Universiteit
Leiden
The Netherlands

Constitutionele remedies bij schending van grondrechten : over effectieve rechtsbescherming, rechterlijk abstineren en de dialoog tussen rechter en wetgever

Uzman, J.

Citation
Uzman, J. (2013, December 5). *Constitutionele remedies bij schending van grondrechten : over effectieve rechtsbescherming, rechterlijk abstineren en de dialoog tussen rechter en wetgever*. *Meijers-reeks*. Kluwer, Deventer. Retrieved from https://hdl.handle.net/1887/22740

Version:	Corrected Publisher's Version
License:	Licence agreement concerning inclusion of doctoral thesis in the Institutional Repository of the University of Leiden
Downloaded from:	https://hdl.handle.net/1887/22740

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

Cover Page

Universiteit Leiden

The handle http://hdl.handle.net/1887/22740 holds various files of this Leiden University dissertation

Author: Uzman, Jerfi
Title: Constitutionele remedies bij schending van grondrechten : over effectieve rechtsbescherming, rechterlijk abstineren en de dialoog tussen rechter en wetgever
Issue Date: 2013-12-05

7 Effectieve rechtsbescherming in het Unierecht

7.1 INLEIDING

In het vorige hoofdstuk stond het Straatsburgse perspectief op de *terme de grâce* centraal. Ik richt nu de blik op Luxemburg. Het gaat er dan om, te bezien of het unierechtelijke mandaat van de Nederlandse rechter zich verzet tegen de *terme de grâce*. Dat unierechtelijke mandaat is breder dan het EVRM, waar het niet slechts steunt op het beginsel van effectieve rechtsbescherming, maar ook – of misschien wel juist – op de voorrang van het Unierecht. Een dergelijke positie is voor het EVRM tot dusver nog niet geclaimd, tenminste niet expliciet. Die aanwezigheid van voorrang maakt het onderzoek naar de eisen die het Unierecht stelt tegelijkertijd eenvoudiger en gecompliceerder. De eenvoud zit hem er in, dat de unierechter minder moeite hoeft te doen te verhullen dat hij eisen stelt aan de doorwerking van zijn recht. Niettemin ontkomt ook het Hof van Justitie niet aan de wetenschap dat het al snel op nationale tenen staat, en dat het met die gevoeligheden rekening heeft te houden. Daar zit hem de complicerende factor. Het hebben van een doctrine van voorrang, brengt in de gecompliceerde verhouding tussen Unie en lidstaten, met zich dat over de precieze reikwijdte en invulling van dat concept onduidelijkheid bestaat.

In dit hoofdstuk wil ik die onduidelijkheid op één terrein te lijf gaan. Ik bezie welke consequenties de concepten voorrang, effectieve doorwerking en effectieve rechtsbescherming hebben voor de vraag of het de nationale rechter, al dan niet tijdelijk, is toegestaan af te zien van het bieden van redres. Daarbij hanteer ik het volgende spoorboekje. Ik begin met een beschrijving van de belangrijkste beginselen die de verhouding tussen de Unie en het recht van de lidstaten beheersen (7.2). Ik bezie in dat verband hoe deze beginselen vorm krijgen in een Unierechtelijk stelsel van remedies. Dat is het decor. De kern van het hoofdstuk wordt gevormd door een paragraaf waarin ik de vraag bezie of er (tijdelijke) uitzonderingen op de geformuleerde uitgangspunten mogelijk zijn (7.3).

7.2 Unierecht in de lidstaten

7.2.1 Inleiding

De relatie tussen het Unierecht en het recht van de lidstaten wordt beheerst door diverse beginselen. Die beginselen hebben met elkaar gemeen dat zij zien op een spanningsveld tussen twee doelen: het waarborgen van de effectiviteit van de Unie en haar recht, en het waarborgen van nationale autonomie. Concepten als gemeenschapstrouw, voorrang en directe werking: ze werden door het Hof van Justitie in het verleden in stelling gebracht om ervoor te zorgen dat de gemeenschappelijke markt niet in gevaar werd gebracht.[1] Met het evolueren van het Europese samenwerkingsverband, van een economische gemeenschap naar een politieke unie, is zo'n gemeenschappelijke markt – hoewel nog altijd van fundamenteel belang – minder op de voorgrond komen te staan.[2] Het belang van uniforme en effectieve doorwerking is evenwel gebleven.[3] Tegelijkertijd is de Unie, anders dan de meeste federale staten, sterk afhankelijk van de lidstaten.[4] Von Bogdandy merkt op:

> 'Since the Union's competences are broad, national autonomy can be considerably limited (…). The most important safeguard for the respect of Member State autonomy is organisational in nature: the role of the Member States in the Union's institutions and process. (…)
>
> The dependence of the Union's constitution on the Member State's constitutions is greater in law and in fact, than that of a federal state on its constituent states. In terms of positive law this results from, for instance Article 6 (2) and (3) EU or Article 48 EU, and conceptually from the principle of dual legitimacy, which implies that the Union's legitimacy depends on the legitimacy organised by the national constitutions '.[5]

Naast de belangen van effectiviteit en uniformiteit, staat dus het belang van nationale autonomie. In het spanningsveld daartussen, opereren de beginselen die ik in deze paragraaf bespreek: de voorrang en de directe werking van het Unierecht (7.2.2), de beginselen van loyale samenwerking en procedurele autonomie (7.2.3 en 7.2.4), en het beginsel van effectieve rechtsbescherming (7.2.5). Deze beginselen staan niet los van elkaar. In serie geschakeld, vormen

---

1 Daarop wijst Prechal 2007, p. 40: *'The establishment and proper functioning of the Common Market as* one single market *requires a system of common rules and principles which safeguards its unity'*. Zie tevens HvJEG 13 december 1979, Zaak 44/79, *Jur.* 1979, p. 3727 (*Hauer t. Rheinland-Pfalz*), r.o. 14.

2 Prechal 2007, p. 41.

3 Vgl. o.a. A. von Bogdandy, 'Founding Principles', in: Von Bogdandy & Bast 2008, p. 11-54, op p. 29-30, die het belang van effectieve doorwerking zelfs in de sleutel van de *rule of law* zet.

4 *Ibid.*, p. 36.

5 *Ibid.*, p. 36, 39.

ze, als ging het om een elastiek, een geheel aan elkaar versterkende, elkaar soms compenserende verbinding van effectiviteit naar autonomie.

7.2.2 Voorrang en directe werking

In paragraaf 2.3.2 kwam het uitgangspunt al even aan de orde. Het Unierecht werkt direct en met voorrang door in het recht van de lidstaten. Zo wil het tenminste, het Hof van Justitie, in een lange en bestendige reeks arresten.[6] Die reeks begint bij de arresten *Van Gend & Loos* en *Costa t. E.N.E.L.*[7] Uit het samenspel van deze arresten volgt dat de Unie een autonome rechtsorde vormt waaraan de lidstaten een aantal bevoegdheden hebben overgedragen. Of dat nu betekent dat de lidstaten gedeeltelijk, of wellicht zelfs in het geheel, hun soevereiniteit aan de Gemeenschap hebben overgedaan of niet, daarover kan men twisten. In elk geval volgt uit deze vaststelling dat het niet langer aan de lidstaten zélf is om te bepalen welke rechtsgevolgen het Unierecht in het nationale recht heeft. Het heeft, met andere woorden, automatische gelding in het nationale recht, en bepaalt zelf welke rechtsgevolgen het in dat recht teweeg brengt.[8] Die automatische gelding wordt in de context van het Unierecht ook weleens aangeduid als 'directe werking' of 'directe toepasbaarheid'.[9]

Met die automatische gelding is nog niet gegeven dat een Unierechtelijk voorschrift ook in een concrete zaak door de rechter kan worden toegepast,

---

6 Zie, in eerste instantie nog enigszins impliciet: HvJEG 5 februari 1963, Zaak 26/62, *Jur.* 1963, p. 3 (*Van Gend & Loos*). Expliciet, o.a.: HvJEG 15 juli 1964, Zaak 6/64, *Jur.* 1964, p. 1203 (*Costa t. E.N.E.L.*); HvJEG 9 maart 1978, Zaak 106/77, *Jur.* 1978, p. 629 (*Simmenthal SpA*); HvJEU 19 november 2009, C-314/08 (*Filipiak*). HvJEU 8 september 2010, C-409/06 (*Winner Wetten*); HvJEU 24 januari 2013, C-186/11 (*Stanleybet Int.*). In de diverse Gemeenschapsverdragen was de voorrangsregel, hoe onmisbaar ook, niet opgenomen. Hij stond wel in art. I-6 van het Grondwettelijk Verdrag, maar dat was zodanig omstreden dat de negatieve uitslag van het referendum daarover in Nederland mede aan die bepaling werd geweten. Zie Toonen, Steunenberg & Voermans 2005, p. 609. Bij het Verdrag van Lissabon is 'slechts' een verklaring opgenomen waarin de rechtspraak van het Hof erkend wordt. Het zuinige karakter daarvan wordt geïllustreerd doordat die verklaring vergezeld gaat van een advies van de juridische dienst van de Raad (Verklaring 17 betreffende de voorrang).

7 Zie de vorige voetnoot.

8 Vgl. Barents 2000; Chalmers & Tomkins 2007.

9 Volgens Winter (1972) is 'directe toepasbaarheid' iets anders dan 'directe werking'. Het eerste ziet op de ongehinderde gelding van Unierecht in het nationale recht, het tweede op de inroepbaarheid door individuen in concrete geschillen voor de nationale rechter. (Tevens Arnull 1999, p. 108). Het is, even los van deze specifieke termen, aantrekkelijk om zo'n onderscheid te maken. Het sluit aan bij het, in Nederland gangbare, verschil tussen interne werking (gelding) en rechtstreekse werking van verdragsrecht. Niettemin is Winter bekritiseerd. Zie voor een overzicht: Prechal 2005, p. 227-228. De recente kritiek van De Waele 2009, p. 137-138, dat 'directe toepasbaarheid' een lege huls zou zijn, deel ik niet. Het onderscheid heeft n.m.m. zin, omdat een niet direct werkende bepaling nog altijd een basis kan zijn voor een schade-actie of een conforme interpretatie door de rechter. Daarvoor is evenwel vereist dat het Unierechtelijke voorschrift deel uitmaakt van het nationale recht.

zonodig met voorbijgaan aan een nationale regeling. Dan komen het leerstuk van de directe werking en de voorrangsregel ten tonele.

7.2.2.1 Het karakter van directe werking

Over de vraag, wat onder rechtstreekse werking te verstaan, bestaat soms wat onduidelijkheid. Dat heeft in de eerste plaats te maken met het feit dat de automatische gelding van Unierecht in de lidstaten, door rechtspraak en literatuur geregeld wordt gevat in de term 'directe werking'. Met directe, of rechtstreekse, werking wordt echter ook gedoeld op het verschijnsel, dat de Unierechtelijke norm inroepbaar is door de burger, of zich leent voor toepassing door de nationale rechter.[10] Dat zijn, strikt genomen, twee verschillende dingen. De vraag of de burger een *beroep kan doen* op Unierecht is een andere dan de vraag of hij met dat beroep bij de rechter succes kan hebben. Duidelijk is echter wel dat criteria aan de hand waarvan wordt bepaald óf een bepaling directe werking heeft, een kwestie is van Unierecht en niet van de nationale rechtsorde.[11]

In de vroege rechtspraak van het Hof van Justitie leek directe werking vooral te gaan over de vraag of de Unierechtelijke bepaling aan particulieren een specifiek recht toekende.[12] Het is de benadering in *Van Gend & Loos:*

> 'dat het gemeenschapsrecht derhalve, evenzeer als het, onafhankelijk van de wetgeving der Lid-Staten, ten laste van particulieren verplichtingen in het leven roept, ook geëigend is rechten te scheppen welke zij uit eigen hoofde kunnen geldig maken'.[13]

Deze benadering is bekritiseerd. Zij zou geen recht doen aan het gegeven dat het Unierecht soms niet zozeer als recht wordt ingeroepen, maar als rechtvaardigingsgrond om de rechten van anderen te beperken.[14] De functie van directe werking is, volgens veel auteurs, om te verduidelijken in welke gevallen het Unierecht door particulieren *in te roepen* is.[15] Daarvoor is niet vereist dat sprake is van een subjectief recht, en evenmin is het zo dat elk subjectief recht in elk geschil even gemakkelijk is toe te passen. De rechtspraak lijkt zich die

10 Vgl. Prechal 2005, p. 241.
11 Jans e.a. 2007, p. 63-64.
12 Vgl. Prechal 2005, p. 99; Claes 2005, p. 75; Verhoeven 2011, p. 18.
13 HvJEG 5 februari 1963, Zaak 26/62, *Jur.* 1963, p. 3 (*Van Gend & Loos*). Zie tevens: HvJEG 19 december 1968, Zaak 13/68, *Jur.* 1968, p. 632 (*Salgoil*); HvJEG 4 december 1974, Zaak 41/74, *Jur.* 1974, p. 1337 (*Van Duyn t. Home Office*); HvJEG 23 februari 1994, C-236/92, *Jur.* 1994, p. I-483 (*Comitato Cava t. Lombardije*).
14 Prechal 2005, p. 99-100; Claes 2005, p. 75, beide met nadere verwijzingen.
15 Zo Barents (1992).

kritiek aangetrokken te hebben. De nadruk verschoof naar '*invocability*' van Unierecht.[16]

Ook die benadering heeft echter zo haar nadelen. Zodra het Unierecht gelding heeft in de nationale rechtsorde, valt niet zo goed in te zien waarom particulieren daarop geen beroep zouden kunnen doen. Inroepbaarheid wil in wezen niet veel meer zeggen, dan dat de burger het Unierecht gebruikt als juridisch argument. Juridisch argumenteren staat vrij. Waar het om gaat, is of de nationale rechter met dat beroep op het Unierecht 'iets kan'. Centraal staat dus niet het individu, maar de rechter. Daar komt bij dat het inmiddels ook wel duidelijk is geworden dat die rechter soms van het Hof van Justitie wat 'moet' met dat Unierecht, ook als het geen rechtstreekse werking heeft. Roept de burger hem op het nationale recht conform het Unierecht uit te leggen bijvoorbeeld, dan dient hij niet eerst te onderzoeken of dat Unierecht rechtstreeks werkt.[17] Gesuggereerd is daarom, de directe werking te zien als een doctrine van, wat in goed Angelsaksisch wel wordt aangeduid als, *justiciability*.[18] De Unierechtelijke norm moet, in de woorden van Van Gerven, 'vermogen' hebben 'om door de rechter op een casuspositie te worden toegepast'.[19] Zo schrijft Prechal:

> 'In my view, a more appropriate definition would run as follows: Direct effect is the obligation of a court or another authority to apply the relevant provision of Community law, either as a norm which governs the case or as a standard for legal review'.[20]

De wijze waarop het Hof van Justitie de directe werking inkadert, suggereert eveneens dat het om een kwestie van *justiciability* gaat. Sinds het arrest *Becker* is duidelijk dat het Hof als de belangrijkste maatstaf hanteert, dat Unierecht voldoende duidelijk en onvoorwaardelijk moet zijn.[21] Het maakt bovendien uit in hoeverre de lidstaat bij de uitvoering van de verplichting beschikt over

16 Vgl. o.a. HvJEG 19 januari 1982, Zaak 8/81, *Jur.* 1982, p. 53 (*Becker*), r.o. 25; HvJEG 19 juli 1990, C-188/89, *Jur.* 1990, p. I-3313 (*Foster t. British Gas*), r.o. 16; HvJEG 5 februari 2004, C-157/02, *Jur.* 2004, p. I-1477 (*Rieser t. Asfinag*), r.o. 22.

17 Zie o.m. HvJEG 4 juli 2006, C-212/04, *Jur.* 2006, p. I-6057 (*Adeneler t. ELOG*), r.o. 113.

18 Vgl. bijv. De Witte 1999, p. 187; Claes 2005, p. 82; Dougan 2007, p. 935; Verhoeven 2011, p. 19-20.

19 Concl. A-G Van Gerven van 27 oktober 1993, C-128/92 (*Banks & Co t. British Coal Corp.*), par. 27.

20 Prechal 2005, p.241.

21 Vgl. HvJEG 19 januari 1982, C-8/81, *Jur.* 1982, p. 53, (*Becker*), §25. Zie ook: HvJEG 3 april 1968, C-28/67, *Jur.* 1968, p. 203 (*Molkerei-Zentrale*). Voorts: HvJEG 26 februari 1986, C-152/84, *Jur.* 1986, p. 723 (*Marshall t. Southampton I*), §46; HvJEG 22 juni 1989, C-103/88, *Jur.* 1989, p. 1839 (*Fratelli Costanzo*), §29; HvJEG 2 december 1997, C-188/95, *Jur.* 1997, p. I-6783 (*Fantask*), §54; HvJEG 5 maart 1998, C-347/96, *Jur.* 1998, p. I-937 (*Solred*), §28. Nader: Jans e.a. 2007, p. 65.

beleidsvrijheid.[22] Die kwestie benadert het Hof contextueel: het kan van geval tot geval verschillen of een bepaling, gegeven de context van het specifieke geschil, voldoende concrete handvatten ter beslechting in zich heeft.[23] Dat toetsingskader is er op gericht te voorkomen dat de nationale rechter genoodzaakt is het terrein te betreden van de wetgever. Directe werking vereist, aldus Jans c.s., dat '*the provision of Community law* (…) *can be applied by national courts, acting within their judicial powers*'.[24]

Zojuist citeerde ik Prechal. Dat citaat legt bloot dat de kwestie van *justiciability* betrekking heeft op twee aspecten van de rechterlijke taak: de toepassing van Unierecht, daar waar geen enkele – dus ook geen nationale – norm voorhanden is, en de toetsing van nationaal recht aan het Unierecht. Dat laatste aspect vloeit voort uit de voorrang van het Unierecht.[25] Dat aspect komt nu aan de orde.

7.2.2.2 Het karakter van voorrang

Unierecht heeft voorrang boven nationaal recht. Maar wat betekent dat precies?

Het antwoord op die vraag begint bij het arrest *Simmenthal*.[26] Daarin overweegt het Hof:

> 'Dat daarenboven, krachtens het beginsel van de voorrang van het Unierecht , de verdragsbepalingen en de rechtstreeks toepasselijke handelingen der instellingen, in hun verhouding tot het nationale recht der lid-staten tot gevolg hebben niet alleen dat zij door het enkele feit van hun inwerkingtreding elke strijdige bepaling van de bestaande nationale wetgeving van rechtswege buiten toepassing doen treden, maar ook – daar die bepalingen en handelingen onderdeel van hogere rang vormen van de op het grondgebied van elk der lid-staat geldende rechtsorde – dat zij in de weg staan aan de geldige totstandkoming van nieuwe nationale wetgevende handelingen, voor zover die onverenigbaar met de gemeenschapsregels zouden zijn'.

Een eerste antwoord is dus dat de voorrang van het Unierecht een collisieregel is. Bij strijd tussen nationaal recht en Unierecht, prevaleert het laatste. Het eigen recht dient door de nationale rechter buiten toepassing te worden ge-

22 Vgl. HvJEG 5 februari 1963, Zaak 26/62, *Jur.* 1963, p. 3 (*Van Gend & Loos*); HvJEG 14 december 1995, C-163/94, *Jur.* 1995, p. I-4821 (*Sanz de Lera, Jiménéz & Kapanoglu*), §40-47. Zie nader: Jans e.a. 2002, p. 93; Prinssen 2004, p. 11-12.

23 Zie Fleuren & Viering 2001; Prechal 2005, p. 244-245.

24 Jans e.a. 2007, p. 67.

25 Daarover ook: Jans e.a. 2007, p. 84-85.

26 HvJEG 9 maart 1978, Zaak 106/77, *Jur.* 1978, p. 629 (*Amministrazione della Finanza t. Simmenthal*).

laten.[27] Deze voorrangsregel is absoluut: ál het Unierecht kan reden zijn om welke nationale bepaling of praktijk dan ook buiten toepassing te laten, al betrof het er een van (supra-)constitutionele rang.[28] Dat geldt zelfs voor fundamentele concepten als grondrechten en machtenscheiding.[29] Het Hof maakt dat duidelijk in *Internationale Handelsgesellschaft*:

> 'the validity of a Community measure or its effect within a Member State cannot be affected by allegations that it runs counter to either fundamental rights as formulated by the constitution of that State or the principles of a national constitutional structure'.[30]

Zou de voorrang van het Unierecht wél van de lidstaten afhankelijk zijn, dan is het ook aan die lidstaten om op de voorrangsregel mogelijke uitzonderingen aan te nemen. Het is dan niet de Unie – en haar rechter – die de omvang en de grenzen van de voorrang bepaalt. Dat zou een bedreiging betekenen voor de uniforme toepassing van het Unierecht, en daarmee ook van de belangen waarvoor de Unie is opgericht.[31] Dat de omvang van de voorrang een kwestie van Unierecht is, betekent echter ook dat het Hof van Justitie iets te vertellen krijgt over het mandaat van de nationale rechter, die deze voorrang te effectueren heeft.

Anwendungsvorrang en geen Geltungsvorrang

Het Hof suggereert in *Simmenthal* dat nationale regels die conflicteren met Unierecht nietig zouden zijn. Het spreekt van Unierecht als 'van hogere rang', dat in de weg staat aan de *geldige totstandkoming* van voorschriften die ermee in strijd zijn. Daarmee lijkt gerefereerd te worden aan, wat men in de Duitse doctrine wel noemt, *Geltungsvorrang*.[32] Die term dient ter afbakening van

27 Niet alleen door de rechter overigens, maar ook door het bestuur: vgl. HvJEG 22 juni 1989, Zaak 103/88, *Jur.* 1989, p. 1839 (*Fratelli Costanzo t. Commune di Milano*). Zie daarover uitgebreid: Verhoeven 2011.

