

De polsstok van de rechter

1. De vraag die in deze bijdrage aan de orde wordt gesteld, is of een beroep op rechtsbeginselen een adequate rechterlijke reactie is op de veranderde functie van wetgeving.

Uitgangspunt is daarbij dat over die veranderde functie zelf de afgelopen jaren al bijzonder veel is gezegd en geschreven: de 'terugtrek' van de wetgever, het 'achterblijven' van de wetgeving, van 'codificatie' naar 'modificatie', de hantering van de wet als 'beleidsinstrument' e.t.q.¹ Ook als maar de helft van de in dat verband gelanceerde opvattingen houdbaar is – een veronderstelling die aan de veilige kant lijkt – loont het de moeite na te gaan hoe andere organen die een rol hebben te spelen in de ontwikkeling van de rechtsvorming, op de gesignaleerde veranderingen hebben ingespeeld. H.D. van Wijk kon in 1959 nog met een schijn van gelijk betogen dat de 'voortgaande terugtrek' van de wetgever een corresponderende terugtrek van de rechter met zich meebracht, om juist het bestuur een steeds breder 'middengebied van het veld der rechtsvinding' te laten;² er zullen thans weinigen zijn die deze stelling nog 'in haar algemeenheid' – zoals de Hoge Raad zou zeggen – voor hun rekening zouden willen nemen. In elk geval: schrijver dezes meent dat juist de veranderde functie van wetgeving en de (daarmee overigens samenhangende) uitbreiding van de bestuurlijke bemoeiingen samen een activistischer klimaat in de rechtspraak hebben doen ontstaan, en wel dusdanig dat eerder van vergroting dan van inkrimping van de rechterlijke bijdrage tot het proces van rechtsvorming kan worden gesproken. Die vergroting roept dan het prikkelende probleem in het leven in hoeverre de rechter, gegeven de aard van zijn taak, inderdaad sturend kan optreden, m.a.w. hoever zijn polsstok reikt.

Ik stel mij voor dat probleem als volgt te lijf te gaan:

– eerst zal ik in een ietwat algemeen gehouden betoog pogen te illustreren dat de rechter zijn wat activistischer houding graag inkleedt in de vorm van een beroep op rechtsbeginselen; dat het aanvankelijk lijkt dat hij daarmee een heel eind kan komen, maar dat hij na verloop van tijd op grenzen blijkt te stuiten waar hij niet overheen kan; dit laatste wordt dan kort geïllustreerd aan de hand van de ontwikkeling van de rechtspraak over het gelijkheidsbeginsel;³

1. Zie recentelijk: F.H. van der Burg e.a., *Wetgeving en beleidsinstrumentarium*, in: *Macht en onmacht van de wetgever*, Deventer 1978.

2. H.D. van Wijk, *Voortgaande terugtrek*, 1959; thans in: *Besturen met recht*, Den Haag 1974, p. 99.

3. Deze keus werd bepaald door de omstandigheid dat de schrijver daar enkele jaren geleden wat uitvoeriger onderzoek naar heeft verricht.

— vervolgens zal ik de aldus ontvouwde gedachtengang als hypothese hanteren, die ik poog te toetsen aan een onderdeel van de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen; de keus van dit rechterlijke college berust op de overweging dat juist het Hof van Justitie zich, naar veler oordeel, als een activistisch gezind rechter heeft doen kennen, zodat het probleem van het bereik van de polsstok zich op grond van de hypothese in zijn rechtspraak ook duidelijk zou moeten manifesteren.

2. In 1970 schreef ik dat toetsing van beleidsdaden aan de wet de rechter niet veel verder brengt, omdat de wet vaak nauwelijks maatstaven inhoudt waarnaar het beleid zich moet richten; en dat de rechter, 'staande voor het dilemma van een vaak nogal zinlede toetsing aan de wet en een voor hem onmogelijke controle op het beleid, geopteerd heeft voor toetsing aan algemene rechtsbeginselen en voor systemen van marginale toetsing'.⁴ Ik meen dat die these, met alle generalisering die erin schuilt, nog steeds houdbaar is, en dat de ontwikkelingen sedertdien haar eerder bevestigen dan ontkrachten, met dien verstande dat het accent vrij sterk op de hantering van rechtsbeginselen is komen te liggen.

De rechtsbeginselen zijn in opmars. Wat Nederland betreft is het niet moeilijk die stelling aan de hand van verschillende ontwikkelingen te demonstreren. De invoering van de wet-AROB heeft rechterlijke toetsing van een groot aantal overheidsbeschikkingen, ook van gemeentelijke en provinciale herkomst, aan beginselen als rechtszekerheid, rechtsgelijkheid en fair hearing (als onderdeel van het 'zorgvuldigheidsbeginsel') mogelijk gemaakt; en de afdeling rechtspraak van de Raad van State heeft niet geaarzeld van die mogelijkheden gebruik te maken. De belastingrechter heeft, met een beroep op het rechtszekerheidsbeginsel, de bescherming van opgewekt vertrouwen in huis gehaald, en daarmee een evolutie in gang gezet waarvan de consequenties in fiscalibus nog niet geheel zijn te overzien.⁵ Onlangs heeft de Hoge Raad laten merken dat hij in de toekomst niet elke vorm van terugwerkende kracht van lagere regelgeving zal aanvaarden, eveneens met een beroep op het rechtszekerheidsbeginsel.⁶ De burgerlijke rechter begint, uitgaande van het beginsel van fair hearing, een aantal spelregels te ontwikkelen voor allerlei vormen van collectief overleg en collectief conflict.⁷ Zelfs de strafrechter heeft de gedachte van het opgewekt vertrouwen omhelsd, bijv. in gevallen waarin de verdachte een verkeerd rechtsmiddel heeft aangewend op grond van mededelingen door kantonrechter of griffie.

