scherp contrast gaat tussen positief en negatief. Het arrest Factortame-I 'introduceert' in zekere zin een Europeesrechtelijk kort geding, doch slechts op basis van de reeds bij de rechter bestaande bevoegdheid om tot bijvoorbeeld schorsing over te gaan. Slechts de nationaalrechtelijk bepaalde belemmering om in casu een *act of parliament* te schorsen moest buiten toepassing worden gelaten. Het is vanzelfsprekend afhankelijk van de creativiteit van het HvJ enerzijds en de vormgeving van het nationale recht anderzijds of de versterking van de effectieve rechtsbescherming kan worden geformuleerd als het uit de weg ruimen – in negatieve zin bedoeld – van nationale beperkingen.

14. Zaak C-209/90, Emmot, Jur. 1991, p. I-4269, SEW 1992, p. 783 m.nt. I. Sewandono en AB 1992, 1, m.nt. A.J. Meij.

15. HvJ 21 februari 1991, gevoegde zaken C-143/88 en C-92/89, Jur. 1991, p. I-535.

16. HvJ 22 oktober 1987, Foto-Frost, 314/85, Jur. 1987 p. 4199.

17. HvJ 25 juli 1991, C-221/89, Jur. 1991 p. I-2443.

Een eerste voorbeeld van een meer positieve werking van de jurisprudentie kan wellicht worden gevonden in die uitspraken op grond waarvan discriminatie verboden is tussen de handhaving van nationaal recht en van Europese regelgeving plaats vindt. De opheffing van deze ongelijke behandeling kan ertoe leiden dat de processuele bevoegdheden die aan een burger toekomen ter zake van de nakoming van nationaal recht op gelijke wijze ook aan hem toekomen waar het gaat om de nakoming van Europese regelgeving.¹⁸

Een tweede voorbeeld kan worden gevonden in de op de jurisprudentie van het HvJ gebaseerde aansprakelijkheid van de Lidstaat voor het nalatig zijn bij de implementatie van richtlijnen, zoals die uit het arrest in de zaak Francovich-Bonafachi voortvloeit. Globaal kan worden gesteld, dat wat ook de nationale vormgeving van de procesmogelijkheden van de burger ter zake van onrechtmatige overheidsdaden is, deze uitspraak impliceert dat voor de nationale rechter een actie tot schadevergoeding moet kunnen worden geëntameerd.¹⁹

Het arrest Johnston luidt een ontwikkeling in de jurisprudentie in die voor de effectieve rechtsbescherming van groot belang is. Inzet van het geschil vormde een prejudiciële vraag over onder meer de verplichting voortvloeiende uit richtlijn 76/207 van de Raad van 9 februari 1976 betreffende de tenuitvoerlegging van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen. In artikel 6 van deze richtlijn is opgenomen de verplichting van de Lidstaten om effectieve rechtsbescherming mogelijk te maken, waarbij expliciet wordt verwezen naar de interne rechtsorde: “De Lidstaten nemen in hun interne rechtsorde de nodige voorschriften op om een ieder die meent te zijn benadeeld door de niet-toepassing te zijner aanzien van het beginsel van gelijke behandeling (...), de mogelijkheid te bieden om zijn rechten voor het gerecht te doen gelden na eventueel een beroep op andere bevoegde instanties te hebben gedaan.” In deze zaak leidde het HvJ uit deze bepaling af dat ter verwezenlijking van het doel – effectieve rechtsbescherming – de Lidstaat maatregelen moet nemen die doeltreffend genoeg zijn. Dit doeltreffend zijn op zich vormt een toetsingspunt voor het HvJ. Voorts stelt het HvJ dat in deze bepaling een algemeen rechtsbeginsel tot uiting komt, dat ten grondslag ligt aan het constitutionele erfgoed dat alle Lidstaten gemeen hebben, welk beginsel eveneens is neergelegd in de artikelen 6 en 13 van het EVRM. Voor de toepasselijkheid van het EVRM in Europees verband verwijst het HvJ naar de gemeenschappelijke verklaring van het Europees Parlement, de Raad en