28 HvJEG 17 december 1970, Zaak 11/70, *Jur.* 1970, p. 1125 (*Int. Handelsgesellschaft*); HvJEG 13 juli 1997, Zaak 48/71, *Jur.* 1972, p. 528 (*Commissie t. Italië,)*; HvJEG 2 juli 1996, C-473/93, *Jur.* 1996, p. I-3207 (*Commissie t. Luxemburg*), §38.

29 Een groot aantal lidstaten stelt overigens beperkingen aan de reikwijdte van deze rechtspraak. Men accepteert deze absolute werking van de voorrangsregel niet. In de constitutionele rechtspraak van die landen heeft het Unierecht bijvoorbeeld geen voorrang boven de nationale grondwet. Zie uitvoerig: Claes 2005; Ch. Grabenwarter, 'National Constitutional Law Relating to the EU', in: Von Bogdandy & Bast 2010, p. 83-129. De Nederlandse rechtspraak ontkende de claim tot dusver niet. Zie Uzman & Van Rijn van Alkemade 2011.

30 HvJEG 17 december 1970, Zaak 11/70, *Jur.* 1970, p. 1125 (*Internationale Handelsgesellschaft*).

31 Ik wees eerder al op de gemeenschappelijke markt. Zie Prechal 2007.

32 Zie omtrent Geltungs- en *Anwendungsvorrang* uitvoerig, het *Habilitationsschrift* van Schilling (1994). In de context van het Unierecht: Grabitz 1966, p. 98; Spetzler 1990; Barents 2009, p. 45-46. Recent: Kruis 2013.

zogenaamde *Anwendungsvorrang*, waarbij de voorrang de geldigheid van de norm zelf niet aantast.[33]

Het is inmiddels echter duidelijk dat het Hof het zó niet bedoeld heeft. Het is het nationale recht dat, behoudens een paar randvoorwaarden, de rechtsgevolgen van de strijd tussen nationaal en Unierecht bepaalt. Het Hof van Justitie doet geen uitspraken over de geldigheid van nationale voorschriften. Het dwingt de nationale rechter niet tot het vernietigen van een nationale regel, hoewel het dat ook niet verbiedt. In wezen is het de Unie om het even wat er met het nationale voorschrift gebeurt, zolang het maar niet wordt toegepast.[34] Het Hof onderstreepte dat relatief recent weer in *Filipiak*:

> 'In dat verband zij eraan herinnerd dat het Hof reeds heeft geoordeeld dat de onverenigbaarheid met het gemeenschapsrecht van een nationaalrechtelijke regel van latere datum niet de non-existentie van die regel tot gevolg heeft. In een dergelijke situatie is de nationale rechter verplicht die regel buiten toepassing te laten, met dien verstande dat die verplichting geen beperkingen stelt aan zijn bevoegdheid om, wanneer naar binnenlands recht verschillende wegen kunnen worden bewandeld, zijn keuze te bepalen op de middelen welke geëigend zijn om de door het gemeenschapsrecht verleende individuele rechten te waarborgen (…)'.[35]

In deel I beschreef ik dat het buiten toepassing laten van conflicterende nationale voorschriften soms een oplossing van het geschil kan zijn.[36] Het buiten toepassing laten van een delict dat is vastgesteld in strijd met Unierecht bijvoorbeeld, ontslaat de verdachte doorgaans van rechtsvervolging. Lang niet altijd is buiten toepassing laten van het voorschrift echter een voldoende remedie. Soms resulteert dat louter in een leemte. Die leemte moet gevuld worden, ofwel door toepassing van het Unierecht zélf, ofwel door gebruikmaking van het resterende nationale recht. Wat betekent die *Anwendungsvorrang* in zo'n geval?

In dat verband valt onderscheid te maken tussen verschillende verplichtingen die het Unierecht de nationale rechter oplegt. Prechal vatte die verplichtingen een paar jaar geleden samen in een stappenschema.[37] Het vertrekpunt

---

33 De term *Anwendungsvorrang* is door Barents bekritiseerd. Hij wijst er op dat Unierecht niet altijd in plaats van nationaal recht kan worden toegepast. Ik zie dat anders. Barents legt *Anwendungsvorrang* te beperkt uit. Met *Anwendungsvorrang* hoeft niet te worden bedoeld, dat de voorrangsnorm het geschil beslecht. Ook wordt bedoeld dat deze de *Anwendung*, in het concrete geval, gebruik van de 'lagere' norm onmogelijk maakt zonder dat de gelding van die norm wordt aangetast.

34 Zie ook reeds: HvJEG 4 april 1968, Zaak 34/67, *Jur.* 1968, p. 346 (*Lück*); HvJEG 22 oktober 1998, C-10, 22/97, *Jur.* 1998, p. I-6307 (*IN.CO.GE'90*), §20-21. Zie tevens: Jans e.a. 2002, p. 118-120 en Van Gerven 2000, p. 509.

35 HvJEU 19 november 2009, C-314/08 (*Filipiak*), r.o. 83.

36 Zie paragraaf 4.1.

37 Prechal 2007, par. 3. Zie een soortgelijke exercitie bij Barents 2009, p. 45.

van dat schema is, dat de rechter het nationale recht langs de meetlat van het Unierecht legt. Hij gebruikt het Unierecht dan als maatstaf voor de beoordeling van het nationale recht. Prechal spreekt in zo'n geval van *the obligation to apply I.* Volgt uit die beoordeling de conclusie dat het nationale recht niet met het Unierecht verenigbaar is, dan zijn er twee mogelijkheden: de rechter probeert het nationale recht Unierechtconform uit te leggen (*the obligation to interpret I*), of hij laat het buiten toepassing (*the obligation to disapply*).[38] Kiest hij voor die laatste route, dan kan daarmee de remedie gegeven zijn. Is dat niet het geval, dan gaat het buiten toepassing laten gepaard met de verplichting om dan, in plaats van het nationale recht, de Unierechtelijke regel direct (bij wijze van substitutie) toe te passen (*the obligation to apply II*). Dat hoeft of kan niet altijd. In plaats daarvan wordt de oplossing van het geschil ook wel gezocht in het resterende nationale recht. Dat zal in sommige gevallen dan wel conform het Unierecht moeten worden uitgelegd (*the obligation to interpret II*). Prechal concludeerde tot slot, dat de mogelijkheid ook bestond 'that nothing can be done'. In zo'n geval moet staatsaansprakelijkheid uitkomst bieden.

Het gaat mij in dit hoofdstuk om de vraag waar voor het Hof van Justitie die grens ligt tussen de verplichtingen die Prechal noemde, en *'nothing can be done'*. Een vraag die dan opspringt, is of het bij haar '*obligations*' om zelfstandige verplichtingen gaat die het Hof in de loop der tijd stuk voor stuk heeft ontwikkeld, of dat daaraan één overheersend concept van voorrang ten grondslag ligt. Ik ga kort op die nogal theoretische kwestie in. Zij is namelijk relevant voor de vraag wat de rechter te doen staat als de hem voorgelegde kwestie tussen de wal en het schip van de diverse remedies valt. Wat als directe werking van het Unierecht, althans op het eerste gezicht, geen optie is en de rechter tegen constitutionele grenzen aanloopt bij zijn poging het nationale 'restrecht' conform te interpreteren? Is het dan inderdaad *'nothing can be done'*, of neemt de voorrang van het Unierecht het over, als ging het om het cement tussen de verschillende remedies?

Anwendungsvorrang voorbij: twee modellen

De voorrang van het Unierecht is in twee ideaaltypen te vatten.[39] Hiervoor citeerde ik een overweging uit *Simmenthal,* en ik destilleerde uit dat arrest een eerste antwoord op de vraag wat voorrang was, namelijk een collisieregel.[40]

---

38 Jans e.a. 2007, p. 107 constateren een duidelijke voorkeur voor conforme interpretatie. Ik teken daar wel bij aan dat, zoals uit deel I blijkt, de nationale rechter zelden differentieert tussen beide remedies. Hij formuleert doorgaans een eindpunt, en laat het aan de lezer over om te bepalen van welke bevoegdheid hij gebruik heeft gemaakt. Zolang hij in de concreet voorliggende casus over beide bevoegdheden beschikt is dat ook niet problematisch. Dat nuanceert wat mij betreft de voorkeur voor conforme interpretatie: het hangt doorgaans van de casuïstiek af welke remedie voor de hand ligt.

39 Zeer instructief is in dat verband: Dougan 2007.

40 HvJEG 9 maart 1978, Zaak 106/77, *Jur.* 1978, p. 629.

Datzelfde arrest suggereert echter dat het bij voorrang misschien wel om méér kan gaan dan om een collisieregel alleen. In dezelfde overweging spreekt het Hof immers over Unierecht als 'van hogere rang'. We hebben gezien dat dit niet betekent dat het Unierecht aan de geldigheid van wettelijke voorschriften in de weg staat, maar daarmee zijn de vraagtekens de wereld niet uit. Want betekent dit nu dat de voorrang niets meer of minder is dan een collisieregel, of is die collisieregel slechts *een uitvloeisel* van het bredere concept voorrang? Die vraag wordt verschillend beantwoord door de beide ideaaltypen.

Aan de ene kant van het spectrum vinden we de enge (of formele) benadering van voorrang.[41] In die benadering is voorrang niets meer of minder dan een collisieregel, een remedie die de nationale rechter verplicht is toe te passen als hij strijd constateert tussen het Unierecht en het nationale recht. Deze opvatting verdedigt Besselink, waar hij opmerkt:

> 'We hebben te maken met een landschap waarin de wegen elkaar regelmatig gelijkvloers kruisen en we ter voorkoming van botsingen er een voorrangsregel op na moeten houden. (…) Daarbij is er inderdaad veel voor te zeggen om de voorrang in de regel toe te kennen aan de Europese normen en besluiten. Maar zo'n voorrang kan men veel pragmatischer rechtvaardigen dan langs hiërarchische lijnen. Men kan die voorrang bijvoorbeeld rechtvaardigen op basis van de noodzaak tot zo groot mogelijke consistentie, efficiëntie en om te voorkomen dat een Europees besluit beroofd wordt van zijn nuttig effect (…)'.[42]

De enge benadering van voorrang is, ondanks de benaming die ik er hier aan geef, op een aantal punten zeer aantrekkelijk. Zo suggereert ze ver te blijven van het fenomeen hiërarchie, en daarmee de suggestie dat de Unie een soort van nieuwe *Grundnorm* in het leven roept voor de rechtsordes van de lidstaten.[43] Ze plaatst het concept voorrang waar het moet zijn: een methode die de uniforme werking van de gemeenschappelijke markt, en in bredere zin de uniforme toepassing van het Unierecht, bewerkstelligt.[44] Het is in feite die gemeenschappelijke markt, datgene waarvoor de Unie staat, die verschillende concepten zoals voorrang, directe werking, conforme interpretatie en staatsaansprakelijkheid genereert. De enge benadering sluit bovendien aan bij de pragmatische wijze waarop het Hof van Justitie het concept van de directe werking benadert.[45] In de enge benadering zijn voorrang en directe werking nauw met elkaar verbonden. De burger doet immers een beroep op de voorrangsregel om een rechtstreeks werkende norm van Unierecht te

41 Vgl. Dougan 2007, p. 934, die (in de context van de verhouding tot directe werking) spreekt van *'the trigger model'*.
42 Besselink 2007b, p. 9.
43 Vgl. omtrent die problematiek: Stone Sweet 2007b.
44 Vgl. Prechal 2007, p. 41.
45 Vgl. HvJEG 13 februari 1969, Zaak 14/68, *Jur.* 1991, p. 1 (*Walt Wilhelm t. Bundeskartellamt*).

effectueren ten koste van nationaal recht.[46] Dat sluit aan bij de gebruikelijke opvatting in Nederland, dat een volkenrechtelijke norm wel rechtstreeks werkend (beter: een ieder verbindend) moet zijn om als grondslag te dienen voor het buiten toepassing laten van nationale voorschriften.[47]

Aan de enge benadering zijn echter ook nadelen verbonden. Men kan zich bijvoorbeeld afvragen waar de conflictregel vandaan komt, als het Unierecht als zodanig geen hogere rang toekomt.[48] Het is bovendien de vraag of de enge opvatting goed vol te houden is in de praktijk van alledag. Het is bijvoorbeeld logisch-aantrekkelijk om uit de afwezigheid van *Geltungsvorrang* te concluderen dat er niet zoiets is als een hiërarchie tussen de nationale en de Europese rechtsorde, maar dat miskent dan toch op zijn minst het praktische effect dat uitgaat van het feit dat de Staat in de eerste plaats voor het uitvaardigen en in stand houden van die geldige maar onrechtmatige wetgeving aansprakelijk is, en in de tweede plaats dat op de Staat een rechtsplicht rust om iets aan die situatie te doen. Het is uiteraard mogelijk die aansprakelijkheid en die rechtsplicht tot dogmatisch handelen te scheiden van de voorrangspositie van het Unierecht, maar dat lijkt wel een beetje een academische exercitie.

Een aantal auteurs bepleit daarom een ruime (of materiële) benadering van voorrang.[49] Prechal bijvoorbeeld, ziet voorrang als een meeromvattend beginsel dan zuiver een conflictregel:

> '(…) in my view, the supremacy net should be cast wider, in the sense that the principle goes beyond this function of a basic conflict rule for the courts in a situation where domestic law is confronted with directly effective provisions of Community law. Supremacy also means that a national court may not review the validity of Community acts in the light of national provisions of (constitutional) law (…). Similarly, it is submitted, the national courts may not construe the Community law provision in accordance with national legal rules. On the contrary, the obligation of consistent interpretation can be understood as a corollary of the principle of supremacy'.[50]

Prechal is voorzichtig daarmee te suggereren dat zij – of het Hof – de verhouding tussen Unie en lidstaten ook formeel in termen van hiërarchie beschouwt. Het gaat haar om de praktische uitkomsten, meer dan om de theorie:

---

46 Prechal 2007, par. 5; Dougan 2007, p. 934.

47 Vgl. HR 19 oktober 1990, *NJ* 1992/129 m.nt. EAA & EAAL (*Homohuwelijk*).

48 Barents 2009, p. 50. Het pragmatische argument dat de efficiëntie, coherentie en de volle werking van het Unierecht ermee gediend zijn (zie Besselink 2007b, p. 9) roept de vraag op hoe het dan zit met de coherentie en de volle werking van het nationale recht (vgl. ten aanzien van de rechtsbescherming in dat verband: Barkhuysen 2006). Er moet toch íets zijn dat verklaart waarom de Europese coherentie en *effet utile* dan prevaleren?

49 Zo bijv. Prechal 2007; Barents 2009, p. 50.

50 Prechal 2007, par. 5. Over die laatste kwestie, of conforme interpretatie voortvloeit uit de voorrang van het Unierecht, bestaat debat. Ik ga daar hierna, in de paragraaf over de remedies, op in. Ik sluit mij daar aan bij de opvatting van Prechal.

> 'Supremacy can be conceived of as a conflicts rule, entailing, in the first place, the 'obligation to disapply'. (…) But, it does not stop there. Supremacy is also closely linked to the obligation of consistent interpretation and State liability. For the legislator, the principle of supremacy has the effect of blocking the enactment of unilateral and contrary national measures and that national legal provisions must be brought in line with Community law.
>
> Despite its practical effects, however, supremacy is not accepted as implying a hierarchical relationship between national law and Community law in the sense that it is Community law itself that validates the rules within the national legal order. Despite some scholarly efforts, this conclusion cannot be drawn from the case law of the ECJ which, moreover, leaves the necessary space to the national legal systems to accommodate Community law provisions'.[51]

De benadering van Prechal lijkt mij de juiste. De vraag of men de verhouding tussen Unie en lidstaten in termen van hiërarchie moet bezien laat ik graag over aan filosofen en politicologen – het recht alléén kan het antwoord daarop, meen ik, niet geven – maar in de praktijk lijkt mij een ruime opvatting van voorrang verhelderend te kunnen werken. Het verklaart in eerste instantie waarom het Hof niet een reeks, los van elkaar opererende, remedies in het leven heeft geroepen, maar een *stelsel* van rechtsbescherming heeft opgebouwd. De conflictregel maakt onderdeel uit van dat stelsel, maar figureert naast andere remedies die hetzelfde doel beogen.

7.2.3 Loyale samenwerking

Het beginsel van loyale samenwerking, in het verleden ook wel bekend als het beginsel van de gemeenschapstrouw, is tegenwoordig vastgelegd in artikel 4 lid 3 VEU.[52] Het bepaalt:

> 'Krachtens het beginsel van loyale samenwerking respecteren de Unie en de lidstaten elkaar en steunen zij elkaar bij de vervulling van de taken die uit de Verdragen voortvloeien.
>
> De lidstaten treffen alle algemene en bijzondere maatregelen die geschikt zijn om de nakoming van de uit de Verdragen of uit de handelingen van de instellingen van de Unie voortvloeiende verplichtingen te verzekeren.
>
> De lidstaten vergemakkelijken de vervulling van de taak van de Unie en onthouden zich van alle maatregelen die de verwezenlijking van de doelstellingen van de Unie in gevaar kunnen brengen'.

51 *Ibid.*

52 Deze bepaling is de opvolger van art. 10 EG, dat een soortgelijk beginsel stipuleerde.

Het beginsel van loyale samenwerking geldt voor alle staatsmachten en, in dat kader, voor alle tot de overheid te herleiden organen.[53] Het is bovendien wederkerig, in de zin dat ook de instellingen van de Unie aangesproken worden.[54] Zo verwijst het Hof van Justitie geregeld naar de plicht voor lidstaten én Commissie om loyaal samen te werken, wanneer de staat claimt dat het onmogelijk is om een beschikking van de Commissie ten uitvoer te brengen omdat die uitvoering zou leiden tot ernstige problemen van constitutionele en maatschappelijke aard.[55]

Net als het 'oude' artikel 10 EG, waarin het beginsel voorheen was vastgelegd, omvat artikel 4 lid 3 VEU zowel een negatieve als een positieve verplichting voor de lidstaten.[56] Dat is wel samengevat als *'the duty to help and not to hinder'*.[57] De negatieve plicht houdt in dat de lidstaten zich onthouden van acties die de effectieve werking van het Unierecht in gevaar brengen, die het functioneren van de Unierechtelijke organen kunnen hinderen of die, in algemene zin, de Europese integratie schaden.[58]

De positieve plicht valt uiteen in twee delen. Eén aspect is dat de lidstaten de instellingen van de Unie een handje helpen bij het bereiken van de doelstellingen van de unieverdragen.[59] In de tweede plaats spreekt artikel 4 lid 3 VEU van de plicht om alle maatregelen te nemen die nodig zijn om de effectieve werking van het Unierecht in de lidstaten te garanderen. Voor de wetgever betekent dit dat hij er, onder meer, voor moet zorgen dat met het Unierecht strijdig recht uit de rechtsorde gehaald wordt, in elk geval wanneer dergelijke conflicterende wetgeving aanleiding zou kunnen geven tot rechtsonzekerheid.[60] In het geval van richtlijnen dient de wetgever bovendien tijdig zorg

53 Vgl. bijv. HvJEG 22 juni 1989, Zaak 103/88, *Jur.* 1989, p. 1839 (*Fratelli Costanzo*); HvJEG 12 juni 1990, C-8/88, *Jur.* 1990, p. I-2321 (*Duitsland t. Commissie*). Zie ook: Barents 2000, p. 320; Jans e.a. 2002, p. 69.

54 Art. 4 lid 2 VEU codificeert daarmee de rechtspraak van het HvJEG op dit punt. Artikel 10 EG noemde alleen de lidstaten. Zie HvJEG 13 juli 1990, C-2/88, *Jur.* 1990, p. I-3365 (*Zwartveld I*); HvJEG 28 februari 1991, C-234/89, *Jur.* 1991, p. I-935 (*Delimitis t. Henninger Bräu*); HvJEG 16 oktober 2003, C-339/00, *Jur.* 2003, p. I-11757 (*Ierland t. Commissie,*), §71-72; HvJEG 20 oktober 2005, C-511/03, *Jur.* 2005, p. I-8979 9 (*Ten Kate*), §28. Voorts Jans e.a. 2002, p. 69-70.

55 Vgl. bijv. HvJEG 15 januari 1986, Zaak 52/84, *Jur.* 1986, p. 89 (*Commissie t. België*); HvJEG 4 april 1995, C-348/93, *Jur.* 1995, p. I-673 (*Commissie t. Italië*).

56 Die verplichtingen vloeien doorgaans niet rechtstreeks uit art. 4 lid 2 VEU (en art. 10 EG [oud]) voort. Het Hof baseert hen op een combinatie van het artikel met andere bepalingen of beginselen. Zie Gorley 2008, p. 308; Verhoeven 2011, p. 43.