Of al deze ontwikkelingen wel samenhangen met de veranderde functie van wetgeving, kan men misschien betwijfelen: soms schijnen zij te reageren op een tekort aan regelgeving (bijv. bij de overlegspelregels), soms op een teveel (bijv. bij de terugwerkende kracht). Het is trouwens niet onmogelijk dat het tekort en het teveel op dezelfde of gelijksoortige grandoorzaken kunnen worden teruggebracht. Bovendien: trekt men eenmaal de doos van de rechtsbeginselen open, dan zet men een proces op gang dat

4. De rol van de wetgever, in: *Honderd jaar rechtsleven*, Deventer 1970, p. 221.

5. Zie J.P. Scheltens, *Wet en rechtsbeginselen*, NJB 1978, p. 717.

6. HR 7 mrt. 1979 NJ 1979, 319, *Rotterdams zwembad*.

7. Een aardig voorbeeld is Ktg. Zevenbergen 23 dec. 1975 NJ 1977, 556.

aan zijn eigen dynamiek gaat gehoorzamen. In elk geval is er ten naaste bij coïncidentie in de tijd; er is ook een redenering mogelijk die een actievare rol van de rechter in de rechtsvorming verbindt met een aantal kenmerken van de moderne wetgeving, zoals het hier en daar stokken van de legislatieve machine, de verschuiving van materiële regelgeving naar bevoegdheidsverlening, en de samenhang tussen wetgeving en andere beleidsinstrumenten.⁸

Dat zo'n redenering niet van alle grond ontbloomt is, blijkt vooral uit de recente ontwikkeling van de Engelse rechtspraak op het stuk van controle op bestuurshandelingen. Tot een jaar of vijftien geleden bestond er een grote geneigdheid om administratieve beslissingen, voor zover niet duidelijk in strijd met de wet, als geldig te accepteren: zij waren tenslotte de resultaten van politieke processen die door de rechter moesten worden geëerbiedigd. De laatste tijd oefent de rechter een veel scherper toezicht uit, en een van de methoden die hij daartoe bezigt is het beroep op het fonds van rechtsbeginselen dat in de loop van de eeuwen als bestanddeel van de common law is opgebouwd.⁹ Dat deze jurisprudentiële ontwikkeling samenhangt met wat er op het terrein van de regelgeving gebeurt, en met name met een verminderd geloof in het perfect functioneren van het parlementaire stelsel, is op verschillende gronden waarschijnlijk te achten. In de eerste plaats werd een activistische rol van de rechter ten opzichte van overheidshandelingen in het verleden meestal scherp veroordeeld en als onengels afgedaan; in de literatuur loopt de klimaatverandering in dit opzicht samen met die welke zich ten aanzien van de politieke instellingen is gaan voordoen. En in de tweede plaats stellen de Engelse rechters in hun vonnissen en arresten soms uitdrukkelijk dat voor hen deze samenhang aanwezig is;¹⁰ in de Engelse stijl van motiveren (erg verfrissend als men jarenlang geploegd heeft in de Nederlandse Jurisprudentie) is zo'n uitdrukkelijk erkennen van de achtergronden van gemaakte keuzen ook niet ongewoon.

3. Rechters die op dit terrein al wat langer met het bijltje van de rechtsbeginselen hebben gehakt, zoals de Franse Conseil d'Etat, zijn eerder dan hun Engelse en Nederlandse collega's aan de grenzen gekomen van wat men nog met rechtsbeginselen kan doen.

De Conseil d'Etat zelf werd daarmee geconfronteerd toen hij het gelijkheidsbeginsel, een van de vaste wapens uit het arsenaal van middelen waarmee hij de wettigheid van het bestuur poogt te verzekeren, ook wilde toepassen op het economisch bestuursrecht. Men kan zich voorstellen dat zulks in een eerste periode een vruchtbare benadering lijkt: als er een prijszetting is voor cement, dan moeten ook alle cementprodukten van eenzelfde soort onder het aldus vastgestelde regime vallen; een vereveningsstelsel (systeem van heffingen plus subsidies) voor bepaalde landbouwprodukten is alleen maar toelaatbaar als alle ondernemingen die zulke produkten op de markt brengen eraan

8. Zie ook W. van Gerven, *Het beleid van de rechter*, Antwerpen-Zwolle 1973, naschrift op p. 161-163.

9. Dit is een erg schematische beschrijving van een gecompliceerde ontwikkeling. Uitvoeriger mijn Vergelijkend publiekrecht, Deventer 1978, nos. 37-40; H.W.R. Wade, *Administrative Law*, 4e dr. Oxford 1977, hfdst. 12 en Appendix nos. 1 en 5.