18. Rewe en Comet, zie noot 8.

19. Gevoegde zaken C-6/90 en C-9/90, (zie noot 12), waarover het NJB-speciaal 1992, p. 250 e.v.

de Commissie van 5 april 1977²⁰ alsmede de eigen jurisprudentie van het HvJ. Voorts legt het HvJ de inhoud van artikel van de richtlijn uit in het licht van dit beginsel. In de zaak Johnston vormde een verklaring die op grond van het toepasselijke nationale recht onweerlegbaar bewijs vormde dat aan de voorwaarde voor een afwijking van het beginsel van gelijke behandeling is voldaan, de inzet zodat voor rechterlijke toetsing geen plaats meer was. Dat werd in strijd met artikel 6 van de richtlijn geoordeeld. In concreto komt het er ook hier op neer, dat een bepaling van nationaal recht wegens strijd met deze bepaling uit de richtlijn buiten toepassing moet worden gelaten. De zaak Johnston vormde een prelude voor een volgende zaak waarin het HvJ weer een stap verder gaat: de zaak Heylens.

Ook hier gaat het om een prejudiciële vraag, doch hier betrof het het vrij verkeer van personen, in casu een voetbaltrainer die uit onrechtmatige daad werd aangesproken in Frankrijk wegens het onbevoegdlijk voeren van de titel van voetbaltrainer. In deze zaak ging het niet om de uitleg van enige richtlijn, doch om het vrij verkeer zoals vastgelegd in het EG-Verdrag zelf. Het HvJ zocht voor het recht op effectieve rechtsbescherming aansluiting bij de zaak Johnston:

“Aangezien de vrije toegang tot het arbeidsproces een fundamenteel recht is dat het Verdrag aan iedere werknemer van de Gemeenschap toekent, is de mogelijkheid van beroep in rechte tegen iedere beslissing van een nationale instantie waarbij de uitoefening van dat recht wordt geweigerd, van wezenlijk belang om de particulier een doeltreffende bescherming van zijn recht te waarborgen. Gelijk het Hof overwoog in (... Johnston ...) vormt dit vereiste een algemeen beginsel van gemeenschapsrecht, dat voortvloeit uit het constitutionele erfgoed dat alle Lidstaten gemeen hebben en dat tevens is neergelegd in de artikelen 6 en 13 van het Europese Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens.”

Deze zaak spitste zich toe op de vraag of de motivering van een weigering van de erkenning als voetbaltrainer verlangd kon worden. Het HvJ overwoog het volgende:

“Wanneer echter, zoals in casu, meer in het bijzonder de doeltreffende bescherming moet worden gewaarborgd van een fundamenteel recht dat het Verdrag de werknemers van de Gemeenschap toekent, moeten deze laatsten dit recht bovendien onder zo goed mogelijke omstandigheden kunnen verdedigen en moeten zij de mogelijkheid hebben om met volledige kennis van zaken te beslissen, of zij er baat bij hebben om zich tot

20. Pb. 1977, C 103/1.

de rechter te wenden. Bijgevolg is de bevoegde nationale instantie in een dergelijk geval gehouden, hen in kennis te stellen van de beweegredenen van haar weigering, hetzij in de beslissing zelf, hetzij in een latere, op hun verzoek verstrekte mededeling.”

Deze uitspraken in onderling verband beschouwd leiden tot de conclusie dat de aanspraak op effectieve rechtsbescherming inzake fundamentele rechten die uit het EG-recht voortvloeien, op zich een fundamenteel recht vormt dat door de burger tegenover de nationale instantie kan worden ingeroepen. Het opmerkelijke van de uitspraak in de zaak Heylens is dat hier niet een bepaling als artikel 6 van richtlijn kan worden aangewezen, waarop het recht op effectieve rechtsbescherming kan worden gebaseerd.

Het HvJ zal in toekomstige gevallen aan ieder ‘fundamenteel recht’ tevens het recht op effectieve rechtsbescherming verbinden.²¹ Een aanwijzing voor een zodanige ontwikkeling in de jurisprudentie is te vinden in de zaak Verholen.²² Daarin wordt onder meer het volgende overwogen:

“De vaststelling van de procesbevoegdheid en het procesbelang van een justitiabele is weliswaar in beginsel een kwestie van nationaal recht, maar ingevolge het gemeenschapsrecht moet de nationale wettelijke regeling een doeltreffende rechtsbescherming waarborgen²³ (...) en mag de toepassing ervan niet tot gevolg hebben, dat de uitoefening van door de communautaire rechtsorde verleende rechten praktisch onmogelijk wordt gemaakt” (arrest van 9 november 1983, zaak 199/82, San Giorgio, Jur. 1983, p. 3595).