57 Temple Lang 1998, p. 111.

58 Kapteyn 2008, p. 151.

59 Vgl. Kapteyn 2008, p. 148.

60 Vgl. HvJEG 4 april 1974, *Jur.* 1974, p. 359 (*Commissie t. Frankrijk*), §41. Hier werd overigens noch artikel 10 EG, noch het beginsel van gemeenschapstrouw expliciet genoemd. Voorts: HvJEG 13 maart 1997, C-197/96, *Jur.* 1997, p. I-1489, §16 (*Commissie t. Frankrijk*). Vgl. bovendien de conclusie van A-G Roemer van 22 juni 1972 in zaak 48/71 (§1a).

te dragen voor correcte omzetting.[61] Voor de rechter vloeit uit het beginsel van loyale samenwerking in het bijzonder voort dat hij de rechten die particulieren aan het Unierecht ontlenen effectief beschermt.[62] Deze dure plicht noopt hem bijvoorbeeld zijn eigen recht, waar mogelijk, Unierechtconform uit te leggen. Bovendien dient de rechter zijn eigen handboek, het nationale procesrecht, zodanig te gebruiken dat de volle werking van het Unierecht verzekerd is, zij het dat daaraan grenzen zijn. Die grenzen worden bepaald door het beginsel van de procedurele autonomie. Ik ga nu eerst op dat beginsel in, en bespreek dan wat uitvoeriger het beginsel van effectieve rechtsbescherming.

7.2.4 Subsidiariteit en autonomie

De Europese Unie heeft twee gezichten. Aan de ene kant wordt de Unie doorgaans afgeschilderd als een project *sui generis*, dat ver verwijderd is geraakt van de traditionele internationale organisatie. De rechtspraak van het Hof van Justitie over directe werking en voorrang wordt vaak gecontrasteerd met die van, bijvoorbeeld, dat ándere Europese Hof in Straatsburg.[63] Waar het EHRM nog altijd het uitgangspunt huldigt dat het zaken doet met de verdragspartijen en het zich niet behoort te mengen in interne bevoegdheidskwesties, intervenieert het Hof van Justitie vrij geregeld in de verhouding tussen de drie nationale staatsmachten.[64]

Zoals recent ook Verhoeven nog in haar dissertatie onderstreept, betekent dat echter niet dat het Hof of de Unie, het traditionele model van soevereine staten heeft losgelaten.[65] Als het misgaat, is het nog altijd de lidstaat die aansprakelijk is.[66] In veel gevallen hebben de Europese organen bovendien niet de mogelijkheid het Unierecht direct in de lidstaten toe te passen. Die lidstaten zijn dus voor een belangrijk deel verantwoordelijk voor de tenuitvoerlegging van het Unierecht in hun eigen rechtsorde. Zij stellen hun instituties en procedures daarvoor ter beschikking.[67] Volgens Verhoeven is er echter

61 HvJEG 2 december 1986, Zaak 239/85, *Jur.* 1986, p. 3645 (*Commissie t. België*), §7; HvJEG 25 juli 1991, C-208/90, *Jur.* 1991, p. I-4269 (*Emott*), §19; HvJEG 12 oktober 1995, C-242/94, *Jur.* 1995, p. I-3031 (*Commissie t. Spanje*), §6.

62 Op dat beginsel kom ik terug in § 7.2.5.

63 Vgl. bijv. Barkhuysen 1998, p. 84-87.

64 Te beginnen natuurlijk bij HvJEG 5 februari 1963, Zaak 26/62, *Jur.* 1963, p. 3 (*Van Gend & Loos*), en HvJEG 15 juli 1964, Zaak 6/64, *Jur.* 1964, p. 1203 (*Costa t. E.N.E.L.*). Zie ook o.m. HvJEG 9 maart 1978, Zaak 106/77, *Jur.* 1978, p. 629 (*Simmenthal*), en HvJEG 22 juni 1989, Zaak 103/88, *Jur.* 1989, p. 1839 (*Fratelli Costanzo*).

65 Verhoeven 2011, p. 43-44. Zie ook de bijdragen van Von Bogdandy (i.h.b. p. 39) en Kirchhof in Bogdandy & Bast 2009.

66 Vgl. o.m. HvJEG 5 maart 1996, Gevoegde zaken C-46 en 48/93, *Jur.* 1996, p. I-1029 (*Brasserie du Pêcheur*). Dat laat de kwestie van het onderlinge verhaal uiteraard onverlet. Men leze de dissertatie van De Kruif (2012) er op na.

67 Verhoeven 2011, p. 44.

meer: ze legt een link met het beginsel van subsidiariteit. Dat het Unierecht door nationale instituties, en langs nationale procedures, zijn weg naar de burger vindt, is een kwestie van decentralisatie: het proces van rechtsvorming en rechtstoepassing vindt zo dicht mogelijk bij de burger plaats.[68] Die subsidiariteit betekent echter ook dat het Unierecht zich niet méér met de nationale procedures bemoeit dan strikt noodzakelijk ter verwezenlijking van de belangen die het Unierecht probeert te beschermen.[69] Bij afwezigheid van specifieke Europese afspraken, zijn het dus de lidstaten die primair de verantwoordelijkheid dragen voor het aanwijzen en vormgeven van de instituties en procedures waarmee het Unierecht wordt geëffectueerd. We noemen dat wel het beginsel van institutionele en procedurele autonomie.[70] Met name het procedurele aspect van die autonomie is hier relevant. Het institutionele aspect laat ik voor wat het is.

Op basis van het beginsel van procedurele autonomie is de Unie voor de doorwerking van haar recht afhankelijk van het procesrecht van de lidstaten, tenminste waar Europees procesrecht ontbreekt.[71] Dat staat in zekere zin op gespannen voet met de zo-even behandelde voorrang van het Unierecht. Nationale processuele regels kunnen immers in de weg staan aan het verwezenlijken van die voorrang in het recht van een specifieke lidstaat.[72] Die spanning wordt door het Hof echter op twee manieren gekanaliseerd.

In de eerste plaats betekent procedurele autonomie niet dat afbreuk kan worden gedaan aan de bevoegdheid, en plicht, van nationale rechters (en bestuursorganen) om nationaal recht aan het Unierecht te toetsen, het zonodig buiten toepassing te laten en, waar mogelijk, Unierecht daarvoor in de plaats rechtstreeks toe te passen.[73] Om een parallel met het, in deel I gehanteerde onderscheid in remedies te trekken: procedurele autonomie ziet op de inzet en de regulering van zogenaamde procesrechtelijke remedies en niet op de inzet van constitutionele remedies in enge zin.[74] Die constitutionele remedies vloeien rechtstreeks voort uit het Unierecht zélf en hun bruikbaarheid in een concreet geval wordt uitsluitend door het Unierecht beheerst. Procedurele autonomie ziet, voor wat betreft de remedies, op de inzet van procesrechtelijke remedies: de diverse geboden en verboden die de rechter kan geven ter handhaving van het Unierecht bijvoorbeeld, of wijze waarop schadevergoeding

68 *Ibid*. Zie tevens de preambule bij het VEU.
69 Zie art. 5 lid 3 VEU.
70 Tussen die twee vormen zit verschil. Zie Verhoeven 2011, p. 45. Ik ga er evenwel niet op in. Het gaat mij hier vooral om het procedurele aspect.
71 Vgl. Van Gerven 2000, p. 501-536; Jans e.a. 2007, p. 42. Tevens HvJEG 11 februari 1971, Zaak 39/70, *Jur.* 1971, p. 49 (*Fleischkontor*); HvJEG 16 december 1976, Zaak 33/76, *Jur.* 1976, p. 1989 (*Rewe*) en HvJEG 16 december 1976, Zaak 45/76, *Jur.* 1976, p. 2043 (*Comet t. Produktschap Siergewassen*). In de uitspraken wordt de term *procedurele autonomie* overigens niet gebezigd.
72 Vgl. Jacobs 1997, p. 26.
73 Zie de diverse *obligations* van Prechal die in paragraaf 7.2.2.2 werden geschetst.
74 Vgl. §3.2.1.

wordt toegekend als het niettemin mis is gegaan. Het ziet voorts, maar dat is hier minder van belang, op procesrechtelijke regels die de behandeling van zulke vorderingen reguleren zoals termijnen, bewijsrechtelijke regels, rechtsmachtverdeling en proceskosten.

Zelfs waar het gaat om de inzet van procesrechtelijke remedies, is de autonomie niet volledig. Het Hof van Justitie heeft op het beginsel twee uitzonderingen aanvaard. De eerste is bekend als het *Rewe*-kader. Procesrechtelijke regels die de doorwerking van Unierecht beheersen, dienen te voldoen aan de eisen van gelijkwaardigheid en doeltreffendheid.[75] De tweede uitzondering wordt gevormd door het beginsel van effectieve rechtsbescherming. Dat beginsel veronderstelt, onder meer, het bestaan van een aantal remedies die de rechters in de verschillende lidstaten in elk geval tot hun beschikking moeten hebben.[76]

7.2.4.1 Rewe en de procedurele rule of reason

Dat de procedurele autonomie van de lidstaten niet onbeperkt is, vloeit in eerste instantie voort uit een serie uitspraken die begon met het arrest *Rewe Zentralfinanz*. Het Hof overwoog daarin dat het:

> 'bij ontbreken van een desbetreffende gemeenschapsregeling, een aangelegenheid is van de nationale rechtsorde van elke Lid-Staat om de bevoegde rechter aan te wijzen en de procesregels te geven voor de rechtsvorderingen met het oog op de bescherming van de rechten welke de justitiabelen aan de rechtstreekse werking van het gemeenschapsrecht ontlenen, met dien verstande dat deze regels niet ongunstiger mogen zijn dan die voor soortgelijke nationale vorderingen; (…) dat dit slechts anders zou zijn, indien deze vereisten en termijnen het in de praktijk onmogelijk zouden maken rechten uit te oefenen die de nationale rechter verplicht is te handhaven'.[77]

De twee criteria die het Hof hier noemt, worden in de latere rechtspraak betiteld als de beginselen van gelijkwaardigheid en doeltreffendheid.[78] Ze zijn sindsdien vaste rechtspraak.[79] Het doel van de criteria is te garanderen dat het effectueren van het Unierecht in de lidstaten niet onaanvaardbaar bemoeilijkt wordt.[80] De vraag wat als onaanvaardbaar te gelden heeft, plaatst

75 Beide termen werden door het Hof geïntroduceerd in HvJEG 10 juli 1997, C-261/95, *Jur.* 1997, p. I-4025 (*Palmisani*).
76 Daarover verhelderend: Van Gerven 2000.
77 HvJEG 16 december 1976, Zaak 33/76, *Jur.* 1976, p. 1989 *(Rewe).*
78 HvJEG 10 juli 1997, C-261/95, *Jur.* 1997, p. I-4025 (*Palmisani t. INPS*).
79 Vgl. o.a. HvJEG 15 september 1998, C-231/96, *Jur.* 1998, p. I-4951, (*Edis,*), §34; HvJEG 9 februari 1999, C-343/96, *Jur.* 1999, p. I-579, (*Dilexport*), §25; HvJEG 12 februari 2008, C-2/06 (*Kempter t. HZA Hamburg-Jonas*), §57.
80 Het Hof spreekt van 'praktisch onmogelijk of ernstig bemoeilijkt'. Prechal meent dat tussen deze beide kwalificaties een gradueel verschil bestaat. Vgl. Prechal 2005, p. 137-138.

het Hof van Justitie in de sleutel van een belangenafweging. In *Van Schijndel* en *Peterbroeck* noemt het in dat verband een aantal relevante gezichtspunten:

> 'moet ieder geval waarin de vraag rijst of een nationale procesregel de toepassing van het gemeenschapsrecht onmogelijk of uiterst moeilijk maakt, worden onderzocht met inaanmerkingneming van de plaats van die bepaling in de gehele procedure, en van het verloop en de bijzondere kenmerken ervan, voor de verschillende nationale instanties. In voorkomend geval moet rekening worden gehouden met de beginselen die aan het nationale stelsel van rechtspraak ten grondslag liggen, zoals de bescherming van de rechten van de verdediging, het rechtszekerheidsbeginsel en het goede verloop van de procedure'.[81]

Deze test is wel de 'procedurele *rule of reason*' gedoopt.[82] Aan de hand ervan bepaalt het Hof per geval of de ongehinderde werking van het Unierecht, dan wel de, aan een procesrechtelijke regel ten grondslag liggende, belangen moeten prevaleren. Er is wel op gewezen dat de beginselen die het Hof daarbij in aanmerking neemt, zelden karakteristiek zijn voor het nationale systeem in kwestie. Zij komen ofwel in de rechtspraak van het Hof zélf, ofwel in het recht van verschillende lidstaten, voor.[83] Daarom is wel betoogd dat de lidstaten niet écht autonoom zijn.[84] Dat is in theorie juist, wanneer men bedenkt dat het toch uiteindelijk de Unie, en in het bijzonder haar rechter, is die bepaalt of en hoe een bepaalde procesrechtelijke regel of praktijk wordt ingezet. Toch verdient de stelling nuance. Het Hof liet de lidstaten in het verleden geregeld een aanzienlijke *margin of appreciation*. De meeste procesrechtelijke regels doorstonden de test.[85]

Een opvallend aspect van (in elk geval de vroege) *Rewe*-rechtspraak, was dat het de Kelseniaanse tweedeling tussen negatieve en positieve rechtsvorming omhelsde.[86] In een tweede *Rewe*-arrest, beter bekend als *Botervaarten*, benadrukt het Hof dat het Unierecht in beginsel geen nieuwe procesrechtelijke bevoegdheden constitueert.[87] Dat uitgangspunt verdient wel enige nuance. De procedurele *rule of reason* kan er wél toe leiden dat de beperkingen op een nationale bevoegdheid buiten toepassing moeten worden gelaten. Waar bovendien sprake is van een discretionaire bevoegdheid, kan de bevoegdheid voor

81 HvJEG 14 december 1995, C-312/93, *Jur.* 1995, p. I-4599 (*Peterbroeck*), r.o. 14; HvJEG 14 december 1995, Gevoegde zaken C-430-431/93, *Jur.* 1995, p. I-4705 (*Van Schijndel & Van Veen),* r.o. 18.

82 Vgl. Prechal 1998, p. 690; Jans e.a. 2007, p. 56.

83 Kakouris 1997, p. 1404; Schröder 2004, p. 25; Meijer 2007, p. 70.

84 Kakouris 1997. Genuanceerder: Van Gerven 2000, p. 501-502.

85 Zo bijv. Jans e.a. 2007, p. 44-47, 54; Prechal & Widdershoven 2011 p. 39.

86 Vgl. o.m. Kelsen 1945, p. 268-269. Zie tevens: Brewer-Cariás 2011, p. 5-12; Boogaard 2013, p. 73-76.

87 HvJEG 7 juli 1981, Zaak 158/80, *Jur.* 1981, p. 1805, §44. Het uitgangspunt wordt herhaald in HvJEG 13 maart 2007, C-432/05, *Jur.* 2007, p. I-2271 (*Unibet*), r.o. 40. Zie tevens: Brenninkmeijer 1994; Van Gerven 2000.

de nationale instantie tot een plicht worden.[88] In latere rechtspraak leek het Hof echter van het uitgangspunt af te stappen. Een aantal remedies was zo essentieel, dat het die in de nationale rechtsorde veronderstelde. In de praktijk betekende die rechtspraak dat het Unierecht weldegelijk positieve eisen stelt aan het nationale stelsel van rechtsbescherming. Hoewel die eisen onder kunnen worden gebracht in het bestaande *Rewe*-kader, is in de literatuur wel betoogd dat deze positieve rol voornamelijk gespeeld wordt door het beginsel van effectieve rechtsbescherming.[89] Op dat beginsel ga ik nu in.

7.2.5 Effectieve rechtsbescherming

7.2.5.1 De context: drie lijnen komen samen

De laatste hoeksteen van het Unierecht is het beginsel van effectieve rechtsbescherming. Dit beginsel transformeert de relatief abstracte concepten van voorrang en directe werking tot subjectieve aanspraken van particulieren op rechtsbescherming. Het beginsel is tegenwoordig gecodificeerd in de artikelen 19 VEU en 47 van het Handvest van de Grondrechten. Ondanks die codificatie is het beginsel, net als de andere behandelde uitgangspunten, voornamelijk een kwestie van rechtersrecht.

Het verhaal van dat rechtersrecht begint ver voordat het Hof van Justitie het beginsel van effectieve rechtsbescherming in zijn rechtspraak 'ontdekte'. Het begint bij een jurisprudentielijn die zich náást de *Rewe*-rechtspraak ontwikkelde en bekend kwam te staan als de 'harde lijn'. Die begint zo'n beetje bij het eerdergenoemde arrest *Simmenthal*.[90] Het verhaal is bekend. *Simmenthal* poneerde niet alleen de conflictregel dat Unierecht voorgaat op nationale voorschriften, maar ging ook in op een Italiaanse regel van (ongeschreven) procesrecht met betrekking tot de taakverdeling tussen constitutionele en reguliere rechter. Normconflicten waren aan de eerste opgedragen. De reguliere rechter legde het Hof van Justitie de vraag voor of hij Italiaanse voorschriften die in strijd met Gemeenschapsrecht waren, zelf buiten toepassing moest laten of dat hij zich aan de nationale procesrechtelijke regel te houden had en de kwestie dus zou overlaten aan het constitutionele hof. Het Hof van Justitie laat er geen gras over groeien:

88 Vgl. HvJEG 14 december 1995, C-430-431/93, *Jur.* 1995, p. I-4705 (*Van Schijndel & Van Veen*); HvJEG 13 januari 2004, C-453/00, *Jur.* 2004, p. I-837 (*Kühne & Heitz*).

89 Vgl. Prechal & Widdershoven 2011, p. 40-41.

90 HvJEG 9 maart 1978, Zaak 106/77, *Jur.* 1978, p. 629. Ik ben hier bewust wat voorzichtig. Prechal 2005, p. 139 noemt ook reeds HvJEG 16 januari 1974, Zaak 166-73, *Jur.* 1974, p. 33 (*Rheinmühlen II*).

> 'dat derhalve met de vereisten welke in die eigen aard van het gemeenschapsrecht besloten liggen onverenigbaar is elke bepaling van een nationale rechtsorde of enige wetgevende, bestuurlijke of rechterlijke praktijk die ertoe zou leiden de uitwerking van het gemeenschapsrecht te verminderen doordat aan de inzake de toepassing van dit recht bevoegde rechter de macht wordt ontzegd aanstonds bij deze toepassing al het nodige te doen voor de terzijdestelling van de nationale wettelijke bepalingen die eventueel in de weg staan aan de volle werking van de gemeenschapsregels'.[91]

Krap anderhalf jaar na het arrest in *Rewe,* komt het Hof met een ander criterium dan de eisen van gelijkwaardigheid en doeltreffendheid. De 'uitwerking van het gemeenschapsrecht verminderen' is immers een stringenter toets dan 'onmogelijk of ernstig bemoeilijkt'.[92] Niets over het respecteren van nationaal procesrecht en de focus op minimumwaarborgen. Hoewel het Hof de kwestie in de mal giet van het buiten toepassing laten van de nationale procesrechtelijke regel, schept het bovendien *de facto* een bevoegdheid voor de reguliere rechter. De negatieve rechtsvorming leidt hier dus tot positieve rechtsvorming. Ook in zoverre wijkt *Simmenthal* af van *Rewe*. De rechtspraak valt uiteen in twee lijnen: een met de nadruk op procedurele autonomie en een met de nadruk op de volle werking van het Europese recht.

In de slagschaduw van deze ontwikkeling doet het beginsel van effectieve rechtsbescherming zijn intrede. Dat gebeurt in eerste instantie in de zaak van *Von Colson & Kamann*.[93] In die zaak gaat het om de implementatie van een gelijkebehandelingsrichtlijn die, onder meer, voorschreef dat de lidstaten in een adequate remedie zouden voorzien voor slachtoffers van discriminatie. Waar het nationale recht, *in casu*, slechts voorzag in de vaststelling van onrechtmatigheid en een symbolische schadevergoeding, vereiste het – in de richtlijn tot uitdrukking komende – beginsel van effectieve rechtsbescherming van de rechter dat hij zijn mandaat zonodig gemeenschapsconform interpreteerde om tot een adequate – lees: voldoende reële en afschrikwekkende – remedie te komen.[94]

In *Von Colson & Kamann* lag de eis van een adequate rechtsgang nog besloten in een richtlijn. Dat is ook het geval in *Johnston,* twee jaar later, maar in die zaak spreekt het Hof voor het eerst van een algemeen rechtsbeginsel.[95] Het verwijst in dat verband naar de constitutionele tradities van de lidstaten

---

91 *Simmenthal*, r.o. 22.

92 Het lijkt er overigens op dat de Italiaanse praktijk de doorwerking van het EG-recht vrijwel onmogelijk zou hebben gemaakt. Prechal 2005, p. 140 wijst daarop.

93 HvJEG 10 april 1984, Zaak 14/83, *Jur.* 1984, p. 1891 (*Von Colson & Kamann t. Nordrhein Westfalen).*

94 Het betreft hier een bijzondere toepassing van het doeltreffendheidsvereiste. Vgl.: HvJEG 2 augustus 1993, C-271/91, *Jur.* 1993, p. I-4367, (*Marshall t. Southampton II)*, §23-24; HvJEG 22 april 1997, C-180/95, *Jur.* 1997, p. I-2195 (*Draehmpaehl*), §25; HvJEG 11 oktober 2007, C-460/06, , *Jur.* 2007, p. I-8511 (*Paquay t. Hoet + Minne SPRL*), §44-46.

95 HvJEG 15 mei 1986, Zaak 222/84, *Jur.* 1986, p. 1651 (*Johnston t. Chief Constable*).

en naar de artikelen 6 en 13 EVRM. Het karakter van algemeen rechtsbeginsel zorgt ervoor dat effectieve rechtsbescherming doorsijpelt in alle hoeken van de Gemeenschap.[96]

Wat zijn die eisen dan?