10. Bijv. in *Gouriet v. Union of Post Office Workers* (1977) 2 WLR 311; vernietigd (1977) 3 WLR 300.

onderworpen zijn.¹¹ Willekeur van de administratie, door gebrek aan inzicht in de situatie, of door toegevingen aan pressiegroepen, wordt aldus verijdeld. Het is evenwel niet moeilijk zich voor te stellen waar de zaak scheef begint te gaan: zodra er iets verfijndere technieken van economische besturing ontstaan, begint de selectiviteit van de gekozen objecten daar deel van uit te maken; men wil juist, bijv. in het kader van een programma van regionale industrialisatie, dat vooral een bepaalde streek of stad zich ontwikkelt, d.w.z. meer dan een andere streek of stad. Als dan bij de administratieve rechter wordt geklaagd over ongelijkheid van subsidieregelingen, heeft deze geen andere keus dan hetzij het gelijkheidsbeginsel op stal te zetten, hetzij elke regionale industrie-politiek te blokkeren, althans naar de juridische prullemand te verwijzen. Dat hij dan het eerste alternatief kiest is niet zo'n wonder; de Conseil d'Etat laat in dit soort gevallen althans de administratie een grote speelruimte, door de maatregelen in beginsel slechts te toetsen aan gebrekkigheid in de bevoegdheid en aan détournement de pouvoir. Soortgelijke problemen doen zich op allerlei gebieden voor: men kan bijv. ook denken aan maatregelen gericht op hervorming van de landbouwstructuur, waardoor bepaalde produkten bewust, en naar de rechter meestal moet aannemen op goede gronden, worden bevoordeeld boven andere. De rechter kan geen economische politiek voeren, en soms heeft hij, bij het toezicht op maatregelen die uit een overheidsbeleid voortvloeien, geen andere keus dan speelruimte laten.

Een ander grensprobleem dat met de aard van de rechterlijke functie te maken heeft, ontstaat wanneer men zich het soort corrigerende methoden voor ogen stelt waarover de rechter beschikt. Hoe moet bijv. het gelijkheidsbeginsel worden gehanteerd wanneer blijkt dat aan tien personen een aanslag in de inkomstenbelasting is opgelegd, en aan tien andere, die in (fiscaal gezien) identieke omstandigheden verkeren, niet? De rechter kan wel aanslagen vernietigen, niet aanslagen opleggen. Geldt dan de regel 'in dubiis contra fiscum' — een regel die overigens door de Hoge Raad nooit is erkend —? En als men geneigd is ja te zeggen, hoe werkt dat dan uit in het strafrecht, indien voor gelijke delicten de een wel vervolgd is en de ander niet? Als de niet-vervolgving op een selectief vervolgingsbeleid is gebaseerd, is er misschien samenhang met het eerder aangeroerde probleem van de selectieve overheidsmaatregelen — misschien, want in ons wettelijk stelsel (evenals in het Franse) heeft de rechter toch een zeker toezicht op het vervolgingsbeleid.¹² Moet één juwelendief vrijuitgaan omdat de opsporingsambtenaren het te druk met heroïnedealers hebben om achter de andere drie aan te gaan?

De constitutionele en de administratieve rechter beschikken soms over methoden om uit deze impasse te komen. Toen bijv. art. 6 lid 5 Grundgesetz, met betrekking tot de gelijke behandeling van wettige en onwettige kinderen, niet door de federale wetgever in wetgeving werd vertaald, stelde het Bundesverfassungsgericht vast dat dit verzuim ongrondwettig was, en dat het hof zelf de grondwetsbepaling rechtstreeks zou toepassen indien de wetgever niet voor een bepaalde datum zijn verzuim zou hebben goedge-

11. Resp. CE 22-3-1950, Société des Ciments français, Rec. 175; CE 12-11-1960, Syndicat de la raffinerie de soufre française, Act. Jur. 1960 p. 77.

12. Al was het maar via art. 12 Sv. Over dit onderwerp sprak Ch.J. Enschedé op het Tjeenk Willink-colloquium te Utrecht in september 1978 (daarover — althans enigszins — NJB 1978, p. 833).

maakt.¹³ Het is waarschijnlijk een geluk geweest voor de Duitse kinderen dat de wetgever in staat bleek de vereiste maatregelen tijdig in het Bundesgesetzblatt te krijgen, want het zou moeilijk te voorspellen zijn geweest welke wijzigingen de rechtstreekse toepassing van de grondwetsbepaling door de rechter in het familie- en erfrecht zou hebben teweeggebracht (om maar te zwijgen over de waardering van zo'n situatie in het licht van het eveneens door het constitutionele hof gehandhaafde rechtszekerheidsbeginsel).

Niet helemaal onvergelijkbaar was de houding van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen toen het met een situatie te maken kreeg waarin twee landbouwprodukten (maïs- en maïsafvalprodukten), die lange tijd van dezelfde restitutie hadden genoten, opeens anders werden behandeld: voor het ene produkt verviel de restitutie zelfs geheel. Op verschillende gronden – die ook samenhangen met aard en bestemming van de beide produkten – oordeelde het Hof in een tweetal arresten dat de Raad van de EEG door dit verschil in behandeling in te stellen het gelijkheidsbeginsel had geschonden; het stelde daarop vast dat de desbetreffende verordening onverenigbaar was met het gemeenschapsrecht en dat het aan de regelgevende organen van de Gemeenschap stond om in de onwettige situatie verandering te brengen.¹⁴ Ook hier handelden Raad en Commissie conform de rechterlijke aanmaning – althans in zoverre dat de gelijkheid van restituties weer werd ingevoerd met ingang van de datum van 's Hof's arresten.