Uit deze overweging blijkt dat mogelijkserwijs in toekomstige situaties de vaststelling van procesbevoegdheid en procesbelang – een kwestie van *in beginsel* nationaal recht – in het licht van het recht op effectieve rechtsbescherming zal worden benaderd.

In de zaak Borelli²⁴ komt een overweging voor die een krachtige bevestiging inhoudt van het voorgaande. Hier betrof het de vraag of voor de nationale rechter de juistheid van een voorbereidingshandeling voor een handeling van de Commissie die op nationaal niveau plaatsvindt, zou kunnen worden aangevochten. Het HvJ overwoog:

21. C.W.A. Timmermans, noot bij het arrest Heylens (222/86), *Ars Aequi* 1989, p. 287 e.v.

22. Gevoegde zaken C-87/90, C-88/90 en C-89/90, Verholen e.a., *Jur.* 1991, p. I-3757 en SEW 1993, p. 163 e.v., m.nt. S. Prechal. Zie ook zaak C-340/89, Vlassopoulou, *Jur.* 1991, p. I-2357.

23. Verwijzing naar Johnston en Heylens.

24. C-97/91, d.d. 3 december 1992, nog niet gepubliceerd.

“Il appartient, dès lors, aux juridictions nationales de statuer, le cas échéant après renvoi préjudiciel à la Cour, sur la légalité de l’acte national en cause, dans les mêmes conditions de contrôle que celles réservées à tout acte définitif qui, pris par la même autorité nationale, est susceptible de faire grief à des tiers, et, par conséquent, de considérer comme recevable le recours introduit à cette fin, même si les règles de procédure internes ne le prévoient pas en pareil cas.”

Deze uitbreiding van de bevoegdheid van de nationale rechter wordt wederom gebaseerd op een inmiddels in de jurisprudentie verzelfstandigd recht op effectieve rechtsbescherming.

Voor de toekomst is het interessant het oog te richten op richtlijnen die eventueel uitvoerig de effectieve rechtsbescherming tot onderwerp hebben. Als voorbeeld kan worden genoemd de richtlijn inzake de rechtsmiddelen inzake het plaatsen van overheidsopdrachten voor levering en voor de uitvoering van werken.²⁵ In artikel 2, eerste lid, van deze richtlijn wordt de Lidstaten opgedragen om de volgende bevoegdheden te creëren:

- a) Zo snel mogelijk in kort geding voorlopige maatregelen te nemen om de beweerde schending ongedaan te maken of te voorkomen dat de betrokken belangen verder worden geschaad, met inbegrip van de maatregelen om de aanbestedingsprocedure of de tenuitvoerlegging van enig door de aanbestede diensten genomen besluit, op te schorten danwel te doen verdwijnen;
- b) Onwettige besluiten nietig te verklaren danwel nietig te doen verklaren, met inbegrip van het verwijderen van discriminerende technische, economische of financiële specificaties in oproepen tot inschrijving, bestekken danwel in enig ander stuk dat verband houdt met de aanbestedingsprocedure;
- c) Schadevergoeding toe te kennen aan degenen die door een schending zijn gelaedeerd.

Voorzover de bevoegde instanties geen gerechten zijn, verplicht artikel 8 tot schriftelijke motivering en tegen hun besluiten moet – kort gezegd – beroep openstaan bij een onafhankelijk rechter.

Uit deze regeling blijkt dat de aanspraken van rechtssubjecten vrij gedetailleerd vastliggen. Het is niet onwaarschijnlijk dat wanneer implementatie niet op de juiste wijze heeft plaatsgevonden – waarbij het onder meer kan gaan om de wijze waarop arbitrage wordt ingepast – de rechter al interpreterend in de lijn van de verplichtingen die voortvloeien uit deze richtlijn uitleg geeft aan zijn bevoegd-

25. D.d. 21 december 1989, 89/665/BEG Pb. 1989, L 395/33.

heden.²⁶ Ook dan zal de vraag rijzen in hoeverre deze richtlijn meer positieve betekenis zal hebben voor het nationale procesrecht. Gelet op de eerdere jurisprudentie lijkt het niet onwaarschijnlijk dat bepalingen als deze ruimte geven voor positieve invloed van het Hof op de bevoegdheid van de nationale rechter. Belangrijk is echter vast te stellen dat het recht op effectieve rechtsbescherming een zelfstandige betekenis heeft gekregen in de jurisprudentie van het Hof.