Effectieve rechtsbescherming is traditioneel vertakt in een procedureel, en een materieel deel. Het procedurele deel ziet op de toegang tot een onafhankelijke en onpartijdige instantie, en op het eerlijke verloop van het proces. Het materiële aspect ziet op het te bieden redres.[97] De verwijzing van het Hof van Justitie naar de artikelen 6 en 13 EVRM maakt duidelijk dat beide aspecten onder het Unierechtelijke beginsel vallen. Inderdaad heeft het Hof, voor wat betreft het formele aspect, in de loop der jaren belangrijke uitspraken gedaan over kwesties als de kring van beroepsgerechtigden, de kwaliteit van het proces voor de rechter en de kosten van rechtsbijstand.[98] Het gaat mij hier echter om het materiële aspect: het redres. Ook op dat punt was het beginsel de aanzet tot belangrijke ontwikkelingen.

Eén van de meest opzienbarende van die ontwikkelingen was het arrest *Factortame*.[99] In zekere zin is dit arrest het vervolg op de 'harde lijn' die werd ingezet in *Simmenthal*. We pakken daarom de draad weer op bij dat arrest. De situatie in *Simmenthal* werd lang uitzonderlijk gevonden.[100] Zij moet gezien worden in het licht van een dialoog waarin het Hof van Justitie verwikkeld was geraakt, met het Italiaanse constitutionele hof. Een dialoog met als inzet de voorrang van het Gemeenschapsrecht.[101] Twaalf jaar later geeft het Hof in zekere zin een vervolg aan die rechtspraak.

In *Factortame I* ging het om twee kwesties. De zaak begon met de vermeende discriminatoire werking van de *Merchant Shipping Act*, waaromtrent de Britse rechter een prejudiciële vraag stelde aan het Hof. In de tussentijd schorste deze (lagere) rechter de werking van de wet in kwestie. Hoewel het Britse recht de rechtsfiguur van een voorlopige maatregel wel kende, was het gebruik van een dergelijke rechtsfiguur in het geval van *Factortame* uitgesloten, want in strijd met de *Crown Proceedings Act.* Aan die wet lag de gedachte ten grondslag dat het in het stelsel van parlementaire soevereiniteit, dat het Verenigd

96 Vgl. o.a. HvJEG 15 oktober 1987, Zaak 222/86, *Jur.* 1987, p. 4097 (*Heylens*); HvJEG 7 mei 1992, C-104/91, *Jur.* 1992, p. I-3003 (*Borelli*); HvJEG 24 september 1998, C-111/97, *Jur.* 1998, p. I-5411 (*Evobus Austria*).

97 Vgl. Shelton 2005, p. 1. Widdershoven 1996, p. 113 definieert het materiële aspect iets breder: alle inhoudelijke eisen aan de procedure, waar het formele aspect voornamelijk ziet op *toegang* tot de rechter.

98 HvJEG 11 juli 1991, Gev. zaken C-87-89/90, *Jur.* 1991, p. I-3757 (*Verholen e.a. t. SVB*); HvJEG 19 september 2006, C-506/04, *Jur.* 2006, p. I-8613 (*Wilson t. Ordre des Avocats*); HvJEU 22 december 2010, C-279/09, *Jur.* 2010, p. I-13849 (*DEB*).

99 HvJEG 19 juni 1990, C-213/89, *Jur.* 1990, p. I-2433 (*R. t. Secretary of State for Transport Ex parte Factortame*).

100 Vgl. Prechal 2005, p. 141.

101 Vgl. Claes 2005, p. 107-108.

Koninkrijk beheerste, ondenkbaar was dat een formele wet geschorst werd als nog niet onherroepelijk vaststond dat sprake was van strijd met het Gemeenschapsrecht. Zolang het Hof van Justitie nog geen antwoord had gegeven moest, zo vonden de *Lords of Appeal*, ervan uit worden gegaan dat de wet rechtmatig was.[102] Helemaal zeker van zijn zaak was het Britse hoogste rechtscollege echter niet. Het beginsel van parlementaire soevereiniteit begon al wat scheuren te vertonen en men legde de kwestie voor aan het Hof van Justitie.[103] Als de bevoegdheid om een dergelijke schorsing uit te spreken dan niet uit het Britse recht voortvloeide, ontleende de Britse rechter deze bevoegdheid dan wellicht (materieel) aan het Unierecht?

Verwijzend naar *Simmenthal* meent het Hof van wel. De volle werking van het Unierecht staat anders onder druk. Ook nu spreekt het niet over procedurele autonomie en net als in *Simmenthal* geldt dat de nationale regel (nu geschreven) die in de weg staat aan het schorsen van de wettelijke regeling, buiten toepassing dient te blijven. Net als in *Simmenthal* spreekt het Hof nadrukkelijk van het buiten toepassing laten van de *Crown Proceedings Act*. Negatieve rechtsvorming dus. Dat lijkt echter vooral een kwestie van *framing*. In praktische zin is hier een nieuw rechtsmiddel in het leven geroepen. Het lijkt bovendien onwaarschijnlijk dat het Hof tot de tegengestelde conclusie was gekomen als de *Crown Proceedings Act* eenvoudigweg niet had bestaan, en in het geheel geen voorlopige voorziening mogelijk was geweest in het Britse recht.[104]

Die conclusie lijkt gestaafd te worden door latere jurisprudentie, waarin het Hof minder moeite doet te verhullen dat het positieve eisen stelt aan het stelsel van remedies.[105] Dat geldt bijvoorbeeld voor de rechtspraak inzake staatsaansprakelijkheid.[106] *Factortame* lijkt de aanzet tot een aantal remedies die, voor wat hun grondslag betreft, rechtstreeks stoelen op de Europese rechtsorde.[107]

De draden komen in 2007 bijeen.

In arresten als *Factortame* en *Francovich & Bonifaci* wordt verwezen naar de volle werking van het Gemeenschapsrecht en de noodzaak om de rechten van particulieren te beschermen. In 2007 is het Hof echter explicieter als het de *Factortame*-rechtspraak in 2007 verknoopt met het beginsel van effectieve

102 HL 18 mei 1989, [1990], *2 AC* 85 (*Ex parte Factortame*), p. 142-143 *per* Lord Bridge.

103 In een eerdere procedure was de verenigbaarheid van het beginsel van parlementaire soevereiniteit met het Unierecht al aan de orde geweest. Vgl. Court of Appeal, *Macarthys v. Smith* [1979] 3 All ER 325. Zie daaromtrent nader Allan 1983.

104 Vgl. Curtin 1992, p. 42. Zie voor nuance: Prechal 2005, p. 169-170.

105 Zie bijv. HvJEG 21 februari 1991, C-143/88; C-92/89, *Jur.* 1991, p. I-415 (*Zuckerfabrik Süderdithmarschen*), r.o. 19-33, waarin de criteria voor de voorlopige voorziening worden uitgewerkt.

106 HvJEG 19 november 1991, C-6/90; 9/90, *Jur.* 1991, p. I-5357 (*Francovich & Bonifaci)*; HvJEG 5 maart 1996, C-46/93, *Jur.* 1996, p. I-1029 (*Brasserie du Pêcheur*).

107 Vgl. (ten aanzien van aansprakelijkheid): Meijer 2007, p. 30.

rechtsbescherming. Het doet dat in *Unibet*.[108] De eis dat het nationale recht moet voorzien in de remedie van de voorlopige voorziening volgt, met andere woorden, uit het beginsel van effectieve rechtsbescherming. Hetzelfde doet het Hof in 2010 ten aanzien van de *Simmenthal*-plicht om het nationale recht buiten toepassing te laten als dat in strijd is met het Unierecht. Ook dat is een kwestie van effectieve rechtsbescherming. Het verwijst in dat verband naar artikel 47 van het inmiddels bindend geworden Handvest van de Grondrechten, dat het subjectieve recht op effectieve rechtsbescherming garandeert.[109]

7.2.5.2 Effectieve rechtsbescherming als Unierechtelijk grondrecht

Effectieve rechtsbescherming is in het Unierecht op verschillende plaatsen gecodificeerd. Afgezien van de diverse richtlijnen waarin een plicht tot redres wordt geformuleerd, treft men het beginsel aan in artikel 19 VEU, dat de lidstaten de plicht oplegt om te 'voorzien in de nodige rechtsmiddelen om daadwerkelijke rechtsbescherming op de onder het recht van de Unie vallende gebieden te verzekeren'. Het beginsel is bovendien gesubjectiveerd tot Unierechtelijk grondrecht in artikel 47 van het Handvest van de Grondrechten. Deze bepaling luidt, voor zover hier relevant:

> 'Eenieder wiens door het recht van de Unie gewaarborgde rechten en vrijheden zijn geschonden, heeft recht op een doeltreffende voorziening in rechte, met inachtneming van de in dit artikel gestelde voorwaarden (…)'

Het Handvest is sinds de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon bindend geworden.[110] Het richt zich in de eerste plaats tot de organen van de Unie, maar de bedoeling was zeker niet dat het zich daartoe zou beperken.[111] Artikel 51, dat de toepasselijkheid van het Handvest op de lidstaten beperkt tot de gevallen waarin zij 'het recht van de Unie ten uitvoer brengen', moet volgens sommige auteurs worden gelezen in samenhang met de eerdere rechtspraak van het Hof van Justitie over de betekenis van fundamentele beginselen voor de lidstaten.[112] Die rechtspraak hield, kortgezegd, in dat zulke beginselen voor de lidstaten relevant waren als zij het Unierecht implementeerden of als zij van het Unierecht afweken en daarbij een beroep deden op een uitzonderingsgrond.[113] Intussen lijkt het Hof van Justitie de toepasse-

108 HvJEG 13 maart 2007, C-432/05, *AB* 2007/301 m.nt. De Waele & Schutgens (*Unibet t. Justitiekanslern*), r.o. 37-38 en 71.

109 HvJEU 8 september 2010, C-409/06, *JB* 2010/247 m.nt. Uzman (*Winner Wetten*), r.o. 58.

110 Zie art. 6 lid 1 VEU.

111 Eeckhout 2002, p. 952-953.

112 Calliess 2005, p. 543-544, en de aldaar in voetnoot 96 aangehaalde literatuur. Zij vinden voor die opvatting steun in de toelichting op art. 51 Handvest.

113 Vgl. o.a. HvJEG 13 juli 1989, Zaak 5/88, *Jur.* 1989, p. 2609 (*Wachauf t. BAEF*), resp. HvJEG 18 juni 1991, C-260/89, *Jur.* 1991, p. I-2925, (*E.R.T. e.a. t. D.E.P*), 42-43; HvJEG 26 juni 1997, C-369/95, *Jur.* 1997, p. I-3689 (*Familiapress*), r.o. 24; HvJEG 29 april 2004, Zaken C-482-483/01, *Jur.* 2004, p. I-5257 (*Orfanopoulos & Oliveri t. Baden-Württemberg*), r.o. 97.

lijkheid van het Handvest op de lidstaten nóg een beetje verder te hebben opgerekt. Het spreekt van toepasselijkheid indien de kwestie in algemene zin 'valt onder het toepassingsgebied' van het Unierecht.[114] Daarvoor is niet vereist dat het gaat om uitvoering die *door het Unierecht is voorgeschreven*, het kan ook gaan om nationale regels die staten vaststellen in het kader van hen door de te implementeren Unieregeling gelaten bevoegdheden.[115] Op deze rechtspraak is kritiek gekomen waaronder, niet onbelangrijk, van het Duitse constitutionele hof.[116] Of de lijn van het Hof van Justitie bestendig is, moet dus nog worden afgewacht.

Met artikel 47 Handvest wordt uitdrukkelijk aangesloten bij de zojuist beschreven rechtspraak van het Hof van Justitie en de artikelen 6 en 13 EVRM.[117] Het Hof stemt de interpretatie ervan dan ook zo goed mogelijk af met het EHRM.[118] Niettemin zijn er verschillen tussen de EVRM-bepalingen en artikel 47. Zo is de werkingssfeer ervan ruimer dan artikel 6 EVRM, dat uitsluitend ziet op vervolging en procedures over burgerlijke rechten en verplichtingen, en dan artikel 13 EVRM dat alleen betrekking heeft op de rechten die zijn opgenomen in het EVRM. Voorts eist artikel 47 Handvest, anders dan artikel 13 EVRM, dat het geschil omtrent een recht dat voortvloeit uit het Unierecht, terecht komt bij een rechterlijke instantie.[119] Tot slot, en dat is hier niet onbelangrijk, ziet artikel 47 Handvest, anders dan artikel 13 EVRM, ook op de toetsing van (formele) wetgeving aan de rechten in het Unierecht.[120] Het Handvest is immers niet *alleen* geïnspireerd door de artikelen 6 en 13 EVRM, maar ook door de rechtspraak van het Hof van Justitie dat, zagen we in de vorige paragraaf, nu juist uitdrukkelijk een rechtsmiddel tegen wetgeving eist.[121]

7.2.5.3 Effectieve rechtsbescherming en de Rewe-doeltreffendheid

Een vraag die nog open ligt is hoe het beginsel van effectieve rechtsbescherming zich verhoudt tot de *Rewe*-criteria van gelijkwaardigheid en – met name – doeltreffendheid. Daarover bestaat, om het zacht uit te drukken, geen over-

114 HvJEU 26 februari 2013, C-617/10, *AB* 2013/131 m.nt. Widdershoven (*Åkerberg Fransson*).
115 Zie de annotatie van Widdershoven onder *AB* 2013/131, punt 3.
116 BVerfG 24 april 2013, 1 BvR 1215/07 (*Antiterrordatei*).
117 Vgl. *Charte* 4473/00, van 11 oktober 2000 (Nota van het presidium betreffende het Ontwerp-Handvest), p. 40-41. Zie nader: Barriga 2003, p. 143-144; Eser 2006, p. 478-479. Zie in algemene zin voorts: art. 52 lid 3 Handvest.
118 Aldus Widdershoven 2011; Prechal & Widdershoven 2011, p. 37-38.
119 Vgl. daarvoor de tweede volzin van het artikel. Zie voor een bespreking in dat kader ook Eser 2006, p. 481-482.
120 Zo bijv: Lenz & Staeglich 2004, p. 1424. Anders: Eser 2006, p. 480 en 484.
121 Het gaat dan alleen om exceptieve toetsing. Ik doel hier op de rechtspraak over de plicht om *prima facie* strijdige wetgeving conform te interpreteren of buiten toepassing te laten. Een direct beroep tegen wetgeving eist ook het Unierecht niet, mits andere effectieve wegen openstaan. Zie HvJEG 13 maart 2007, C-432/05 (*Unibet*).

eenstemming.[122] Sommige auteurs, zoals Tridimas en Barkhuysen, lijken ervan uit te gaan dat de doeltreffendheidseis door het beginsel van effectieve rechtsbescherming is geabsorbeerd.[123] Effectieve rechtsbescherming is dan het bredere genus, Rewe-doeltreffendheid de species. Andere auteurs zien de Rewe-doeltreffendheid en het beginsel van effectieve rechtsbescherming als twee uitingsvormen van, in wezen, hetzelfde verschijnsel. Effectieve rechtsbescherming en doeltreffendheid zijn dan beide species van het bredere effectiviteitsbeginsel.[124] Een derde groep auteurs benadrukt, ondanks de overlap, het zelfstandige karakter van de beide leerstukken.[125] Het beginsel van effectieve rechtsbescherming is in hun ogen verbonden met de rechtsstaatgedachte. In die zin is het breder dan het Unierechtelijke effectiviteitsprincipe. Anderzijds is het ook beperkter in opzet: het heeft vooral betrekking op de rechter, en op de bescherming van rechten. De Unierechtelijke eis van doeltreffendheid daarentegen, ziet ook op de verplichtingen van het bestuur bij de doorwerking van het Unierecht en op het opleggen van sancties aan particulieren.

De laatste opvatting lijkt mij de meest voor de hand liggende, al moet het verschil tussen de beide doctrines in de praktijk genuanceerd worden. Effectieve doorwerking van Unierecht en effectieve rechtsbescherming van de daaruit voortvloeiende rechten voor individuen vallen in veel gevallen samen. Een praktische kwestie blijft echter bestaan: wat is precies de verhouding tussen de *Rewe*-test enerzijds en de robuuste lijn van *Simmenthal* en *Factortame* die het Hof, zij het met terugwerkende kracht, in het beginsel van effectieve rechtsbescherming heeft ingebouwd? Ik onderscheid in dat verband drie benaderingen. Voor het gemak noem ik ze de dogmatische, de institutionele en de functionele benadering.

De dogmatische benadering

De dogmatische benadering zag ik, hoe kan het ook anders, vooral bij Duitse auteurs, hoewel zij ook in de Nederlandse literatuur populair is. In deze benadering wordt een helder onderscheid aangehouden tussen de leerstukken die, respectievelijk, betrekking hebben op de voorrang van het Unierecht en op het beginsel van procedurele autonomie. De toepasselijkheid van beide doctrines wordt ingevuld door een ander onderscheid: namelijk tussen directe en indirecte normcollisies.[126]

122 Zie in dat verband besprekingen in de conclusie van A-G Jacobs, van 4 mei 1994, bij C-312/93 (*Peterbroeck)*; Van Gerven 2000; Jarass & Beljin 2003, p. 32-43; Prechal 2005, p. 141-142.

123 Tridimas 1999, p. 291-292; Barkhuysen 2006, p. 12, die spreekt van het 'uitbouwen' van de doeltreffendheidseis tot beginsel van effectieve rechtsbescherming.

124 Vgl. Accetto & Zleptnig 2005, p. 388. In soortgelijke zin: Jans e.a. 2007, p. 51.

125 Zo Prechal & Widdershoven 2011.

126 Zie Kadelbach 1999, p. 26; Niedobitek 2001, p. 73-79. Voorts: Öhlinger & Potacs 2001, p. 73; Ehlers & Eggert 2008, p. 586; Dettling 2009. Onder de Nederlandse auteurs treffen we: Verhoeven 2011, p. 80-81; Van den Brink 2012, p. 142.

Niedobitek illustreert het verschil tussen beide soorten collisies aan de hand van een, tot de verbeelding sprekende, casus over de Oostenrijkse uitbater van een jachthaven aan de Bodensee die zijn ligplaatsen verhuurt.[127] Hij krijgt daarvoor van de Oostenrijkse autoriteiten een vergunning onder de voorwaarde dat hij die ligplaatsen slechts beperkt aan buitenlanders verhuurt. Deze voorwaarde is, zo blijkt later, in strijd met de Unierechtelijke vrijheid van diensten. Dit is een directe collisie: de materiële Oostenrijkse norm die het verhuren aan buitenlanders beperkt, is in strijd met een materiële Europese norm.

De verhuurder komt echter niet op tegen de voorwaarde in de vergunning. Hij houdt zich niet aan de voorwaarde, krijgt een boete en komt vervolgens tegen die boete op. Voor de rechter beroept hij zich er op dat de voorwaarde, wegens strijd met Unierecht, niet gesteld had moeten worden. De verplichting daartoe in het Oostenrijkse recht moet buiten toepassing blijven en hij is daarom niet strafbaar. De Oostenrijkse regering denkt er anders over. Zeker, de norm die verplicht tot het stellen van de voorwaarde is in strijd met het Unierecht en moet buiten toepassing worden gelaten, maar dat betekent niet dat de voorwaarde in de vergunning geen rechtskracht meer toekomt. Nu de verdachte daartegen niet is opgekomen, heeft deze immers formele rechtskracht gekregen. De regel van de formele rechtskracht staat dus in de weg aan het effectueren van de voorrang van het Unierecht. Die norm is zelf echter niet *direct* in strijd met het Unierecht, maar alleen indirect.

Van een directe normcollisie is dus sprake als de Europese en de nationale regeling beide betrekking hebben op dezelfde feitenconstellatie, en gelijktijdige toepassing onmogelijk is.[128] Van een indirecte collisie is daarentegen sprake als de normen op verschillende niveaus betrekking hebben. De procedurele regel maakt effectueren van een materiële Europese regel onmogelijk.

Het onderscheid tussen directe en indirecte collisies kan verhelderend werken als uitgemaakt moet worden welk toetsingskader van toepassing is: dat van *Simmenthal* of dat van *Rewe*.[129] Directe collisies 'triggeren' de voorrangsregel van het *Simmenthal*-arrest. Indirecte collisies worden afgedaan volgens het afwegingskader van procedurele autonomie. Aan de randen zitten nog wel wat rafels die opgehelderd moeten worden.

In de eerste plaats is dat het *Simmenthal*-arrest zélf. De regel die de reguliere Italiaanse rechter gebood normconflicten over te laten aan het constitutionele hof is van procesrechtelijke aard. De voorrang van het Unierecht als zodanig werd er niet door ontkend. Met een gelijksoortige regel van Unierechtelijke origine was de regel dus niet in strijd, tenminste niet totdat het Hof in *Simmenthal* concretiseerde dat de voorrangsregel door álle rechters moet worden

127 Niedobitek 2001, p. 77.
128 Niedobitek 2001, p. 73; Verhoeven 2011, p. 80.
129 HvJEG 9 maart 1978, Zaak 106/77, *Jur.* 1978, p. 629 (*Simmenthal*), resp. HvJEG 16 december 1976, Zaak 33/76, *Jur.* 1976, p. 1989 (*Rewe*).

gehandhaafd. Met enige goede wil is het *Simmenthal*-arrest zelf dus te beschouwen als een kwestie van procedurele autonomie. Tegelijkertijd kan tegen die stelling worden ingebracht dat het in *Simmenthal* eigenlijk ging om directe strijd tussen de processuele eis van de Unie dat nationale normen desnoods door elke rechter buiten toepassing werden gelaten en de procesrechtelijke nationale regel die dat nu juist verbood.