Wat de rechter dus ook met beginselen als het gelijkheidsbeginsel kan doen, hij staat toch op een gegeven moment met lege handen. Een aantal belangrijke keuzen kunnen niet door hem maar slechts door de politieke organen worden gedaan; en zijn optreden is eenvoudiger te verwezenlijken wanneer het om het negatief sanctioneren van rechtsbeginselen gaat dan wanneer daaraan een positieve verwerkelijking moet worden gegeven. Als er één ontwikkeling in de rechtspraak is die deze dubbele stelling demonstreert – op dramatische wijze, zou men haast zeggen – is het de jurisprudentie over de schoolintegratie in de VS. Het Supreme Court heeft niet alleen raciaal gescheiden onderwijs in strijd met het grondwettig verankerde gelijkheidsbeginsel verklaard, het heeft ook de moed gehad om in dat beginsel de positieve plicht van de verantwoordelijke organen te lezen een geïntegreerd onderwijssysteem tot stand te brengen; en wanneer die organen in gebreke bleven, moest de rechter maar te hulp schieten. Het inzicht is echter vrij algemeen dat het Hof daarmee de spankracht van de rechterlijke boog heeft overschat: in onderwijszaken is dwang toch al niet altijd effectief, maar wanneer die dwang niet gesteund wordt door een samenhangend beleid van de politieke organen blijkt hij vaak contra-productief. En de wijze waarop de federale rechter zich, op grond van de integratiedoctrine van het Supreme Court, in allerlei bestuurlijke problemen moest mengen, zoals samenstelling van schooldistricten, busvervoer van leerlingen, herbouw van verkrotte wijken, e.d., heeft in de VS langzaamaan een toestand in het leven geroepen, waarin het optimisme van twintig jaar geleden voor moedeloosheid heeft plaatsgemaakt – ondanks het vele dat er intussen stellig is bereikt. Een sociaal proces

13. BVerfGE 25 no. 20, Reform des Unehelichenrechts, 1969.

14. Hof van Justitie 19 okt. 1977, gevoegde zaken 117/76 en 16/77 en gevoegde zaken 124/76 en 20/77, Quellmehl en maïsgries, Jur. 1977, p. 1753 en p. 1795.

van enige omvang kan door de rechter kennelijk wel in gang worden gezet, niet worden begeleid en tot een einde gebracht.¹⁵

4. Er zijn enkele terreinen van Europees recht waarop het Hof van Justitie, ondanks het uitblijven van door het EEG-Verdrag vereiste nadere regelgeving door Raad en Commissie, de uitvoering van regels van gemeenschapsrecht zelf mogelijk heeft gemaakt of vergemakkelijkt, met een beroep op aan het Verdrag ten grondslag liggende beginselen. Deze benadering heeft het Hof in verschillende sectoren van de economische unie doen gelden, bijv. in die van het vrije goederenverkeer.¹⁶ Een van de meest opvallende toepassingen van deze benadering had echter een onderdeel van het vrije personenverkeer tot voorwerp, nl. het recht van vrije vestiging.

Voor een goed begrip van deze jurisprudentie is het van belang om even rap enkele hoofdpunten van het vestigingsrecht volgens het EEG-Verdrag in herinnering te brengen. Vrijheid van vestiging houdt de vrije toegang in tot werkzaamheden anders dan in loondienst op dezelfde voet als de eigen onderdanen van het land van vestiging. Het hoofdstuk over het recht van vestiging maakt dan ook deel uit van de verdragstitel over het vrije verkeer van personen, diensten en kapitaal. Het vangt aan met artikel 52, dat met de deur in huis valt: 'In het kader van de volgende bepalingen worden de beperkingen van de vrijheid van vestiging voor onderdanen van een Lid-Staat op het grondgebied van een andere Lid-Staat tijdens de overgangperiode geleidelijk opgeheven'. Hoe die opheffing dient te geschieden is het onderwerp van artikel 54: eerst dient door de Raad een 'algemeen programma' voor de opheffing van de bestaande beperkingen te worden opgesteld,¹⁷ dat 'voor iedere soort van werkzaamheden' de algemene voorwaarden vaststelt voor de geleidelijke verwezenlijking van de vestigingsvrijheid; ter uitvoering van dit algemeen programma gaat de Raad vervolgens door middel van richtlijnen over tot de daadwerkelijke opheffing van de obstakels voor de vestigingsvrijheid.¹⁸ Evenwel, de makers van het Verdrag waren zich kennelijk bewust van de omstandigheid dat vele beroepen, o.a. de vrije beroepen, gesloten plegen te zijn voor personen die niet over bepaalde diploma's beschikken; dat de meeste wettelijke regelingen daarvoor diploma's behaald in het eigen land eisen; en dat daarin een indirecte discriminatie kan schuilen, d.w.z. een benadeling die niet gebaseerd is op de nationaliteit maar die in zijn feitelijk effect daar wel ongeveer op neerkomt. Artikel 57 schrijft dan ook voor dat de Raad richtlijnen vaststelt over de onderlinge erkenning van diploma's en over de coördinatie van nationale bepalingen inzake de toegang tot werkzaamheden anders dan in loondienst.