Besluit

Er bestaat spanning tussen het recht op effectieve rechtsbescherming dat voortvloeit uit de jurisprudentie van het HvJ dat positieve – constitutieve – betekenis heeft voor het nationale procesrecht enerzijds en anderzijds het feit dat deze effectieve rechtsbescherming door de nationale rechter op basis van het nationale procesrecht wordt gegeven. De rechtsbescherming van de burger inzake de toepassing van het EG-recht wordt voor een belangrijk deel niet gegeven door de EG-rechter doch door de nationale rechter. Slechts in beperkte gevallen, bijvoorbeeld voor zover schadevergoeding wegens onrechtmatig handelen van gemeenschapsorganen wordt gevorderd, heeft de ‘Europese burger’ rechtstreeks toegang tot de Europese rechter. Voor het overige is de burger meestal aangewezen op de nationale rechter en de nationale regeling van de toegang tot die rechter. Niet onbelangrijk is dat met de jurisprudentie van het HvJ inzake het recht op effectieve rechtsbescherming een rechtspolitieke keuze door het HvJ is gemaakt om de doorzetting van het EG-recht door een beroep op de rechter, welke doorzetting als zodanig in het EG-recht slechts zwak is gewaarborgd, via de nationale rechter te optimaliseren.

Deze rechtspolitieke keuze draagt ertoe bij dat de EG zich ook in constitutioneel opzicht ontwikkelt tot een ‘Europa van twee snelheden’. Hetgeen in het eerste deel van deze bijdrage is gezegd over de constitutionele ontwikkeling van de EG als ‘eigen rechtsorde’, mede in het licht van ‘Maastricht’ laat het trage spoor van de EG zien: op politiek niveau wordt weinig bijgedragen aan een verantwoorde constitutionele ontwikkeling van de EG. Het snelle spoor wordt door de jurisprudentie van het Hof van Justitie gevormd. Rechtstreekse werking, voorrang,

26. Zie over de problematiek voor Nederland E.H. Pijnacker Hordijk, Tenuitvoerlegging van de nieuwe EG-richtlijnen inzake overheidsaanbestedingen binnen de Nederlandse rechtsorde, *Bouwwrecht* 1992, p. 99 e.v. en E.M.A. van der Riet, *Rechtsbescherming voor aannemers onder het Europese aanbestedingsrecht*, *Bouwwrecht* 1992, p. 117 e.v. alsmede het bijzonder nummer van *Bouwwrecht* 1993, p. 1-60.

toetsingsverboden en het recht op effectieve rechtsbescherming vormen door dat Hof in de jurisprudentie vastgelegde structurelementen van de eigen 'Europese rechtsorde'.

De ontwikkeling van het recht op effectieve rechtsbescherming, zoals dat door de nationale rechter moet worden toegepast, grijpt diep in in de constitutionele verhoudingen binnen iedere Lidstaat. De nationale rechter wordt uitgedaagd om – onder de inspirerende leiding van het Hof van Justitie – een rechtsvormende taak te vervullen die direct van invloed is op de bevoegdheden en taken van de nationale rechter. Hiermee komt het Hof van Justitie aan het constitutioneel evenwicht dat voor de verhouding tussen de rechter en de wetgever binnen elke Lidstaat geldt. Gelet op het doel – effectieve rechtsbescherming – valt er niets tegen deze bemoeienis in te brengen. Niet kan echter uit het oog worden verloren dat het Hof van Justitie zelf geen deel heeft in een stelsel van 'checks and balances' en met name niet functioneert in een rechtsorde die een democratisch fundament heeft.

De jurisprudentie van het Hof van Justitie op grond waarvan de effectieve doorwerking van het gemeenschapsrecht mogelijk is geworden, sluit echter goed aan bij de sociaal-economische ontwikkeling in Europa. Kennelijk is het Hof in staat om – wellicht beter dan de politieke leiders van de Europese staten – de hartslag van de maatschappelijke ontwikkelingen te volgen. Het snelle spoor van de rechtsontwikkeling van het HvJ lijkt daarom voor de actuele maatschappelijke situatie in de EG toonaangevend en niet het langzame spoor van de – intergouvernementele – besluitvorming door de politieke leiders van de Lidstaten. Het wordt daarom tijd dat die politieke leiders met meer constitutioneel besef kijken naar de ontwikkelingen in Europa en zorg dragen voor institutionele ontwikkelingen die stroken met de maatschappelijke ontwikkelingen in Europa.