Duidelijker ligt het wat mij betreft echter in *Factortame*. Hier ging het bij uitstek om een procesrechtelijke kwestie die zag op het effectueren van een materiële Unierechtelijke norm.[130] Dat lijkt te gaan om een indirecte normcollisie. Toch deed het Hof haar af als een kwestie van voorrang en, zij het met terugwerkende kracht, effectieve rechtsbescherming. Hoewel het onderscheid tussen indirecte en directe collisies dus in hoge mate verklarende kracht kan hebben, mist er iets.[131]

De institutionele benadering

Dat 'iets' kan worden gevonden in de benadering van Claes. Volgens haar kan het verschil tussen '*Rewe*' en '*Simmenthal/Factortame*' beter institutioneel dan doctrinair worden verklaard.[132]

Dat uit het laatste koppel arresten een algemene regel zou voortvloeien die staten verplicht *elke* maatregel die de nationale rechter verhindert het volle effect te geven aan Unierecht, buiten toepassing te laten komt volgens Claes neer op overdrijving. Zij zoekt de eigenheid van de zogenaamde 'harde lijn' in het feit dat in die zaken sprake was van een fundamentele en structurele bedreiging voor de voorrang van het Unierecht. De onmogelijkheid van de nationale rechter om het Unierecht toe te passen was in deze kwesties absoluut. Van een afweging tussen het belang van de particulier bij effectueren van het Unierecht en andere belangen die daaraan in de weg stonden was geen sprake.[133] Daarbij speelde mee, Prechal merkt dat op, dat in deze zaken ook geen Unierechtelijk erkend beginsel ter bescherming van de belangen van (derde-) particulieren aan de remedie in de weg stond, maar in wezen prerogatieven van de wetgever.[134]

Dat vraagt om een zeer agressieve toepassing van het voorrangsbeginsel. In een dergelijke situatie schiet *Rewe* tekort. De *Simmenthal/Factortame*-lijn kan dan ook het best worden gekwalificeerd als een soort 'nucleaire optie' die elke vorm van procedurele autonomie met de grond gelijk maakt en uitsluitend wordt ingezet, wanneer de gebruikelijke *Rewe*-lijn de constitutionele gevaren van het structureel niet-effectueren van EG-recht in bepaalde gevallen niet kan

130 HvJEG 19 juni 1990, C-213/89, *Jur.* 1990, p. I-2433.
131 Zie ook Prechal & Widdershoven 2011, p. 33.
132 Claes 2005, p. 112.
133 Vgl. ook conclusie van A-G Jacobs van 4 mei 1994, bij C-312/93 (*Peterbroeck)*, en Prechal 2005, p. 141-142.
134 Prechal 2005, p. 141.

verhelpen. Zodra de nationale rechtsorde weer in lijn is met het Unierecht, wordt weer overgegaan tot de orde van de dag en geldt weer de gebruikelijke *Rewe*-jurisprudentie.[135]

De insteek van Claes is dus een andere. Het verschil tussen de indringende *Simmenthal*-lijn en de lidstaatvriendelijker *Rewe*-lijn wordt niet dogmatisch verklaard. Beslissend is de vraag in hoeverre de nationaalrechtelijke praktijk op een wat grotere schaal een daadwerkelijke bedreiging vormt voor de Europese rechtsorde.

De functionele benadering

De derde benadering zet, tot slot, in op de verschillende functies van de *Rewe*-doeltreffendheid en het beginsel van effectieve rechtsbescherming. Deze benadering is niet helemaal goed te vergelijken met de beide anderen. Waar Claes uitsluitend probeert *Simmenthal* te verklaren, gaat het in deze benadering om de afbakening van de beginselen van doeltreffendheid en effectieve rechtsbescherming in algemene zin. Toch is er een raakvlak. Auteurs als Van Gerven, Prechal en Widdershoven betogen dat effectieve rechtsbescherming vooral de functie heeft uiting te geven aan de rechtsstaatgedachte.[136] Het vertrekpunt is dus het subjectieve recht op bescherming van Europese rechten van particulieren. Dit recht omvat, zoals gezegd, een materiële en een procedurele component. In die zin heeft het beginsel een andere lading, een ander doel, dan het doeltreffendheidsbeginsel dat vooral op de uitkomst betrekking heeft. In de praktische uitkomst betekent dit dat het beginsel van effectieve rechtsbescherming, in de ogen van Prechal en Widdershoven, toegroeit naar zijn *counterparts* in het EVRM, de artikelen 6 en 13, terwijl het doeltreffendheidsbeginsel een *tool* is dat, op ingrijpende schaal of niet, toeziet op de effectuering van het Unierecht in brede zin.[137]

Een praktische variant op de functionele benadering werkt Van Gerven uit, wanneer hij voorstelt om het beginsel van effectieve rechtsbescherming door te ontwikkelen tot een normatief concept dat niet slechts negatieve eisen stelt aan het nationale recht, maar daaraan ook positieve eisen kan stellen.[138] Met name het rechtsstatelijke karakter van het beginsel van effectieve rechtsbescherming kan daarvoor de normatieve kracht bieden. In de optiek van Van Gerven dienen de verschillende lijnen in de rechtspraak van het Hof dan ook een verschillend doel. Vanuit het perspectief van de remedies dient de 'harde' lijn van *Simmenthal* het doel te waarborgen dat de kern van de remedie, het vaststellen van de onrechtmatigheid, uniform wordt toegepast. Op dat punt hebben de lidstaten geen enkele autonomie. Een bepaling die in strijd is met het Unierechtelijke gelijkheidsbeginsel moet in alle lidstaten door de rechter

135 Claes 2005, p. 112.
136 Van Gerven 2000; Prechal & Widdershoven 2011.
137 Prechal & Widdershoven 2011, p. 44-49.
138 Van Gerven 2000.

getoetst kunnen worden en buiten toepassing worden gelaten. Het bestaan en de werking van procesrechtelijke remedies is wel een zaak van de lidstaten, zij het dat zij in dat verband aan min of meer ingrijpende eisen zijn gebonden. Om bij het voorbeeld te blijven: staten mogen ervoor kiezen de vereiste toetsing niet open te stellen in de vorm van een directe civiele of constitutionele actie tegen de norm, maar zij moeten wel faciliteren dat de nationale rechter op de één of andere manier de bevoegdheid heeft om ter zake van die norm schadevergoeding toe te kennen. Tot slot zijn er nog de regels die de toegang tot, en de werking van, de rechtsgang betreffen (termijnen, griffierechten, bewijsrecht). Dat soort regels is volledig aan de lidstaat, zij het dat de negatieve criteria van *Rewe* in zo'n geval van toepassing zijn.

De benaderingen bijeen
Ik heb de drie benaderingen hiervoor niet geschetst om er uiteindelijk een keuze tussen te maken. Daarvoor zijn zij te ongelijksoortig. Ze sluiten elkaar niet uit, maar vullen elkaar aan. Er zit wat mij betreft veel waarheid in het doctrinaire onderscheid tussen directe en indirecte normencollisies, maar het concept is ontoereikend om een zaak als *Factortame* te verklaren. De institutionele benadering van Claes kan dat wel, maar die benadering is als zodanig weer wat te beperkt, en ook niet bedoeld, om de scheidslijn tussen effectieve rechtsbescherming en de doeltreffendheidseis te markeren. De bijdragen van Prechal/Widdershoven en Van Gerven doen dat wel, zij het dat die bijdragen op een wat abstracter niveau opereren. De vraag is hoe daar invulling aan te geven. Van Gerven deed daarvoor een eerste aanzet. In zijn benadering volgt uit het beginsel van effectieve rechtsbescherming dat lidstaten in elk geval een aantal remedies op nationaal niveau beschikbaar moeten hebben. De jurisprudentie van het Hof van Justitie biedt daarvoor een aantal aanknopingspunten. Ik loop de remedies kort na, zij het dat ik een wat andere categorisering kies dan Van Gerven deed.

7.2.5.4 Welke remedies moeten beschikbaar zijn?

Procedurele autonomie betekent al lang niet meer dat de lidstaten in het geheel kunnen bepalen welke remedies zij faciliteren. Op sommige punten komt hen op dat punt nog wel wat vrijheid toe. De zaak *Unibet* illustreert dat.[139] Zoals gezegd vond het Hof het in dat arrest niet nodig uit het beginsel van effectieve rechtsbescherming de verplichting tot een rechtstreekse actie tegen wettelijke voorschriften af te leiden. Toch laat de rechtspraak van het Hof van Justitie zien dat er remedies zijn die in elk geval niet mogen ontbreken. Wanneer zulke remedies in het nationale procesrecht onbekend zijn, dan zal het moeten worden gewijzigd of zal de desbetreffende remedie direct op het Unierecht

139 HvJEG 13 maart 2007, C-432/05, *Jur.* 2007, p. I-2271.

moeten worden gebaseerd.[140] De vormgeving en regulering van die remedies is wel aan de lidstaten, zij het onder de controle van de beginselen van gelijkwaardigheid en doeltreffendheid. In het geheel ontbreken mogen zij echter niet. Welke remedies zijn dat?

Constitutionele remedies (in enge zin) verplicht

Een directe actie tegen wetgeving is dan niet vereist, wetgeving mag – in de eerste plaats – zeker niet immuun zijn voor rechterlijke toetsing. Particulieren moeten op de onrechtmatigheid van deze voorschriften wegens strijd met Unierecht een beroep kunnen doen en dat beroep moet tenminste bij wijze van exceptie kunnen worden ingeroepen. Zoals hiervoor al uitgebreid aan de orde kwam, moet de rechter dan in de eerste plaats de bevoegdheid hebben het voorschrift zonodig buiten toepassing te laten.[141] De Nederlandse rechter heeft deze bevoegdheid ex artikel 94 Grondwet, maar hij verkiest de bevoegdheid rechtstreeks te baseren op het *Simmenthal*-mandaat.[142] In paragraaf 3.2.2 zagen we dat het niet nodig (maar ook niet verboden) is dat de nationale rechter het nationale recht in een dergelijk geval onverbindend of nietig verklaart.[143]

Effectieve rechtsbescherming kan ook bereikt worden door het, met het Unierecht strijdige, voorschrift conform uit te leggen. Ook deze remedie behoort daarom, in de ogen van het Hof van Justitie, in de gereedschapskist van de nationale rechter. De nationale rechter is dan ook in de eerste plaats verplicht te onderzoeken of het mogelijk is een *prima facie* strijdig voorschrift conform te interpreteren. Het Hof knoopte deze verplichting in *Von Colson & Kamann* op aan het beginsel van loyale samenwerking.[144] In latere rechtspraak sprak het Hof over iets dat 'inherent aan het systeem van het Verdrag' is.[145] Tegenwoordig lijkt het Hof de plicht tot conforme interpretatie boven-

140 Dat laatste is bijvoorbeeld het geval m.b.t. tot *Francovich*-aansprakelijkheid in Duitsland. Volgens vaste zij het bekritiseerde rechtspraak van het BGH is dat een zelfstandige grondslag voor aansprakelijkheid. Zij staat los van de nationale overheidsaansprakelijkheid, de *Amtshaftung*. Zie BGH 14 december 2000, *NJW* 2001, 1865; BGH 9 oktober 2003, *NJW* 2004, 1241; BGH 20 januari 2005, *NJW* 2005, 742. In Nederland ligt dat anders. Zie Meijer 2007, p. 77-82.

141 HvJEG 9 maart 1978, Zaak 106/77, *Jur.* 1978, p. 629 (*Simmenthal*). De plicht geldt overigens ook voor bestuursorganen, maar daar ga ik verder niet op in. Zie nader: Verhoeven 2011, m.n. hst 3. Verhoeven ziet het voorrangsbeginsel overigens als basis voor de bestuurlijke remedie. Zie p. 90.

142 In hoofdstuk 3 betoogde ik reeds dat dit niet per se nodig is. Unierechtconforme uitleg van de toepassingsvoorwaarden van art. 94 Gw was n.m.m. voldoende geweest.

143 Vgl. HvJEG 4 april 1968, Zaak 34/67, *Jur.* 1968, p. 346 (*Lück*); HvJEG 22 oktober 1998, Gevoegde zaken C-10, 22/97, *Jur.* 1998, p. I-6307 (*IN.CO.GE'90),* r.o. 21.

144 HvJEG 10 april 1984, Zaak 14/83, *Jur.* 1984, p. 1891, r.o. 26.

145 HvJEG 5 oktober 2004, C-397-403/01, *Jur.* 2004, p. I-8835 (*Pfeiffer e.a. t. Deutsches Rotes Kreuz*), r.o. 114.

dien te verbinden met de taak van de nationale rechter om burgers rechtsbescherming te verlenen.[146]

Op verschillende plaatsen in dit boek kwam al aan de orde dat met het buiten toepassing laten van een voorschrift de benodigde rechtsbescherming lang niet altijd is gegeven. Soms is buiten toepassing laten zelfs niet mogelijk, bijvoorbeeld omdat er niets *is* om buiten toepassing te laten. In een dergelijk geval moet het interpretatieve mandaat van de rechter uitkomst bieden. De rechter bereikt dan langs de positieve weg wat hij langs de weg van de negatieve rechtsvorming niet kon bereiken. Men denke in dat verband aan het inlezen van een ten onrechte benadeelde groep in een begunstigende regeling. De verplichting tot conforme interpretatie is dan ook geen aardigheidje: zij is van essentieel belang. Volgens sommige auteurs hebben nationale rechters en het Hof van Justitie zelfs een voorkeur voor conforme interpretatie boven buiten toepassing laten, waar beide remedies mogelijk zijn.[147] Dat is mogelijk. Ik heb dat niet empirisch of kwalitatief onderzocht.[148] Ondanks dit grote belang is de plicht tot conforme interpretatie echter niet onbeperkt.

Toch is de plicht tot conforme interpretatie niet absoluut. Het Hof van Justitie spoort de nationale rechter aan om ten volle van zijn mandaat gebruik te maken, niet om het te overschrijden. In dat verband heet het wel dat de nationale rechter van het Hof niet *contra legem* te werk hoeft te gaan.[149] Ik stipte deze kwestie al even aan in hoofdstuk 3. Het begrip *contra legem* lijkt mij problematisch. Interpretatie wil immers zeggen dat de rechter vaststelt wat *legem* ís. Wanneer is een uitleg dan contra *legem*? Als de wetsgeschiedenis zich vrij duidelijk tegen de interpretatie van de rechter verzet? Nee, aldus het Hof van Justitie. Conforme interpretatie gaat zonodig voorbij aan wetshistorische interpretatie.[150] De tekst van het voorschrift dan? Ik denk inderdaad dat het daar doorgaans over gaat: *contra legem* zou te zeer voorbij gaan aan

146 HvJEU 5 oktober 2004, C-397-403/01, *Jur.* 2004, p. I-8835 (*Pfeiffer e.a.*), §111-112. Zie ook HvJEU 13 maart 2007, C-432/05, *Jur.* 2007, p. I-2271 (*Unibet*), §44. Zie ook Prechal 2005, p. 181.

147 Vgl. Jans e.a. 2007, p. 107.

148 Verstandig zou dat m.i. overigens niet altijd zijn. Conforme interpretatie suggereert een constitutionele veiligheid die er niet altijd is. Zoals de beschrijving van de toetsingspraktijk van de Britse rechter hierna illustreert, kan rechtsvorming via conforme interpretatie soms veel verder gaan dan rechtsvorming over de band van het buiten toepassing laten van een voorschrift. Als conforme interpretatie hoffelijker is jegens de wetgever, dan is het – kortom – niet altijd de hoffelijkheid waar de wetgever op zou moeten zitten wachten. Zie in dat verband ook de commotie in de Nederlandse juridische literatuur toen het Hof van Justitie, in de zaak *Sturgeon*, Verordening EG 261/2004 (m.b.t. passagiersrechten in de luchtvaartindustrie) conform het gelijkheidsbeginsel interpreteerde. Mok bijvoorbeeld, vond dat het Hof de verordening beter nietig had kunnen verklaren. Zie Mok 2010.

149 HvJEU 16 juni 2005, C-105/03, *Jur.* 2005, p. I-5285 (*Pupino*), §44, 47; Zie voorts: HvJEU 4 juli 2006, C-212/04, *Jur.* 2006, p. I-6057 (*Konstantinos Adeneler*), §110.

150 HvJEU 29 april 2004, C-371/02, *Jur.* 2004, p. I-5791 (*Björnekulla Fruktindustrier AB*), §13.

de 'letterlijke betekenis' van de tekst.[151] In hoofdstuk 3 betoogde ik echter dat in elk geval voor de Nederlandse rechter de tekst van het voorschrift niet exclusief beslissend is.[152] De grenzen van interpretatie zijn niet zozeer grammaticaal als wel institutioneel bepaald. Het uitgangspunt van het Hof van Justitie, dat hij niet van de nationale rechter vraagt om zijn mandaat te verlaten, moet – meen ik – dan ook zo worden opgevat.[153]

Procesrechtelijke remedies: beperkt keuzemodel

De constitutionele remedies in enge zin (buiten toepassing laten en conforme interpretatie) waarborgen dat het rechtsvindingsproces in de verschillende lidstaten naar hetzelfde resultaat leidt. Deze remedies leiden ertoe dat de nationale rechter op Unierechtconforme wijze van zijn uitspraakbevoegdheden gebruik kan maken. Over welke uitspraakbevoegdheden hij vervolgens beschikt is een kwestie van de lidstaat: vernietiging, nietigverklaring, bevelen, geboden of verklaringen voor recht: ze zijn een kwestie van nationale procedurele autonomie mits het Unierecht op dat punt gelijkwaardig wordt behandeld en niet onmogelijk wordt gemaakt.

Toch wijst het Hof een paar procesrechtelijke remedies aan als essentieel. Dat is in de eerste plaats de mogelijkheid van een financiële vergoeding, hetzij in de vorm van schadevergoeding hetzij in de vorm van restitutie.[154] De keuze voor het Hof om dat te doen hangt samen met de beperkte mogelijkheden die de voorrangsregel en conforme interpretatie soms hebben. Voor het vaststellen van aansprakelijkheid en een schadeplicht is niet *per se* nodig dat de Unierechtelijke bepaling directe werking heeft (in substitutieve zin, wat Prechal noemt: *the obligation to apply II*). De vaststelling dat de lidstaat een norm heeft overtreden, niet goed heeft toegepast of ten onrechte niet heeft geïmplementeerd, is van een andere orde dan het vaststellen van wat dan in een concrete zaak rechtens moet zijn. Staatsaansprakelijkheid dus, als smeerolie tussen de verschillende remedies.

Tot slot, voor de thematiek waarover ik het hier heb is dat minder relevant, vereist het Hof sinds *Factortame* bovendien dat de nationale rechter een norm bij wege van voorlopige voorziening kan opschorten.[155] Ik ga verder niet op die kwestie in.

---

151 Vgl. Allan 2003, die betoogt dat zo'n letterlijke betekenis in de context van wetsinterpretatie niet goed voorstelbaar is.

152 Zie voor medestanders: De Lange 1991, p. 210-211; Prechal 2005, p. 207.

153 Zo ook: Prechal 2005, p. 198-203.

154 Vgl. resp. HvJEG 19 november 1991, C-6/90, 9/90, *Jur.* 1991, p. I-5357 (*Francovich & Bonifaci*) en HvJEG 5 maart 1996, C-46-48/93, *Jur.* 1996, p. I-1029 (*Brasserie du Pêcheur*) m.b.t. schadevergoeding, en HvJEG 2 december 1997, C-188/95, *Jur.* 1997, p. I-6783 (*Fantask*) m.b.t. restitutie.

155 HvJEG 19 juni 1990, C-213/89, *Jur.* 1990, p. I-2433.

7.2.6 Resumerend

Ik heb in deze paragraaf een schets willen geven van de belangrijkste beginselen die het krachtenveld bepalen waarin het Unierecht in de rechtsorde van de lidstaten doorwerkt. Die schets dient als decor voor het beantwoorden, in de volgende paragraaf, van de vraag of het ook mogelijk is om tijdelijk in het geheel niet in een (bepaalde) remedie te voorzien.

Misschien wel het belangrijkste uitgangspunt van de Unie, is dat haar recht direct en met voorrang in de rechtsorde van de lidstaten doorwerkt. We zagen dat er discussie is over de vraag hoe voorrang en directe werking moeten worden afgebakend en gedefinieerd. Ik koos ervoor om directe werking te beschouwen als een kwestie van, om het met een in Europa ingeburgerde Amerikaanse term te zeggen, *justiciability*. Het Unierecht heeft zonder enige vorm van omzetting gelding in het nationale recht, maar wil de rechter het kunnen toepassen, dan zal de Unierechtelijke bepaling in kwestie zich daarvoor moeten lenen.

Dat roept de vraag op wat onder 'toepassen' door de rechter moet worden verstaan. Ik maakte in dat verband onderscheid tussen de toepassing van een rechtsregel als maatstaf voor toetsing van een nationaal voorschrift, als basis voor het buiten toepassing laten van dat voorschrift, als mogelijk alternatief voor het buiten toepassing gelaten voorschrift en als inspiratiebron voor een mogelijke conforme interpretatie. Een norm heeft directe werking, zo concludeerde ik, als hij in staat is om als maatstaf te dienen voor toetsing. Wat er na die toetsing gebeurt is een kwestie van voorrang.