Het algemeen programma kwam keurig op tijd tot stand, vlak voor het einde van de eerste etappe van de overgangperiode. Het werd gevolgd door een eerste serie richtlijnen, die voor onderscheidene beroepen, meestal in de sfeer van detailhandel en ambachten obstakels voor de vrije vestiging op grond van de nationaliteit ophieven.

15. Korte samenvatting van de problemen in mijn Vergelijkend publiekrecht no. 22.

16. Hof van Justitie 10 dec. 1974, zaak 48/74, Charmasson, Jur. 1974, p. 1383.

17. Op voorstel van de Commissie, en na raadpleging van het Economisch en Sociaal Comité en van het Europese Parlement — ik laat deze institutionele kanten van de zaak verder buiten beschouwing.

18. Richtlijnen: zie art. 189 Verdrag.

Daarna stakte de regelgevende machine wat, en hij heeft zijn oude toerental ook niet meer terug kunnen krijgen. Bij het einde van de overgangperiode was, ondanks de tekst van artikel 52, slechts een fractie van het vestigingsprobleem geregeld. Sindsdien zijn nog wel enkele belangrijke richtlijnen totstandgekomen, o.a. in de bank- en verzekeringssectoren, maar het gaat alles mondjasmaat. De reden daarvan is niet alleen dat het Brusselse mechaniek niet teveel tegelijk kan verwerken, maar schuilt ook in de omstandigheid dat voor een groot aantal beroepen de simpele vrijmaking van artikel 52 weinig zin heeft zolang geen toepassing is gegeven aan artikel 57, d.w.z. zolang geen ernst wordt gemaakt met de onderlinge erkenning en de coördinatie. Op dat gebied is wel iets verricht, maar het gaat daarbij vooral om voorlopige oplossingen ('overgangsrichtlijnen' volgens welke de Lid-Staten genoeg moeten nemen met een officiële verklaring uit de andere Lid-Staat dat een bepaalde persoon daar bevoegdlijk een beroep uitoefent), en bovendien is de totale oogst vrij mager.¹⁹

Na het verstrijken van de overgangperiode (in 1969) was de juridische situatie derhalve niet al te duidelijk: de vrijheid van vestiging had volgens artikel 52 tijdens de overgangperiode gerealiseerd moeten zijn, en wel door middel van richtlijnen, die evenwel voor tal van sectoren ontbraken; dat ontbreken viel mede te verklaren uit de problemen rondom de onderlinge erkenning en de coördinatie, maar aan de oplossing van die problemen stelt artikel 57 niet de eis dat zij tijdens de overgangperiode haar beslag moet hebben gekregen. In 1974 kreeg het Hof van Justitie de gelegenheid zijn licht hierover te laten schijnen.²⁰

De zaak waar het toen om ging was eenvoudig genoeg: een in België woonachtige Nederlander, Reyners, die in België had gestudeerd en er de graad van doctor in de rechtsgeleerdheid had behaald, werd er niet tot de balie toegelaten omdat volgens de wet slechts een jurist op het tableau kon worden ingeschreven die Belg was. Er bestond geen richtlijn met betrekking tot vrije vestiging van advocaten. De Belgische Raad van State vroeg daarop, in zijn hoedanigheid van administratieve rechter, een prejudiciële beslissing aan het Hof over de volgende vraag van verdragsuitlegging:

Is artikel 52 EEG-Verdrag sedert het einde van de overgangperiode 'rechtstreeks toepasselijk', niettegenstaande inzonderheid het ontbreken van de richtlijnen bedoeld in de artikelen 54, lid 2, en 57, lid 1, van het Verdrag?

Deze vraag werd door het Hof bevestigend beantwoord, ondanks het verzet van de Belgische regering en de twijfels waarvan de Commissie tijdens de procedure blijk gegeven had.

Het arrest is betrekkelijk uitvoerig (57 rechtsoverwegingen), maar in zijn grondtrekken vrij simpel. Het Hof baseert zijn redenering op een algemeen beginsel van gemeenschapsrecht, nl. het verbod van elke discriminatie op grond van nationaliteit, zoals dat met name in artikel 7 Verdrag tot uitdrukking komt. Artikel 52 is dan een 'toepassing' van dit beginsel, en het geeft zelf aan waar die toepassing in moet uitmonden, nl. in

19. Uitvoerig: K.M. Mortelmans, Oorzaken van stagnatie op vestigingsgebied in de Europese Gemeenschappen, SEW 1974, p. 613.

20. Hof van Justitie 21 juni 1974, zaak 2/74, Reyners, Jur. 1974, p. 631.

vrije toegang tot werkzaamheden anders dan in loondienst 'overeenkomstig de bepalingen welke door de wetgeving van het land van vestiging voor de eigen onderdanen zijn vastgesteld'. Daarmee wordt, aldus het Hof, een nauwkeurig omschreven resultaatsverplichting opgelegd. In het licht daarvan moeten de bepalingen over de uitvaardiging van een algemeen programma en van de richtlijnen worden geïnterpreteerd: de richtlijnen hebben tot functie enerzijds om 'in de loop van de overgangperiode' belemmeringen voor de vrije vestiging weg te nemen, anderzijds om in de wetgeving van de Lid-Staten te komen tot 'een samenstel van bepalingen ter vergemakkelijking van het daadwerkelijk gebruik dier vrijheid'. Conclusie is dan dat de nakoming van de resultaatsverplichting van artikel 52 wordt 'vergemakkelijkt, maar niet geconditioneerd, door de geleidelijke uitvoering van een programma van maatregelen'. Dat betekent dat het niet-inachtnemen van het programma door de regelgevende instanties niet aan particulieren kan worden tegengeworpen, die zich bijgevolg rechtstreeks op de regel van gelijke behandeling van artikel 52 kunnen beroepen.

Er moest in de procedure nog een ander punt worden opgehelderd, omdat artikel 55 van het Verdrag een uitzondering op de vrijheid van vestiging toestaat voor 'werkzaamheden ter uitoefening van het openbaar gezag in een staat'; de Belgische Orde van Advocaten had betoogd dat de advocatuur zozeer deel uitmaakt van de openbare dienst der justitie, dat het beroep geheel door deze uitzondering zou zijn gedekt. Het Hof meende echter dat de belangrijkste werkzaamheden van de advocaat, zoals consultatie, rechtsbijstand en vertegenwoordiging en verdediging van partijen in rechte, in elk geval niet als deelneming aan de uitoefening van het openbaar gezag konden worden gezien.

5. Met het arrest-Reyners werden verschillende vliegen in één klap geslagen. In de eerste plaats werd, ondanks het ontbreken van een richtlijn over vrije vestiging van advocaten, de toegang tot dit beroep geliberaliseerd; in dit opzicht bevindt het Hof zich overigens in zekere zin in het gezelschap van het US Supreme Court dat de nationaliteitseis voor advocaten in strijd achtte met de gelijkheid voor de wet.²¹ In de tweede plaats bevestigde het Hof zijn geneigdheid om in een aantal van de belangrijkste verdragsbepalingen meer te zien dan 'instructienormen' voor de instellingen en organen van de Gemeenschap of van de Lid-Staten, door aan particulieren rechtstreekse aanspraken toe te kennen ingeval aan die instellingen en organen een nauwkeurig omschreven en onvoorwaardelijke resultaatsverplichting is opgelegd. In de derde plaats scheen de toepassing van die doctrine op het vestigingsrecht de algehele liberalisatie van de zelfstandige beroepen mogelijk te maken, zodat de traagheid van de politieke instellingen geen weerslag zou hebben op het tempo van de door het Verdrag voorgeschreven integratie. Een zij-effect daarvan was overigens dat Commissie en Raad zich weer met meer élan gingen bezighouden met het totstandbrengen van richtlijnen op dit gebied²²: het arrest-Reyners droeg ertoe bij de stagnatie in de regelgeving voorlopig te doorbreken.

21. In re Griffiths, 413 US 717 (1973).

22. Zie H.J. Bronkhorst, De ontwikkelingen op het gebied van het vestigingsrecht en het vrij verrichten van diensten in de Europese Gemeenschap, SEW 1976, p. 330.

Gegeven deze nogal ruime implicaties van het arrest, zou men nieuwsgierig kunnen zijn naar het vervolg: zou via de rechtspraak een werkelijke liberalisatie kunnen worden bereikt die via de politieke kanalen niet haalbaar bleek? Het heeft er even op geleken. In een volgende advocatenzaak, Thieffry, bevestigde het Hof niet alleen de koers die het in Reyners had uitgezet, het ging een stapje verder.²³ Hier ging het om een Belgisch advocaat die zich in Frankrijk op het tableau wilde laten inschrijven; hij beschikte over een Belgisch doctoraal-examen (en een Belgisch doctoraat), maar niet over een Frans; wel was zijn Belgische doctoraal door de Université de Paris I als gelijkwaardig erkend met de Franse 'licence en droit', terwijl hij bovendien in Frankrijk het CAPA ('certificat d'aptitude à la profession d'avocat') had behaald. De inschrijving werd evenwel geweigerd omdat hij geen Franse licence of doctorsgraad kon overleggen; nu was het het Parijse Cour d'appel dat zich om een prejudiciële beslissing tot het Hof wendde.

Het verschil met Reyners is dat het hier niet om de nationaliteitseis ging maar om de erkenning van diploma's, d.w.z. — in verdragstermen — niet om de liberalisatie van artikel 52, maar om de onderlinge erkenning en coördinatie van artikel 57. Terwijl bij de liberalisatie sprake is van een nauwkeurig omschreven resultaatsverplichting — er is precies aangegeven hoe de rechtstoestand bij het einde van de overgangperiode moet zijn — kan men daarvan moeilijk spreken bij de materie van artikel 57: noch het resultaat ligt vast, noch de termijn waarbinnen een resultaat moet zijn bereikt. Het Hof vond echter een uitweg, waaraan men een zekere vindingrijkheid niet ontszeggen kan. Het herhaalde twee van de hoofdgedachten uit Reyners (fundamenteel karakter van de liberalisatie van artikel 52; interpretatie van artikel 57 in het licht daarvan), concludeerde daaruit 'dat de vrijheid van vestiging, onder inachtneming van de in het algemeen belang gerechtvaardigde beroepsregels, één der doelstellingen van het Verdrag vormt', stelde vervolgens dat die doelstelling, voor zover het gemeenschapsrecht niet anders bepaalt, door de Lid-Staten verwezenlijkt kan worden, en wees daarbij op artikel 5 van het Verdrag, dat de Lid-Staten verplicht alle maatregelen te nemen om de nakoming van uit het Verdrag voortvloeiende verplichtingen te verwezenlijken. Daarmee moesten de Franse autoriteiten rekening houden bij hun waardering van de gelijkwaardigheid van de Belgische graad; dat de Franse wet zelf slechts erkenning van de gelijkwaardigheid voor universitaire doeleinden regelde, mocht daar niet aan afdoen. De weigering van de erkenning voor de vestiging als advocaat vormde daarom, 'zelfs bij het ontbreken van de in artikel 57 bedoelde richtlijnen', een beperking die in strijd was met de vestigingsvrijheid die artikel 52 aan beroepsbeoefenaren verleent.