Ook met betrekking tot het voorrangsbeginsel constateerde ik debat. Ik koos ervoor om voorrang ruimer te definiëren dan zuiver als een conflictregel. Uit het voorrangsbeginsel vloeit een reeks verplichtingen voort, zoals de plicht tot buiten toepassing laten van strijdig nationaal recht, tot conforme interpretatie, en tot het vergoeden van schade die burgers lijden als gevolg van inbreuken op het Unierecht. Voorrang is zo de paraplu van één Europees stelsel van rechtsbescherming.

Voor het effectueren van de voorrang en de directe werking van het Unierecht zijn nationale procedures nodig. De lidstaten genieten in dat verband procedurele autonomie. Deze autonomie houdt in dat zij zelf bepalen hoe zij hun, mede voor de handhaving van het Unierecht gebruikte, procesrecht vormgeven. Die autonomie wordt beperkt door de eisen van gelijkwaardigheid en doeltreffendheid. Daarnaast veronderstelt het Unierecht, op basis van het beginsel van effectieve rechtsbescherming, tenminste het bestaan van een aantal specifieke remedies. Het Hof van Justitie probeert op deze wijze de effectiviteit van het Unierecht te bewaken zonder te zeer in te grijpen in de autonomie van de lidstaten. Een dergelijk spanningsveld levert echter onherroepelijk vragen op. In de volgende paragraaf ga ik op twee van die vragen in.

7.3 DE *TERME DE GRÂCE* IN HET UNIERECHT

7.3.1 Inleiding

Het zou een vraag kunnen zijn op het theorie-examen rechterlijke rijvaardigheid:

> 'U ziet af van een remedie. Mag dat?'

Die vraag staat in deze paragraaf centraal. In de vorige heb ik de uitgangspunten geschetst. Ik pas die uitgangspunten nu toe op de *terme de grâce* zoals ik die in deel I definieerde. De Nederlandse rechter abstineert dan, in de zin dat hij de strijd tussen de wettelijke regeling en het grondrecht in kwestie erkent, maar hij laat het aan de wetgever over om daar iets aan te doen. In de tussentijd past hij de gewraakte regeling gewoon toe.[156] Uit de analyse in deel I bleek dat hij dat, grofweg, ófwel doet om strijd met een ander grondrecht of een rechtsbeginsel te vermijden, ofwel omdat hij vreest voor de goede verhoudingen binnen de *Trias politica*.

In de klassieke verschijningsvorm van de *terme de grâce*, zoals ik die in hoofdstuk 4 schetste, weigert de rechter het normconflict zelf op te lossen door de wettelijke regeling buiten toepassing te laten of verdragsconform te interpreteren. Zijn weigering is niet ingegeven door het gegeven dat hij, in algemene zin, niet *bevoegd* is om zich van zulke remedies te bedienen, maar dat het in strijd komt met de *Trias politica* om dat in dit specifieke geval te doen.[157] Het inzetten van één van beide remedies, zou hem op het terrein van de wetgever brengen.

Een eerste vraag die rijst is, welk toetsingskader op een kwestie als deze van toepassing is. Moet zij worden begrepen als een kwestie van rechtsherstel, en dus van procedurele autonomie, of gaat het hier om het effectueren van de voorrangsregel zoals die centraal stond in *Simmenthal*?[158] Deze kwestie staat centraal in paragraaf 7.3.2. Ik betoog dat het, op een enkele uitzondering na, gaat om de 'harde' lijn van *Simmenthal*. Vervolgens bezie ik of deze doctrine ruimte laat voor een *terme de grâce* (7.3.3) en zo ja, onder welke omstandigheden die ruimte er zou zijn (7.3.4).

---

156 Zogenaamd 'impliciet abstineren', d.w.z. de strijd niet onderzoeken omdat de rechter er tóch niets aan zou kunnen doen kwam in het verleden ook voor. Ik ga niet op die kwestie in. De Nederlandse rechter gebruikte daarvoor het instrument van de (relatieve) een ieder verbindendheid. Die voorwaarde is niet van toepassing op het Unierecht, waar uiteindelijk het Hof van Justitie beslist over de directe werking van Unierechtelijke bepalingen. In de tweede plaats is de praktijk, een enkele uitzondering daargelaten, reeds geruime tijd verlaten. Zie hoofdstuk 4.

157 Martens 2000a vond dat een kwestie van *beleid en niet van bevoegdheid*. Anders: Bovend'Eert 2009 die de kwestie wel in de sleutel van bevoegdheden plaatst. Zie nader hst. 4.

158 HvJEG 9 maart 1978, Zaak 106/77, *Jur.* 1978, p. 629 (*Simmenthal*).

7.3.2 Het kader: *Rewe* of *Simmenthal*?

De vraag of het de rechter is toegestaan om het oplossen van een normconflict, bij wijze van uitzondering, over te laten aan de wetgever komt uiteindelijk neer op een afweging van belangen. Het belang van de particulier bij effectieve rechtsbescherming moet worden afgewogen tegen de belangen waarop de staatsrechtelijk gewenste terughoudendheid gebaseerd is. Dat sluit aan bij de wijze waarop de Hoge Raad de kwestie benadert als het gaat om de toetsing aan de mensenrechtenverdragen. Het sluit ook aan bij de, in de vorige paragraaf besproken, procedurele *rule of reason*, die immers ook een belangenafweging veronderstelt. Het maakt daarbij echter nogal uit wat de insteek van een dergelijke afweging is.

Men kan de afweging plaatsen in de sleutel van de procedurele autonomie: mits de nationale rechter het Unierecht niet ongunstiger behandelt dan, in dit geval, de mensenrechtenverdragen, wordt de nationale machtsbalans gerespecteerd tenzij deze de werking van het Unierecht vrijwel onmogelijk of excessief lastig maakt. Voor de lidstaat is het in zo'n geval voetballen op eigen helft.[159] Plaatst men de kwestie daarentegen in de mal van voorrang en effectieve rechtsbescherming, dan is het precies omgekeerd. De rechter heeft immers het nationale recht buiten toepassing te laten. Wijkt hij van die regel af, dan heeft hij wat uit te leggen. De rechtspraak van het Hof van Justitie laat zien dat men daar niet snel onder de indruk is van constitutionele gevoeligheden.

Welke aanvliegroute ligt dus het meest voor de hand? Ik bespreek eerst de theorie en ga dan op de rechtspraak in.

7.3.2.1 De theorie

Hiervoor sprak ik van drie benaderingen om zo'n kwestie op te lossen.[160]

De eerste benadering zou zijn de kwestie te construeren langs de lijnen van het onderscheid tussen directe en indirecte normcollisies. In de Duitse literatuur is het onderscheid weleens gebruikt om het tijdelijke niet-effectueren van het Unierecht in de nationale rechtsorde theoretisch te onderbouwen.[161] De gedachte kan dan zijn dat de regel die de rechter ervan weerhoudt om in de remedie te voorzien, zelf een regel van procesrecht is. Die redenering lijkt mij behoorlijk geforceerd. Niet zozeer omdat staatsrechtelijke grenzen aan de bevoegdheid van de rechter niet in de sleutel van het procesrecht zouden kunnen worden geplaatst, maar wel hetzelfde dan gezegd zou kunnen worden van de Britse regel dat *Acts of Parliament* niet door de rechter kunnen worden getoetst. Vat men uitzonderingen op de conflictregel van het *Simmen-*

159 De speelhelften-beeldspraak 'leende' ik van Boogaard (2013, p. 239).

160 Zie §7.2.5.3.

161 Zie Ehlers & Eggert 2008, p. 586, die daar evenwel uitgesproken kritisch over zijn. Tevens: Kadelbach 1999, p. 26.

thal-arrest op als indirecte normcollisies, dan is, met andere woorden, de boot aan.[162]

Het gaat bij het onderscheid tussen directe en indirecte normcollisies denk ik dan ook niet om de collisieregel zélf. Die doet in het proces van rechtsvinding haar werk. Dat zet de deur open naar de Unierechtconforme toepassing van de rechterlijke uitspraakbevoegdheden. In de woorden van Van Gerven: ze zijn constitutief voor de (procesrechtelijke) remedies.[163] Indirecte normcollisies doen zich daarentegen niet voor in het proces van rechtsvinding maar in de fasen ervoor en erna. Het gaat dan bijvoorbeeld om de toegang van het individu tot de rechter om de (directe) normcollisie aan de orde te stellen. En ook als de rechter een wettelijke norm buiten toepassing laat omdat de daarin opgenomen verplichting onverenigbaar was met het Unierecht, kan die verplichting doorleven in de formele rechtskracht van een, op die norm gebaseerde, beschikking.[164] Het ligt kortom niet voor de hand aan te nemen dat het bij het nuanceren van de voorrangsregel zélf, gaat om een indirecte normcollisie en daarmee om nationale procedurele autonomie.

De functionele benadering van Van Gerven lijkt dan eerder zinvol.[165] Voor de modaliteiten van de constitutionele remedies in eigenlijke zin (met name buiten toepassing laten) is uniformiteit van essentieel belang. Voor nationale inbreng is dan maar beperkt ruimte. Dat sluit ook aan bij de derde benadering, die institutioneel werd ingevuld. Het relevante criterium is dan of de voorrang, en de effectieve bescherming van individuele Unierechten, zodanig ernstig onder druk zouden komen te staan dat een nationale praktijk, om onder Amerikaanse juristen populaire terminologie te lenen, 'prophylactisch' tegemoet moet worden getreden. Met een Europeesrechtelijke atoombom dus.[166] Ook deze benadering treft men aan bij Duitse auteurs. Zo is wel betoogd dat een (temporele) uitzondering op de voorrangsregel de effectiviteit van het Unierecht ernstig in gevaar kan brengen.[167] Procedurele autonomie ligt dan niet voor de hand. Zeker niet omdat het in sommige gevallen niet

---

162 Meer perspectief biedt een indirect gebruik van de doctrine: uit het feit dat voorrang bij indirecte normcollisies niet steeds prevaleert, is wel geconcludeerd dat de Unierechtelijke voorrang meer het karakter van een beginsel dan van een absolute regel draagt. Dat zou temporele uitzonderingen op de regel mogelijk maken. Zie de in de vorige voetnoot genoemde auteurs. Dát betoog lijkt mij wel serieus te nemen, maar het heeft enkel betrekking op de reikwijdte van de *Simmenthal*-rechtspraak.

163 Van Gerven 2000.

164 Niedobitek 2001, p. 78.

165 Van Gerven 2000.

166 Onder een prophylactische remedie wordt in de Geneeskunde en in het Amerikaanse staatsrecht verstaan, dat het medicijn niet alleen het probleem aanpakt, maar ook de gezonde (of rechtmatige) elementen. Het is dus een beetje als het gooien van een atoombom op een stad waarin een gevaarlijke epidemie is uitgebroken. De gevaarlijke bacterie is dood, maar hij is niet de enige. Zie over *prophylactic remedies* in het Amerikaanse staatsrecht: Fallon & Meltzer 1991; Thomas 2002.

167 De eigen benadering van Ehlers & Eggert 2008 gaat in deze richting.

alleen gaat om de negatieve actie van het buiten toepassing laten van een voorschrift, maar soms ook nodig is dat van de nationale rechter positieve rechtsvorming gevraagd wordt. Even gesteld dat het Unierecht zo ver gaat, dan is het lastig om zulke *empowerment* te baseren op de nuchtere *Rewe*-test. Dan ligt de robuuste lijn meer voor de hand.

7.3.2.2 De rechtspraak: contrast tussen twee zaken

In de rechtspraak komt de *terme de grâce* niet zo vaak voor. Als die kwestie aan de orde komt, dan maakt het nogal uit hoe het Hof en de verwijzende rechter het probleem definiëren. Dogmatische benaderingen lopen dan al snel averij op. Laat ik dat illustreren aan de hand van twee arresten: *Eman & Sevinger t. College van B& W Den Haag* en *Winner Wetten t. Bürgemeisterin der Stadt Bergheim*.[168]

In *Eman & Sevinger* gaat het Hof voor het anker van de gecontroleerde procedurele autonomie liggen.[169] In deze zaak draait het, kortgezegd, om de uitsluiting van Caraïbische Nederlanders van het kiesrecht voor het Europees Parlement. Die uitsluiting was niet langs de lijnen van nationaliteit vormgegeven. In plaats daarvan gold de, wat ingewikkelde, regeling dat alle Nederlanders die níet op Aruba en de Antillen verbleven of die tenminste tien jaar in Nederland hadden gewoond, het kiesrecht hadden. Het kwam er dus op neer dat een Nederlander in Trinidad & Tobago wél kiesrecht had, maar een Nederlander in Aruba niet. Tenzij hij zijn halve jeugd in Nederland had gewoond. Eman en Sevinger, twee Arubaanse politici, kwamen daartegen op. Zij verzochten B&W van Den Haag, zonder succes, om registratie als kiezer voor het Europees Parlement. De kwestie gaat vervolgens naar de Afdeling Bestuursrechtspraak, alwaar een beroep wordt gedaan op het Unierecht.

In antwoord op prejudiciële vragen van de Afdeling wil het Hof van Justitie wel kwijt dat het de regeling in strijd acht met het communautaire gelijkheidsbeginsel. Nederland mag het kiesrecht beperken tot ingezetenen, maar dan moet het wel consequent zijn. De Afdeling had dat wel zien aankomen, en stelt een laatste vraag over het te bieden rechtsherstel. Wat moet de Nederlandse rechter als het Hof tot het inzicht mocht komen dat sprake is van strijd met het Gemeenschapsrecht? Zoals gezegd plaatst het Hof een en ander in de sleutel van de procedurele autonomie:

> 'Bij gebreke van een communautaire regeling (…) is het dus een aangelegenheid van de rechtsorde van elke lidstaat om (…) de procesregels te geven voor de

168 HvJEG 12 december 2006, C-300/04, *Jur.* 2006, p. I-8055 (*Eman & Sevinger*); HvJEU 8 september 2010, C-409/06, *JB* 2010/247 m.nt. Uzman (*Winner Wetten*).

169 Met gecontroleerde procedurele autonomie, bedoel ik dat het *Rewe*-kader wordt aangevuld met een aantal minimuremedies zoals *Francovich*-aansprakelijkheid en de voorlopige voorziening.

> rechtsvorderingen met het oog op de bescherming van de rechten die de justitiabelen aan het gemeenschapsrecht ontlenen, voor zover die regels enerzijds niet ongunstiger zijn dan die welke gelden voor rechten die op de interne rechtsorde zijn gebaseerd (gelijkwaardigheidsbeginsel) en anderzijds niet van dien aard zijn dat zij de uitoefening van de door het gemeenschapsrecht verleende rechten in de praktijk onmogelijk of uiterst moeilijk maken (doeltreffendheidsbeginsel).
>
> Ook een eventueel rechtsherstel voor degene die vanwege een met het gemeenschapsrecht strijdig nationaal voorschrift niet kon worden geregistreerd als kiesgerechtigde (…), moet overeenkomstig de voorwaarden en regels van het nationale recht plaatsvinden, met dien verstande dat deze voorwaarden en regels het gelijkwaardigheids- en het doeltreffendheidsbeginsel moeten eerbiedigen (…). Om te beoordelen welk rechtsherstel passend is, is het nuttig dat de nationale rechter kijkt naar de wijze waarop het rechtsherstel is geregeld in geval van schending van de nationale regels in het kader van verkiezingen voor organen van de lidstaat'.[170]

Het Hof kaatst de bal dus terug naar de Afdeling: 'wat zou je zelf doen?'. Dan weet men het wel in Nederland: voorlopig even niets.[171] De onrechtmatigheid van het voorschrift is immers gelegen in een schending van het gelijkheidsbeginsel en uit het arrest van het Hof blijkt dat Nederland verschillende mogelijkheden heeft bij het vormgeven van een nieuwe regeling. Een aantal jaren eerder had de Afdeling in een dergelijk geval, ook met betrekking tot het kiesrecht, het beroep nog ongegrond verklaard omdat zij het haar taak te buiten vond gaan om een oplossing voor de kwestie te bedenken.[172] Het Hof geeft de Afdeling wel een benedengrens mee:

> 'In deze context zij bovendien in herinnering gebracht dat het beginsel dat een lidstaat aansprakelijk is voor schade die particulieren lijden als gevolg van schendingen van het gemeenschapsrecht die hem kunnen worden toegerekend, inherent is aan het systeem van het Verdrag en dat een lidstaat aldus de geleden schade moet vergoeden wanneer de geschonden rechtsregel ertoe strekt particulieren rechten toe te kennen, er sprake is van een voldoende gekwalificeerde schending en er een rechtstreeks causaal verband bestaat tussen de schending van de op de staat rustende verplichting en de door de betrokkenen geleden schade (…), wat evenwel niet uitsluit dat naar nationaal recht de staat onder minder beperkende voorwaarden aansprakelijk kan zijn (…)'.[173]

---

170 HvJEG 12 december 2006, C-300/04, *Jur.* 2006, p. I-8055 (*Eman & Sevinger*), r.o. 67-68.
171 Zie hst. 4.
172 ABRvS 19 oktober 2003, *AB* 2003/463 m.nt. PJS (*Kiesrecht Martijn*), r.o. 2.6.3.
173 *Ibid.*, r.o. 69.

Helemaal afzijdig mag de Nederlandse rechter zich niet houden. Hij moet tenminste onderzoeken of in dit geval schadevergoeding mogelijk is.[174] Dat laat onverlet dat het primaat bij de Nederlandse rechter ligt. Hij moet zelf onderzoeken of zijn gebruikelijke methode, de kwestie overlaten aan de wetgever, de handhaving van het Unierecht onmogelijk of bijzonder lastig maakt. Komt hij tot de conclusie dat dit niet zo is dan kan hij, afgezien van de kwestie van de schadevergoeding, de wetgever inderdaad een *terme de grâce* gunnen.

Een heel andere benadering kiest het Hof in *Winner Wetten*.[175] Hier plaatst men de, door de Duitse rechter voorgestelde, *terme de grâce* in de sleutel van de *Simmenthal*-verplichting om de voorrang van het Unierecht te effectueren.[176]

Winner Wetten is een Duits vervolg op eerdere rechtspraak waarin het Hof van Justitie het staatsmonopolie op *bookmaking* aan de kaak stelde.[177] Zo'n staatsmonopolie was alleen EG-*proof* wanneer een coherent en stelselmatig antigokbeleid werd gevoerd. De rechtspraak veroorzaakte een stevige rimpeling in de Europese vijver. In diverse landen, waaronder Nederland en Duitsland, procedeerden gokexploitanten om een legale plek op de markt. In Duitsland ging dat niet alleen over de band van het Unierecht. Daar werd ook het *Grundgesetz* ingeroepen. Het BVerfG, ongetwijfeld bang, links door het Hof van Justitie te worden ingehaald, meldde dat het Unierecht en het *Grundgesetz* in wezen dezelfde bescherming beoogden en verklaarde de wetgeving van twee deelstaten ongrondwettig.[178] Nietigheid was echter een brug te ver. Het BVerfG overwoog:

> 'Steht eine gesetzliche Regelung mit dem Grundgesetz nicht in Einklang, hat der Gesetzgeber aber mehrere Möglichkeiten, den Verfassungsverstoß zu beseitigen, trägt das Bundesverfassungsgericht dem regelmäßig in der Weise Rechnung, dass es die Regelung nur für unvereinbar mit dem Grundgesetz erklärt (…). Das ist auch hier geboten. (…) Während der Übergangszeit bis zu einer gesetzlichen Neuregelung bleibt die bisherige Rechtslage mit der Maßgabe anwendbar, dass der Freistaat Bayern unverzüglich ein Mindestmaß an Konsistenz zwischen dem Ziel der Begrenzung der Wettleidenschaft und der Bekämpfung der Wettsucht einerseits und der tatsächlichen Ausübung seines Monopols andererseits herzustellen hat'.

174 De Afdeling maakt dat ook mogelijk. Zij vernietigt de beschikking en draagt het bestuursorgaan op te onderzoeken op welke wijze kan worden voorzien in rechtsherstel. Via openbare bronnen is niet te achterhalen hoe de kwestie is afgelopen. Zie ABRvS 21 november 2006, *AB* 2007/80 m.nt. PAS, *NJCM-Bulletin* 2007, p. 635-645 m.nt. Uzman (*Eman & Sevinger*).

175 HvJEU 8 september 2010, C-409/06, *JB* 2010/247 m.nt. Uzman (*Winner Wetten*).

176 Vgl. in dat verband Van der Hulle & Van der Hulle 2012.

177 Vgl. HvJEG 6 november 2003, C-243/01, *Jur.* p. I-1301 (*Gambelli*).

178 BVerfG 28 maart 2006, *BVerfGE* 115, 276 (*Staatslotteriegesetz I*).

Nu er diverse manieren zijn om aan de grondwettelijke bezwaren tegemoet te komen, moet de keuze daartussen, aldus het BVerfG, aan de wetgever worden overgelaten. Het zegt het niet in deze uitspraak, maar het is vaste rechtspraak en het ligt ook wel voor de hand.[179] De ongrondwettige voorschriften blijven bovendien tijdelijk toepasbaar, zij het dat de staat onmiddellijk moet beginnen met een consequent antigokbeleid. Voor de gokexploitanten is het een pyrrusoverwinning.

Eén van die exploitanten, *Winner Wetten*, beroept zich bij de bestuursrechter in Keulen op het Unierecht. Deze bestuursrechter legt het Hof van Justitie de vraag voor: wat nu te doen? Het Constitutionele Hof acht de wetgeving, hoewel ongrondwettig, nog toepasbaar. Moet de bestuursrechter de wetgeving nu, op grond van zijn Europese mandaat, alsnog buiten toepassing laten in de zaak van Winner Wetten? Hij wijst er op dat dit nadelige effecten zou hebben voor de bestrijding van gokverslaving, en daarmee in brede zin de volksgezondheid. Mag de kansspelwetgeving niet, 'ondanks de principiële voorrang van het rechtstreeks toepasselijk gemeenschapsrecht, bij uitzondering gedurende een overgangsperiode worden toegepast?'[180]

Nu de verwijzende rechter en het BVerfG al zo nadrukkelijk op het punt van de toepasselijkheid van de problematische voorschriften gaat zitten, is het niet verwonderlijk dat ook het Hof van Justitie de kwestie benadert vanuit het perspectief van de *Simmenthal*-doctrine. Het gaat niet om de vraag hoe het rechtsherstel voor Winner Wetten er uit moet zien, maar om een normconflict tussen een materiële nationale norm en een materiële Europese norm. Dan geldt de voorrangsregel. De enige vraag is dan nog of daarop ook een uitzondering kan worden aanvaard. Onder verwijzing naar *Simmenthal* en *Factortame*, merkt het Hof op:

> 'Om te beginnen zij herinnerd aan de vaste rechtspraak dat de verdragsbepalingen en de rechtstreeks toepasselijke handelingen van de instellingen krachtens het beginsel van de voorrang van het recht van de Unie in hun verhouding tot het nationale recht van de lidstaten tot gevolg hebben dat zij door het loutere feit van hun inwerkingtreding elke strijdige bepaling van de nationale wetgeving van rechtswege buiten toepassing doen treden (…). Uit het voorgaande volgt dat met de vereisten die in de eigen aard van het recht van de Unie besloten liggen, onverenigbaar is elke bepaling van een nationale rechtsorde of elke wetgevende, bestuurlijke of rechterlijke praktijk die ertoe zou leiden dat aan de werking van het recht van de Unie wordt afgedaan, doordat aan de rechter die bevoegd is om dit recht toe te passen, de bevoegdheid wordt ontzegd, daarbij terstond al het nodige te doen om de nationale wettelijke bepalingen die de volle werking van de rechtstreeks toepasselijke regels van het recht van de Unie zouden kunnen verhinderen, ter zijde te stellen'.[181]

179 Zie hst. 8 ('De constitutionele *terme de grâce* in Duitsland').
180 Vgl. *Winner Wetten*, r.o. 28.
181 *Winner Wetten*, r.o. 53, 56.

Het is bovendien niet enkel een kwestie van voorrang. Het Hof van Justitie brengt zelfs, in lijn met *Unibet*, het fundamentele recht op effectieve rechtsbescherming van de gokexploitant in stelling:

> 'Voorts zij eraan herinnerd dat volgens vaste rechtspraak het beginsel van effectieve rechterlijke bescherming een algemeen beginsel van het recht van de Unie vormt, dat voortvloeit uit de gemeenschappelijke constitutionele tradities van de lidstaten, dat in de artikelen 6 en 13 [EVRM] is neergelegd en ook in artikel 47 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie opnieuw is bevestigd, en dat de rechterlijke instanties van de lidstaten ingevolge het in artikel 10 EG neergelegde samenwerkingsbeginsel de rechterlijke bescherming dienen te verzekeren van de rechten die de justitiabelen aan het recht van de Unie ontlenen'.[182]

Wat kan nu uit het samenspel tussen *Winner Wetten* en *Eman & Sevinger* worden afgeleid?

In de eerste plaats, dat het nogal uitmaakt hoe de verwijzende rechter de kwestie definieert. Hoewel er alle reden is, de beide zaken goed van elkaar te onderscheiden – ik kom daar zo nog op terug – komen ze in één opzicht wel heel erg dicht bij elkaar in de buurt. In beide gevallen staat de klager met lege handen, tenminste als de nationale rechter te werk zou gaan volgens de nationale praktijk. Dat de Afdeling van rechtsherstel spreekt, en de Keulse rechtbank van het nuanceren van de voorrangsregel is, hoewel niet helemaal, meer een dogmatische dan een praktische kwestie.

Dat gezegd hebbend, zijn er belangrijke verschillen.

Het belangrijkste verschil is wel de aard van de beide normconflicten. In *Winner Wetten* werd geprocedeerd om een bestuurlijke aanzegging onmiddellijk op te houden met het afsluiten van weddenschappen.[183] Met het buiten toepassing laten van de gokwetgeving verviel de grond onder dat bevel. Het bedrijf Winner Wetten had daarmee meteen een relatief adequate remedie.[184] In *Eman & Sevinger* liet de Afdeling de Kieswet, in de vervolguitspraak, ook buiten toepassing maar daarmee waren de beide appellanten nog niet direct

182 *Winner Wetten*, r.o. 58. Een persoonlijke noot terzijde. Het mag, in termen van retoriek, toch wel opvallend heten dat het Hof het beginsel van effectieve rechtsbescherming, en de artikelen 6 en 13 EVRM, niet noemt in *Eman & Sevinger*, waar het ging om twee individuen die zich beroepen op een, bij uitstek, klassiek grondrecht, terwijl het dat wél doet in zaken van gokexploitanten die zich in wezen op de economische Unievrijheden beroepen om geld te kunnen verdienen. Begrijp mij goed: aan het belang van die zaken en hun fundamentele karakter wil ik niet afdoen, maar het steekt wel wat merkwaardig af tegen de zakelijke toon in *Eman & Sevinger*.

183 VG Köln 21 september 2006, 1 K 5910/05 (*Winner Wetten I*).

184 Relatief, want er was in de tussentijd natuurlijk wel schade geleden. Alleen het Hof van Justitie deed al vier jaar over de zaak. De misgelopen inkomsten trachtte het bedrijf via de *Francovich*-aansprakelijkheid vergoed te krijgen. Dat mislukte evenwel. Het BGH meende dat de wetgever geen toerekenbare blaam trof: zie BGH 18 oktober 2012, *NJW* 2013, 168 (*Winner Wetten III*).

geholpen. Het werd weliswaar mogelijk voor de Afdeling om het beroep gegrond te verklaren en de weigering van B&W om tot registratie over te gaan te vernietigen, maar de verkiezingen hadden al plaatsgevonden. Het probleem in déze zaak was dus, hoe nu verder? Hoe konden de schadelijke gevolgen van het normconflict *uit het verleden* worden gerepareerd. Bij díe vraag, niet bij de vraag of het regime tijdelijk kan blijven bestaan, is het nationale stelsel leidend.

Dat in *Eman & Sevinger* niet het mandaat van de rechter om de Kieswet buiten toepassing te laten ter discussie stond, blijkt ook uit de wijze waarop de Afdeling de prejudiciële vraag stelt:

> 'Stelt het gemeenschapsrecht eisen aan de aard van het te bieden rechtsherstel, indien de nationale rechter (…) tot het oordeel komt dat registratie (…) voor de verkiezingen die op 10 juni 2004 zijn gehouden ten onrechte achterwege is gebleven?'.[185]

Voor het vaststellen dat Eman en Sevinger ten onrechte registratie als kiezer is geweigerd, is nodig dat de Afdeling haar *Simmenthal*-mandaat tot buiten toepassing laten uitoefent. Daarom gaat het haar dus niet. Het is niet haar bedoeling de voorrang van het Unierecht ter discussie te stellen. Ze wil alleen weten hoe de kwestie gerepareerd kan worden.[186]

Eman & Sevinger is een atypische zaak in de Nederlandse context. In de meeste geschillen zal buiten toepassing laten of verdragsconforme interpretatie wél een adequate remedie zijn. Ook in zulke gevallen wil de Nederlandse rechter daar liever niet aan, zo leerde de analyse in deel I. In zoverre werd de Afdeling eigenlijk wel een beetje gered door het feit dat zij geen einduitspraak meer kon doen voordat de verkiezingen waarover werd geprocedeerd hadden plaatsgevonden. Waren Eman en Sevinger jaren voor die verkiezingen met hun procedure begonnen, dan hadden zij tot die verkiezingen moeten worden toegelaten. Maar het is juist deze conclusie die de Nederlandse rechter in dit soort gevallen, gelet op zijn begrensde rechtsvormende taak, niet wil trekken. De Afdeling wilde dat ook in deze zaak overigens niet. Zelfs niet nadat al was vastgesteld dat registratie ten onrechte was geweigerd. Belangrijk

185 ABRvS 13 juli 2004, *JB* 2004/308 (*Arubaans kiesrecht*). Dit blijkt ook uit de motivering die de Afdeling aan de prejudiciële vraag ten grondslag legt, zie r.o. 2.11.

186 De vervolguitspraak roept wel verwarring op, waar de Afdeling de relevante bepalingen van de Kieswet eerst buiten toepassing laat, uitspreekt dat de weigering tot registratie vernietigd wordt, maar bij het rechtsherstel tóch uitspreekt dat het de rechtsvormende taak van rechter en bestuur te buiten gaat om vast te stellen of Eman en Sevinger, nu het 'slechts' om een schending van het gelijkheidsbeginsel ging, wel het kiesrecht toekomt. De wetgever kon de Kieswet immers ook zo wijzigen dat alleen ingezetenen van het Europese Nederland kiesrecht toekwam. Die overweging behoort n.m.m. zinloos te zijn. Vastgesteld is immers reeds dát de klagers kiesrecht hadden. Hoe dat bij volgende verkiezingen zit is een zaak voor de wetgever, maar daarover hoeft de Afdeling in de voorliggende zaak niets te zeggen. Zie ABRvS 21 november 2006, *AB* 2007/80 m.nt. PAS.

is echter dat de *typische terme de grâce* in Nederland wél ziet op de uitoefening van constitutionele remedies in eigenlijke zin (buiten toepassing laten en conforme interpretatie). In dat geval is, zo leert *Winner Wetten*, de *Simmenthal*-doctrine het relevante toetsingskader.[187]

7.3.2.3 Het toetsingskader geresumeerd

Ik besprak de vraag welk toetsingskader van toepassing is op de *terme de grâce*: het relatief flexibele *Rewe*-kader of de robuuste lijn die het Hof van Justitie volgde in *Simmenthal* en *Factortame*.

Ervan uitgaande dat het er bij de Nederlandse *terme de grâce* normaal gesproken om gaat dat de rechter de nationale voorschriften blijft toepassen, ondanks hun strijd met het Europese recht, ligt het voor de hand dat dan het *Simmenthal-mandaat* aan de orde is. Het Hof van Justitie maakte dat terecht duidelijk in het arrest *Winner Wetten*. De opvatting dat het bij een tijdelijk opschorten van de voorrangsregel omwille van constitutionele gevoeligheden, gaat om een indirecte normcollisie en dat de kwestie daarom moet worden bezien vanuit het perspectief van de eisen van gelijkwaardigheid en doeltreffendheid moet worden afgewezen.

De zaak *Eman & Sevinger* leek, vooral gelet op het feit dat de Raad van State in de vervolguitspraak de keuzeformule in stelling bracht, in een andere richting te wijzen. In dat arrest ging het echter niet om de toepasbaarheid van de Nederlandse Kieswet, maar om de reparatie van een schending uit het verleden. Op zo'n kwestie is inderdaad niet de voorrangsregel uit *Simmenthal* het toepasselijke kader, maar de eisen van gelijkwaardigheid en doeltreffendheid.

187 HvJEU 28 februari 2012, C-41/11, *JB* 2012/99 m.nt. De Waele (*Inter-Environment Wallonie*) maakt dit niet anders. In dat arrest stond de vraag centraal of de Belgische Raad van State een (lagere) regeling ter uitvoering van de Nitraatrichtlijn moest vernietigen nu deze, in strijd met een andere (SMB-)richtlijn, niet aan een milieurapportage was onderworpen. De Belgische Raad van State vroeg zich, onder verwijzing naar *Winner Wetten*, af of men daar niet van kon afzien, nu daarmee afbreuk zou worden gedaan aan de Belgische verplichtingen onder de Nitraatrichtlijn. Het HvJEU maakt aan de kwestie van voorrang echter geen woorden vuil en benadert de kwestie vanuit de procedurele autonomie. Zoals A-G Kokott in haar conclusie, van 8 december 2011, terecht opmerkt, gaat het in deze zaak niet om strijd tussen twee materiële normen, maar om strijd tussen een materiële norm (de Belgische regeling) en een procedurenorm (de SMB-richtlijn). De schending van de SMB-richtlijn heeft reeds plaatsgevonden en wordt, door buiten toepassing laten, niet ongedaan gemaakt. De voorrangsregel was in dit arrest dus niet relevant. Ik laat de schending van procedurele normen door materiële nationale regelgeving hier verder buiten beschouwing. Met betrekking tot de toetsing van formele wetgeving aan grondrechten komt dat bij mijn weten niet voor.

7.3.3 Uitzonderingen op de voorrangsregel?

De *terme de grâce* moet dus in de eerste plaats worden beoordeeld in het licht van de voorrangsregel. Laat die voorrangsregel uitzonderingen toe?

Het antwoord van het Hof van Justitie op de principiële kwestie vinden we in elk handboek. Kan een nationale constitutionele regel of praktijk de voorrangsregel beperken? Nee, de voorrangsregel is absoluut.[188] *'Even the most minor piece of technical Community legislation ranks above the most cherished constitutional norm'* tekent Weatherill op.[189] Intussen spreekt artikel 4 lid 2 VEU van een verplichting voor de Unie om de constitutionele identiteit van de lidstaten te respecteren, maar juist ten aanzien van de effectieve doorwerking van het Unierecht in de lidstaten is er van respect voor nationale eigenaardigheden in de rechtspraak van het Hof van Justitie weinig te bespeuren.[190] De hoeksteen bij uitstek van de Britse constitutionele identiteit, parlementaire soevereiniteit, moest – en dat is ook wel begrijpelijk vanuit het Europese perspectief – wijken, en niet zo'n beetje ook.[191]

Structurele uitzonderingen op de voorrangsregel zijn dus niet mogelijk. Evenmin is het mogelijk dat de nationale rechter het effectueren van de voorrang overlaat aan een ander orgaan zoals de wetgever. Ook dat maakte het Hof van Justitie uit in *Simmenthal*:

> 'dat derhalve (…) onverenigbaar is elke bepaling van een nationale rechtsorde of enige wetgevende, bestuurlijke of rechterlijke praktijk die ertoe zou leiden de uitwerking van het gemeenschapsrecht te verminderen doordat aan de inzake de toepassing van dit recht bevoegde rechter de macht wordt ontzegd aanstonds bij deze toepassing al het nodige te doen voor de terzijdestelling van de nationale wettelijke bepalingen die eventueel in de weg staan aan de volle werking van de gemeenschapsregels; dat zulks het geval zou zijn, indien bij een eventuele tegenstrijdigheid van een bepaling van het gemeenschapsrecht met een latere nationale wet de oplossing van dit conflict zou zijn voorbehouden niet aan de tot toepassing van het gemeenschapsrecht geroepen rechter, doch aan een met eigen beoordelingsbevoegdheid bekleed ander gezag, ook al zou de hieruit voortvloeiende belemmering voor de volledige werking van dit recht slechts van tijdelijke aard zijn'.[192]

---

188 Vgl. in dat verband o.m. HvJEG 17 december 1970, Zaak 11/70, *Jur.* 1970, p. 1125 (*Int. Handelsgesellschaft*); HvJEG 13 juli 1997, Zaak 48/71, *Jur.* 1972, p. 528 (*Commissie t. Italië)*; HvJEG 2 juli 1996, C-473/93, *Jur.* 1996, p. I-3207.

189 Weatherill 1995, p. 106.

190 Een pleidooi van A-G Poiares Maduro in zaak C-213/06 (*Michaniki*), r.o. 31-34, overigens in een geheel andere context, om het identiteitsbeginsel soepel toe te passen, werd door het Hof niet overgenomen. Zie HvJEG 16 december 2008, C-213/07, *Jur.* 2008, p. I-9999 (*Michaniki*).

191 Vgl. HvJEG 19 juni 1990, C-213/89, *Jur.* 1990, p. I-2433 (*Ex parte Factortame*).

192 HvJEG 9 maart 1978, Zaak 106/77, *Jur.* 1978, p. 629 (*Simmenthal*), r.o. 22-23 (curs. JU). Recenter: HvJEU 8 september 2010, C-409/06, *JB* 2010/247 m.nt. Uzman (*Winner Wetten*), r.o. 56-57.

Het idee van een gelijkwaardige dialoog tussen rechter en wetgever, waarbij de wetgever een eigen interpretatie van het hogere recht geeft, is het Unierecht – tenminste in de ogen van het Hof – dus vreemd. Zowel de óf-vraag (is de nationaalrechtelijke bepaling in strijd met Unierecht?), als de hóe-vraag (hoe deze strijd op te lossen?) zijn voor de nationale rechter om te beantwoorden.

Simmenthal maakt duidelijk dat de nationale rechter in elk geval *bevoegd* moet zijn om de eigen wetgeving buiten toepassing te laten. Van die bevoegdheid dient hij ook gebruik te maken. In zoverre is het ook een verplichting. Iets anders is of hij kan besluiten *tijdelijk* niet van deze bevoegdheid gebruik te maken. De voorrangsregel als zodanig staat dan niet ter discussie; hij wordt alleen in temporele zin genuanceerd. Is, met andere woorden, een overgangstermijn toegestaan?

In de aanloop naar *Winner Wetten* zien sommige auteurs voor zo'n temporele nuance wel ruimte.[193] Een enkeling ziet in de wijze waarop het Hof van Justitie omgaat met indirecte normcollisies tussen Unierecht en nationale wetgeving, een aanwijzing dat de voorrang van het Unierecht een beginselkarakter heeft. De voorrang van het Unierecht zou dan af kunnen worden gewogen tegen gewichtige nationale belangen.[194] Anderen zien in de rechtspraak van het Hof zélf ruimte voor een *terme de grâce*.[195] Het gaat dan om de jurisprudentie waarin het Hof zich in het verleden bewust toonde van de mogelijke leemten die in het nationale recht kunnen optreden als gevolg van de doorwerking van Unierecht. Zo ging het in sommige gevallen inhoudelijk in op het betoog van de lidstaat dat het buiten toepassing laten van een nationale regeling ernstige maatschappelijke gevolgen zou hebben.[196] Een derde categorie auteurs wijst er op dat het Hof als constitutionele rechter van de Unie, zelf de gevolgen van zijn uitspraken weleens mitigeert.[197] Volgens twee Duitse auteurs, Ehlers en Eggert:

> 'kann eine vorläufige Weiteranwendung gemeinschaftsrechtswidrigen nationalen Rechts in Betracht kommen, wenn ansonsten eine inakzeptable Rechtslücke entstünde. Inakzeptabel ist eine Rechtslücke nur, wenn durch eine sofortige Unanwendbarkeit gemeinschaftsrechtswidrigen Rechts ein Zustand geschaffen würde, welcher

193 In deze zin bijvoorbeeld Kadelbach 1999, p. 27, 31; Jarass & Beljin 2004, p. 3; Ehlers & Eggert 2008.

194 Kadelbach 1999, p. 27; Nader maar kritisch: Ehlers & Eggert 2008, p. 586.

195 Jarass & Beljin 2004, p. 5. Anders: Koenig & Schreiber 2008, p. 451-52.

196 Gewezen wordt op: HvJEG 4 april 1995, C-348/93, *Jur.* 1995, p. I-673 (*Commissie t. Italië*), §16-17; HvJEG 30 april 1996, C-194/94, *Jur.* 1996, p. I-2201 (*CIA Security t. Signalson & Securitel*), §51-53.

197 Vgl. Ehlers & Eggert 2008.

> der Gemeinschaftsrechtsordnung noch ferner stünde als eine befristete weitere Anwendung des nationalen Rechts'.[198]

Over die voorlopige toepassing van strijdig nationaal recht kan volgens deze auteurs alleen het Hof van Justitie zelf beslissen. Nationale rechters zullen daarover steeds een prejudiciële vraag te stellen.

Lang niet iedereen ziet zelfs deze ruimte. Twee andere Duitse auteurs, Koenig en Schreiber bijvoorbeeld. Zij zien in de rechtspraak van het Hof van Justitie:

> 'keine Anhaltspunkte für eine solche Möglichkeit (…). Sie widerspräche auch der ständigen Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs, nach der die Mitgliedstaaten den Anwendungsvorrang des Gemeinschaftsrechts vollumfänglich gewährleisten müssen'.
>
> 'Der Rechtsgedanke des Art. 231 Abs. 2 EG kann nicht auf das Verhältnis nationalen Rechts zu Gemeinschafsrecht übertragen werden. Art. 231 Abs. 2 EG ermächtigt den Europäischen Gerichtshof ausschließlich zu der befristeten Suspendierung des Geltungsvorrangs des Gemeinschaftsprimärrechts vor dem Gemeinschaftssekundairrecht. (…) Darüber hinaus kann die praktische Wirksamkeit des Gemeinschaftsrechts nach der Rechtssprechung des Europäischen Gerichtshofs nur für die Vergangenheit eingeschränkt werden (…). Die praktische Wirksamkeit des Gemeinschaftsrechts darf für die Zukunft nicht beeinträchtigt werden'.[199]

De conclusie van Koenig en Schreiber is duidelijk: de *terme de grâce* is het Unierecht, in elk geval voor de nationale autoriteiten, vreemd. Zij rekenen er niet op dat het Hof daarvoor al ruimte schept.[200]

Zo ziet ook Advocaat-Generaal Bot het, als hij de zaak van *Winner Wetten* op zijn bureau krijgt. Van een tijdelijke nuancering van de voorrangsregel kan geen sprake zijn. Dat zou afbreuk doen aan het *effet utile* van het Unierecht, zou het voorrangsbeginsel als zodanig bedreigen en zou een effectieve rechtsbescherming jegens particulieren als Winner Wetten onmogelijk maken.[201]

Het Hof van Justitie is in *Winner Wetten* behoedzamer.[202] De druk op het Hof van de lidstaten is groot. Maar liefst negen lidstaten hebben hun zienswijze bij het Hof kenbaar gemaakt.[203] In koor hebben al die staten gewezen op de mogelijkheid die het Hof zélf heeft om te sleutelen aan de rechts-

198 Ehlers & Eggert 2008, p. 593. Zoals in het volgende hoofdstuk nog uitgebreid aan de orde komt lijkt deze formulering rechtstreeks ontleend aan de rechtspraak van het BVerfG. De beide auteurs wijzen er echter op dat die rechtspraak wat hen betreft, voor het Unierecht in elk geval, veel te ruimhartig is. Bij de vraag in welke gevallen sprake is van zo'n toestand leggen de auteurs dan ook andere maatstaven aan dan het BVerfG.