Reyners en Thieffry samen beschouwend, zou men wellicht kunnen menen dat de vestigingsvrijheid, bij gebreke van de door het Verdrag geëiste regelgeving, via de rechtspraak kon worden gerealiseerd: het ontbreken van liberalisatierichtlijnen wordt als het ware gecompenseerd door de rechtstreekse werking van artikel 52, het ontbreken van erkennings- en coördinatie-richtlijnen door de verplichting van de autoriteiten der Lid-Staten ingevolge artikel 5 om hunnerzijds tot de verwezenlijking van het doel

23. Hof van Justitie 28 apr. 1977, zaak 71/76, Thieffry, Jur. 1977, p. 765.

van artikel 52 bij te dragen. Alleen: de adder zit hier nauwelijks onder het gras, maar ostentatief midden op het pad. Hoe moet artikel 5 worden toegepast, wanneer de kwaliteitseisen die in de ene Lid-Staat worden verlangd voor de toegang tot een bepaald beroep, zwaarder zijn dan die waar een andere Lid-Staat genoeg mee neemt?²⁴ Moet de rechter dan bepalen in hoeverre de zwaarte van die eisen een inbreuk vormt op de liberalisatie van artikel 52?

6. Het Hof heeft dat niet aangedurfd. In een recent arrest besliste het Hof, op een vraag voorgelegd door het Cour d'appel van Colmar, dat de Franse autoriteiten niet verplicht waren iemand als dierenarts toe te laten, die aan de Universiteit van Parma doctor in de diergeneeskunde was geworden en aldaar een 'vakbekwaamheidsverklaring' had behaald, zulks hoewel die combinatie de betrokkene het recht gaf zich in Italië als dierenarts te vestigen.²⁵ Het Hof is erg beslist en duidelijk over een nevenaspect: aan het feit dat de dierenarts, Auer, Oostenrijker van herkomst, pas na het behalen van de Italiaanse diploma's tot Fransman was genaturaliseerd kwam geen enkele invloed toe. Maar hoewel de raadsman van Auer (de Parijse advocaat Thieffry) erop aandrong de lijn van het arrest-Thieffry door te trekken, kwam het daar niet van. 's Hof's nogal complexe redenering mondde uit in de wat neerslachtige vaststelling dat liberalisatie niet voldoende is 'aangezien dan alle andere belemmeringen, die niet het gevolg zijn van het niet-bezitten van de nationaliteit van de Lid-Staat van vestiging, in stand zouden blijven, met name die welke voortvloeien uit ongelijke voorwaarden welke de verschillende nationale wettelijke regelingen stellen aan het verkrijgen van een geëigende beroepskwalificatie', en dat daarom juist artikel 57 de Raad verplicht erkennings- en coördinatie-richtlijnen vast te stellen.

C'est l'évidence même, zou men haast zeggen, maar gold dat in de zaak-Thieffry dan niet? Men kan moeilijk veronderstellen dat het Hof, wat de kwaliteitseisen betreft, met dieren voorzichtiger wil omgaan dan met de rechtsbijstand. Misschien was de feitelijke situatie in het geval-Thieffry wel zo uitzonderlijk, dat aan de uitspraak weinig precedentwaarde moet worden toegekend;²⁶ maar de motivering van het arrest is juist erg principieel. Misschien ook kon het geval-Auer 'distinguished' worden omdat tijdens de loop van de procedure de erkennings- en coördinatie-richtlijnen voor de dierenartsenij tot stand kwamen,²⁷ zodat het probleem waar het om ging intussen zijn politieke oplossing had gevonden; maar voor dat vermoeden is in de rechtsoverwegingen van het arrest weinig grond te vinden. Misschien, tenslotte, dacht het Hof toen het zich met de advocatuur moest bezighouden, dat het zelf wel iets verstandigs over gelijkwaardigheid van diploma's kon zeggen, maar moest het zijn onvermogen erkennen toen het om dierenartsen ging.

Hoe dit ook zij, het geval-Auer illustreert het door ons aan de orde gestelde probleem ten voeten uit. Het beroep op een rechtsbeginsel, in casu dat van de non-discriminatie,

24. Een soortgelijk probleem duikt ook op bij het vrije goederenverkeer, in verband met de toepassing van artikel 36 Verdrag.

25. Hof van Justitie 7 febr. 1979, zaak 136/78, Auer, nog niet gepubliceerd.

26. Aldus de Advocaat-Generaal Mayras in zijn conclusie voor Thieffry (Jur. 1977, p. 793).

27. Richtlijnen van de Raad van 18 dec. 1978, no. 78/1026 en 78/1027, Pb. 1978 L 362, p. 1 en p. 7.

maakt het de rechter mogelijk om ook bij het in gebreke blijven van de regelgevende organen de obstakels tegen de vrijheid van vestiging opzij te schuiven; zodra hij te maken krijgt met de feitelijke mogelijkheid om van die vrijheid gebruik te maken, stuit hij op de barrière van de nationaal bepaalde toelatingseisen voor bepaalde beroepen; hij kan daar incidenteel eens een bres in slaan (zoals in Thieffry), maar hij kan hem niet slechten. En op de vraag waarom niet is maar één antwoord mogelijk: omdat hij rechter is. Die rechterlijke kwaliteit maakt enerzijds dat hij de inhoud van het beleid niet kan beoordelen (hoeveel moet een veearts bijv. weten over de geit?), anderzijds dat hij misschien wel buitensporig strenge systemen onverbindend kan achten, bijv. omdat zij op een verkapte vorm van discriminatie neerkomen (de veearts moet alles weten van de Friese geit), maar nooit extra-eisen kan stellen aan wat lakser systemen. Anders gezegd: omdat artikel 52 alleen maar negatief werkt (oprui- ming van obstakels), kan de rechter er iets mee doen; tegenover artikel 57, dat van een wederzijdse aanpassing van verschillende regelsystemen uitgaat, staat hij machteloos, behalve in een enkel, enigszins buitenissig geval.

7. Als dat allemaal zo is, loont rechterlijke stoutmoedigheid dan nog wel de moeite? Ik zou menen van wel, en zulks op verschillende gronden. De eerste grond ligt voor de hand: wat met behulp van rechtsbeginselen is bereikt, is vast onder de pannen, ongeacht hoever men in volgende voorkomende gevallen met diezelfde beginselen komt. De toegang van Reyners en Thieffry tot de balie hoeft niet belemmerd te worden door de wetenschap dat Auers Italiaanse diergeneeskunst onvoldoende is om hem op het pluimvee van Mulhouse los te laten. De tweede grond is principiëler: het enkele feit dat de rechter nieuwe openingen schept zet de regelgevende instanties vaak in beweging. De jurisprudentie-Reyners heeft mede bewerkstelligd dat de Raad weer is gaan doen wat van hem verwacht mocht worden;²⁸ en misschien is het ook wel geen toeval dat het ontbreken van richtlijnen, dat Auer in moeilijkheden bracht, was aangezuiverd op het moment dat het Hof zijn arrest wees. Van dit soort beïnvloeding van de wetgeving door de rechtspraak zijn in verschillende rechtssystemen voorbeelden te vinden; er zijn bijv. Amerikaanse schrijvers die beweren dat de federale 'civil rights legislation' zoals tussen 1964 en 1970 totstandgebracht, niet mogelijk zou zijn geweest zonder de duw die de gewaagde jurisprudentie van het federale hooggerechtshof over het gelijkheidsbeginsel aan de politieke ontwikkeling in de States had gegeven.²⁹

Er is nog een derde grond, die geheel in de sfeer van de rechtsvinding ligt. Jurisprudentie is, hoe gek dat ook moge klinken, iets wat voortdurend door zichzelf wordt geïnspireerd. Een rechter die eenmaal op een bepaald gebied nieuwe openingen schept, zal eerder geneigd zijn dat ook op andere gebieden te doen; hij zal ook spoedig merken dat de gemaakte openingen hem naar nieuwe problemen voeren waar hij een nieuw stuk inventiviteit op moet loslaten, wil hij niet datgene wat hij eerder heeft bereikt in de waagschaal stellen. Ook hier bieden de Amerikaanse en de Europese rechtspraak voorbeelden. Het is onwaarschijnlijk dat het Amerikaanse Supreme Court

28. Zie Bronkhorst t.a.p.

29. Bijv. L. Lusky, *By what right?* (Charlottesville Va. 1975), p. 242.

de indeling in kiesdistricten van sommige staten ongrondwettig zou hebben verklaard als strijdig met 'equal protection', zoals het in de 'reapportionment cases' heeft gedaan, als het aan het begrip gelijke bescherming niet reeds een ruime armslag had gegeven in zijn rechtspraak over rassendiscriminatie.³⁰ Het is even onwaarschijnlijk dat het Europese Hof van Justitie de stap naar Reyners³¹ zou hebben kunnen zetten, als het niet voetje voor voetje in de tien jaar daarvoor een soort leer had opgebouwd over de rechtstreekse toepasselijkheid van verdragsbepalingen die gericht zijn op de opheffing van beletselen voor het vrije verkeer van goederen en van personen binnen de Gemeenschap.

Er is dus reden genoeg om aan te nemen dat de polsstok van de rechter groot genoeg is om hem soms gewaagde sprongen te laten maken; en dat hij dan, aldus getraind, tegen een volgende sprong minder opziet. Wat ik alleen, met de vergelijking tussen de zaken-Reyners en -Auer, gesteund door een klein stukje theorie, heb willen aantonen, is dat men de bruikbaarheid van de polsstok niet moet overschatten: vooral politiek water is dikwijls diep, en het heeft ook nogal eens een zachte bodem.³²

30. Zie Archibald Cox, *The role of the Supreme Court in American government* (Oxford 1976), hfdst. III.

31. En naar Charmasson: zie nt. 16.

32. De schrijver betuigt zijn dank aan Dr. K.M. Mortelmans, die hem op het idee heeft gebracht zijn polsstok-these te toetsen aan de rechtspraak over het vestigingsrecht.