199 Koenig & Schreiber 2008, p. 454.

200 *Ibid.*

201 Concl. A-G Bot, van 26 januari 2010, in C-409/06 (*Winner Wetten t. Stadt Bergheim*).

202 HvJEU 8 september 2010, C-409/06, *JB* 2010/247 m.nt. Uzman (*Winner Wetten*).

203 Daaronder overigens niet Nederland.

gevolgen van de eigen rechtspraak.[204] Analoge toepassing van die rechtspraak op de positie van de nationale rechter achten zij mogelijk en wenselijk.

Alvorens het aan die kwestie toekomt, wil het Hof van Justitie nog wel kwijt dat het *Simmenthal*-mandaat van de nationale rechter geheel los moet worden gezien van de toetsing van voorschriften aan de eigen grondwet. Het kan dus niet zo zijn dat de reguliere rechter abstineert omdat hij dit van zijn eigen constitutionele rechter moet doen.[205] De kwestie of de norm buiten toepassing gelaten moet worden is er dus een tussen de nationale rechter en het Hof van Justitie.

Vervolgens erkent het Hof dat het de rechtsgevolgen van, door hemzelf onrechtmatig bestempelde, Unierechtelijke voorschriften inderdaad weleens, ten behoeve van het openbaar belang of van derden, in stand laat. Op de vraag of het bereid is iets soortgelijks te accepteren van de nationale rechter, komt een casuïstisch antwoord:

> '(…) ook al zouden soortgelijke overwegingen als die welke ten grondslag liggen aan deze rechtspraak, die met betrekking tot de handelingen van de Unie is ontwikkeld, naar analogie en bij uitzondering kunnen leiden tot een tijdelijke opschorting van het effect dat een rechtstreeks toepasselijke regel van het recht van de Unie op het daarmee strijdige nationale recht heeft, namelijk de terzijdestelling daarvan, een dergelijke opschorting, waarvan de voorwaarden enkel door het Hof kunnen worden vastgesteld, *in casu a priori* dient te worden uitgesloten, aangezien er geen dwingende overwegingen van rechtszekerheid zijn die deze kunnen rechtvaardigen'.[206]

Het Hof probeert in deze overweging geen antwoord te geven op de principiële vraag, maar doet dat toch. Anders dan de zojuist geciteerde Koenig en Schreiber dachten, zet het Hof de deur op een kier. Het maakt niet duidelijk dat er geen temporele uitzonderingen mogelijk zijn op het *Simmenthal*-mandaat, integendeel: het maakt duidelijk dat alleen het Hof de voorwaarden kan vaststellen waaronder die temporele uitzondering effect kan krijgen. Het wil er in deze zaak alleen niet aan. Als men de deur open zou zetten voor de tijdelijke toepasbaarheid van een norm, dan zou dat alleen voor de hand liggen als sprake zou zijn van een ernstige inbreuk op rechtsbeginselen die ook in Unieverband worden erkend, zoals de rechtszekerheid. Aan de orde in *Winner Wetten*, was een staatsmonopolie op *bookmaking*. In de Duitse rechtspraak was

---

204 *Winner Wetten,* r.o. 63.

205 Het maakte dat al eerder uit in: HvJEU 19 november 2009, C-314/08 (*Filipiak*). Beukers 2011, p. 1995, vraagt zich af of het BVerfG de tijdelijke toepassing van de ongrondwettige wetgeving gebood, of enkel mogelijk maakte. Hij meent het eerste omdat de hele exercitie anders zinloos zou zijn. Daar zit veel in. Ik meen ook dat het om het eerste gaat, maar kies een andere benadering. De reguliere rechter is, conform art. 20 lid 3 aan de wet gebonden. Alleen het BVerfG kan die binding opheffen. Een eigen bevoegdheid van de reguliere rechter zou het toetsingsmonopolie van het BVerfG doorkruisen.

206 *Winner Wetten*, r.o. 67.

er op gewezen dat het buiten toepassing laten van het *Sportlotteriegesetz* zou leiden tot een juridisch vacuüm met alle risico's van dien voor het tegengaan van gokverslaving.[207] Het Hof van Justitie wijst er op dat de Duitse rechter zélf kennelijk al meende dat deze wet niet echt zinvol bijdroeg aan een samenhangende en stelselmatige beperking van gokverslaving. Het gaat dan niet aan om juist daarmee te rechtvaardigen dat de voorrang van het Unierecht tijdelijk wordt beperkt.[208]

De conclusie kan hier zijn dat het Hof van Justitie de deur open heeft gezet naar een voorzichtige erkenning van de *terme de grâce*.[209] Duidelijk is dan wel dat de nationale rechter daarover niet op eigen houtje kan beslissen. Steeds zal daarover een prejudiciële vraag aan het Hof moeten worden gesteld. Nu het Hof de kwestie zo casuïstisch opvatte, staat het nog te bezien in welke gevallen het tot zo'n *terme de grâce* zou kunnen besluiten. Ik ga daar in de volgende paragraaf op in.

7.3.4 Toepassingsbereik van een Unierechtelijke *terme de grâce*

Als de deur dan op een kier is gezet, in welke gevallen is een *terme de grâce* voor de nationale wetgever in de ogen van het Hof van Justitie dan acceptabel?

In een eerdere publicatie over het *Winner Wetten*-arrest, maakte ik een onderscheid tussen twee gronden voor de nationale rechter om tot een *terme de grâce* te besluiten.[210] In de eerste plaats is dat het democratische argument: met het uit de weg ruimen van het normconflict kan het verschillende kanten op en het is aan de wetgever om te kiezen welke kant dat is.[211] In de tweede plaats kan dat ook een praktisch argument zijn: het buiten toepassing laten of nietig verklaren van het voorschrift zou ernstige maatschappelijke gevolgen met zich brengen die de rechter niet voor zijn rekening wil nemen. In dat verband komt meteen de vraag op wélke gevolgen relevant zijn en welke niet. In deze paragraaf bezie ik in hoeverre voor beide gronden aanknopingspunten zijn te vinden voor een welwillende of juist afkerige houding van het Hof van Justitie.

---

207 VG Köln 21 september 2006, 1 K 5910/05 (*Winner Wetten I*), met verwijzing naar andere Duitse rechtspraak.

208 Dat lijkt mij overigens nogal kort door de bocht van het Hof. Het suggereert dat een defect in een regeling er meteen toe leidt dat die regeling in het geheel niet meer beschermend werkt. Dat hoeft niet zo te zijn. Belangrijker is dat het Hof van Justitie volledig negeert dat het BVerfG de autoriteiten had opgedragen reeds gedurende de overgangsperiode serieus werk te maken van het stelselmatig tegengaan van gokverslaving. Zie nader: mijn noot onder *JB* 2010/460.

209 Ik betoogde dat eerder (*JB* 2010/460). In soortgelijke zin: T. Beukers in *CMLR* 2011, p. 1985-2004; Van der Hulle & Van der Hulle 2012.

210 Zie mijn noot onder *JB* 2010/460, punten 4 en 5.

211 Dat is, zo illustreren de analyses in de delen I en III, een vrij universele grond om tot een *terme de grâce* te besluiten.

Ik bespreek eerst de categorie van de maatschappelijke gevolgen van het toetsingsoordeel. Vervolgens bezie ik of er voor de nationale rechter ruimte is om te abstineren omwille van het democratische argument.

7.3.4.1 Maatschappelijke gevolgen

Het kwam in de vorige paragraaf al even ter sprake. In het arrest *Winner Wetten* refereert het Hof aan de eigen bevoegdheid ex artikel 264 VWEU om de temporele werking van de eigen uitspraken te beperken.[212] Het artikel luidt als volgt:

> 'Indien het beroep gegrond is, wordt de betwiste handeling door het Hof van Justitie van de Europese Unie nietig verklaard. Het Hof bepaalt evenwel, zo het dit nodig oordeelt, welke gevolgen van de vernietigde handeling als definitief moeten worden beschouwd'.

Deze bepaling ziet in de eerste plaats op de toetsing van secundair Unierecht aan de Verdragen in het kader van het nietigheidsberoep van artikel 263 VWEU. Zij wordt door het Hof echter analoog toegepast op de prejudiciële procedure.[213] Zowel in het kader van het nietigheidsberoep, als in het kader van de prejudiciële procedure is ze bij wijze van uitzondering ingezet om de gevolgen van een toetsingsuitspraak te verzachten. Dat kan op verschillende manieren.[214]

In het kader van het nietigheidsberoep bepaalt het Hof bijvoorbeeld dat een toetsingsuitspraak weliswaar terugwerkende kracht heeft, maar dat daarop behalve door klagers die voor de datum van het betreffende arrest al beroep tegen de handeling hadden ingesteld, geen beroep kan worden gedaan.[215] Wat verder gaat de vaststelling dat de betrokken regeling ongeldig is, met de aantekening dat die ongeldigheid terugwerkende kracht (in zijn geheel)

212 HvJEU 8 september 2010, C-409/06 (*Winner Wetten*), r.o. 64, 66.

213 Vgl. o.m. HvJEG 8 april 1976, Zaak 43/75, *Jur.* 1976, p. 455 (*Defrenne t. Sabena II*). Tevens: HvJEG 8 november 2001, C-228/99, *Jur.* 2001, p. I-84019 (*Silos e Mangimi Martini*), r.o. 35.

214 Met name als het in de prejudiciële procedure om de gevolgen van 's Hofs interpretatie voor nationale voorschriften gaat, is het Hof streng: uitgangspunt is dat de nieuwe rechtspraak wordt toegepast op rechtsbetrekkingen die zijn ontstaan voor het arrest waarbij het verzoek om uitlegging is gedaan. Zie HvJEG 6 maart 2007, C-292/04, *Jur.* 2007, p. I-1835 (*Meilicke t. Finanzamt Bonn*).

215 Zie o.m. HvJEG 15 januari 1986, Zaak 41/84, *Jur.* 1986, p. 1 (*Pinna t. Caisse*), §29; HvJEG 10 maart 1992, C-38/90 en 151/90, *Jur.* 1992, p. I-1781 (*Lomas*), §25-30.

ontbeert.[216] Ook in de prejudiciële procedure komt het nog weleens voor dat het Hof de werking *ex tunc* inruilt voor de werking *ex nunc.*

In 2010 vat de Grote Kamer van het Hof zijn vaste rechtspraak in dat verband als volgt samen:

> 'Slechts bij uitzondering kan het Hof, met toepassing van een aan de rechtsorde van de Unie inherent algemeen beginsel van rechtszekerheid, aanleiding vinden om voor iedere belanghebbende beperkingen te stellen aan de mogelijkheid om met een beroep op een door het Hof uitgelegde bepaling, te goeder trouw tot stand gekomen rechtsbetrekkingen opnieuw in geding te brengen. Om tot een dergelijke beperking te kunnen besluiten, moet zijn voldaan aan twee essentiële criteria, te weten de goede trouw van de belanghebbende kringen en het gevaar van ernstige verstoringen. (…) Verder is het vaste rechtspraak dat de mogelijke financiële gevolgen van een prejudicieel arrest voor een lidstaat, op zich geen rechtvaardiging vormen voor een beperking van de werking van dit arrest in de tijd (…).
>
> Het Hof heeft immers slechts in zeer specifieke omstandigheden van deze mogelijkheid gebruik gemaakt, namelijk wanneer er een gevaar bestond voor ernstige economische gevolgen, inzonderheid gezien het grote aantal op basis van de geldig geachte wettelijke regeling te goeder trouw tot stand gekomen rechtsbetrekkingen, en wanneer bleek dat de particulieren en de nationale autoriteiten tot een met de regeling van de Unie strijdig gedrag waren gebracht op grond van een objectieve en grote onzekerheid over de strekking van de voorschriften van de Unie, aan welke onzekerheid het gedrag van andere lidstaten of van de Commissie eventueel had bijgedragen'.[217]

De rechtszekerheid kan dus een reden zijn voor het Hof om de temporele werking van zijn prejudicieel gegeven uitleg te beperken. Dan moeten diegenen die daarvan profiteren wel te goeder trouw zijn. Bovendien moet sprake zijn van 'ernstige verstoringen'. Die vult het Hof vooral economisch in, maar enkel forse financiële gevolgen voor de lidstaat zijn onvoldoende. Uit het arrest volgt bovendien dat de bewijslast op de staat rust: de enkele mededeling dat het een grote chaos wordt is onvoldoende.[218]

De rechtspraak inzake het beperken van terugwerkende kracht is begrijpelijkerwijs erg financieel getint.[219] Dat geldt ook voor de toetsing van secundair

---

216 HvJEG 15 oktober 1980, Zaak 109/79, *Jur.* 1980, p. 2883 (*Maïseries de Beauce t. ONIC*), §42-46; HvJEG 15 oktober 1980, Zaak 145/79, *Jur.* 1980, p. 2917 (*Roquette Frères IV*), §50-53; HvJEG 15 oktober 1980, Zaak 4/79, *Jur.* 1980, p. 2823 (*Providence agricole de la Champagne*), §42-46; HvJEG 27 februari 1985, Zaak 112/83, *Jur.* 1985, p. 719 (*Societé des produits de mais*), §18-20. Vgl. ook HvJEG 3 juli 1986, Zaak 34/86, *Jur.* 1986, p. 2155 (*Raad t. EP*), §48, waar het Hof uitsluitend stelde dat de nietigheid van de begroting de geldigheid van verrichte betalingen en aangegane contracten niet aantast. Zie in dat kader tevens HvJEG 12 mei 1998, C-106/96, *Jur.* 1998, p. I-2729 (*Verenigd Koninkrijk t. Commissie*), §39-42.

217 HvJEU 13 april 2010, C-73/08, *Jur.* 2010, p. I-2735 (*Bressol & Chaverot*), r.o. 91.

218 Zie r.o. 94-95.

219 Zie ook: HvJEG 8 april 1976, Zaak 43/75, *Jur.* 1976, p. 455 (*Defrenne t. Sabena II*); HvJEG 20 september 2001, C-184/99, *Jur.* 2001, p. I-6193 (*Grzelczyk*).

Unierecht in het kader van het nietigheidsberoep. Ook dan figureert voornamelijk de rechtszekerheid.[220] In sommige gevallen gaat het Hof echter verder dan zuiver het beperken van terugwerkende kracht. Het komt dan dicht bij de *terme de grâce* zoals we die kennen van verschillende nationale rechters.[221] Het verklaart de onrechtmatige regeling dan voor een overgangsperiode geldig, bijvoorbeeld totdat het bevoegde orgaan de regeling of rechtshandeling heeft gewijzigd.[222]

Een voorbeeld van zo'n kwestie is de zaak *Van Landschoot*.[223] In deze zaak stond een bepaling uit een verordening centraal die gedeeltelijk een discriminatie van graanverwerkers en graanproducenten tot gevolg had. Ik kom op deze zaak nog terug, want het Hof motiveert de beslissing om af te zien van nietigheid mede op basis van het democratische argument. Dat is echter niet het enige. Nietigheid zou, aldus het Hof, onevenredige gevolgen met zich brengen. Verwijzend naar de rechtszekerheid oordeelt het dat het aan de gemeenschapswetgever is om door passende maatregelen de gelijkheid van de betreffende ondernemers te bewerkstelligen. In de tussentijd blijven de rechtsgevolgen van de vernietigde verordening in stand.

Zijn er nog andere belangen denkbaar dan het rechtszekerheidsbeginsel? Ongetwijfeld, maar het komt kennelijk niet vaak voor. Van der Hulle & Van der Hulle wijzen op het Kadi-arrest, waarin het Hof zich uitsprak over een verordening die de tegoeden van vermeende terroristen bevroor.[224] Het Hof verklaarde de verordening in strijd met de fundamentele rechten van de verdachte, maar liet de rechtsgevolgen ervan drie maanden in stand om de Europese wetgever de tijd te geven de kwestie te repareren. Het rechtvaardigde die afweging onder verwijzing naar het algemeen belang.[225]

Uit dit korte overzicht van de rechtspraak van het Hof valt slechts beperkt wat af te leiden. Als er íets duidelijk is, dan is het wel dat de focus van het Hof ligt bij het rechtszekerheidsbeginsel, dat het dergelijke kwesties financieel invult en dat de eisen bijzonder streng zijn. Wat in elk geval wél kan worden geconcludeerd is dat financiële belangen van de staat maar zeer beperkt reden kunnen zijn tot gesleutel aan de temporele gevolgen van de uitspraak. Dat lijkt mij, in het kader van de *terme de grâce*, voor de tijdelijke toepasbaarheid van belastingwetgeving zeer relevant. *Kadi* kan bovendien een aanwijzing zijn

220 Zo bijv. HvJEG 8 november 2001, C-228/99, *Jur.* 2001, p. I-84019 (*Silos e Mangimi Martini*).

221 Zie de hoofdstukken over de *terme de grâce* in Nederland respectievelijk Duitsland.

222 Vgl. o.a. HvJEG 5 juni 1973, Zaak 81/72, *Jur.* 1973, p. 575 (*Commissie t. Raad*), r.o. 14-15. Bij mijn weten gebeurt dat overigens alleen in het kader van het nietigheidsberoep. Hoewel diverse Advocaten-Generaal het Hof in het verleden opriepen om de gevolgen van een prejudiciële beslissing op een later moment in werking te laten treden, heeft het daar nog geen gevolg aan gegeven. Zie concl. A-G Jacobs 17 maart 2005 in C-475/03 (*Banca Popolare di Cremona*), §85; concl. A-G Stix-Hackl 14 maart 2006 (zelfde zaak, §144) Voorts concl. A-G Tizzano 10 november 2005 in C-292/04 (*Meilicke*), §42-45.

223 HvJEG 29 juni 1988, 300/86, *Jur.* 1988, p. 3443 (*Van Landschoot t. Mera*).

224 HvJEG 3 september 2008, C-415/05 (*Kadi & Al Barakaat*).

225 Van der Hulle & Van der Hulle 2012, p. 498.

dat het Hof niet zonder meer afwijzend staat tegenover ándere belangen dan de rechtszekerheid. Maar ook hier geldt dat één zwaluw nog geen zomer maakt.

7.3.4.2 Het democratische argument

Dat dreigende ernstige schade aan fundamentele belangen zoals grondrechten of beginselen aanleiding voor het Hof kunnen zijn om af en toe ruimte te laten voor een *terme de grâce*, lijkt mij eerlijk gezegd wel voor de hand te liggen, ook als de aanknopingspunten in de praktijk van het Hof in dat verband niet voor het oprapen liggen.[226] Het is nu eenmaal moeilijk te verkopen dat het Unierecht dwingt tot het buiten toepassing laten van een regeling die gericht is op het garanderen van schoon drinkwater of het aan banden leggen van de verkoop van bazooka's of iets dergelijks.

Moeilijker ligt de kwestie als het gaat om de vraag of redenen van machtenscheiding en democratie van voldoende gewicht kunnen zijn om een *terme de grâce* te rechtvaardigen.

In dat verband keer ik even terug naar het arrest *Winner Wetten*.[227] Dat leek, zo op het eerste gezicht, niets te maken te hebben met de *Trias politica*. Toch ligt het allemaal een beetje anders. Het ging, om de kwestie weer even op te frissen, om het staatsmonopolie op het afsluiten van weddenschappen dat zowel in strijd was met het *Grundgesetz* als met het Unierecht. De reguliere rechter die geconfronteerd werd met de vraag of hij de relevante voorschriften buiten toepassing moest laten, hield het Hof van Justitie voor dat de kansspelwetgeving de bestrijding van gokverslaving diende en dat het buiten toepassing laten ervan zou leiden tot een vacuüm in de bescherming van de volksgezondheid.[228] Het Hof van Justitie behandelde de kwestie dus als een, op de gevolgen van buiten toepassing laten georiënteerde *terme de grâce*. Opvallend is echter dat het BVerfG aan de beslissing om af te zien van nietigheid een andere grond koppelde:

> 'Steht eine gesetzliche Regelung mit dem Grundgesetz nicht in Einklang, hat der Gesetzgeber aber mehrere Möglichkeiten, den Verfassungsverstoß zu beseitigen, trägt das Bundesverfassungsgericht dem regelmäßig in der Weise Rechnung, dass es die Regelung nur für unvereinbar mit dem Grundgesetz erklärt (…). Das ist auch hier geboten'.

Het is goed mogelijk dat het BVerfG de tijdelijke toepasbaarheid in zijn achterhoofd baseerde op de gevolgen voor het antigokbeleid, maar dat zegt hij dan

226 Dit is ook de lijn van Ehlers & Eggert 2008, p. 593.
227 HvJEU 8 september 2010, C-409/06, *JB* 2010/247 m.nt. Uzman (*Winner Wetten*).
228 VG Köln 21 september 2006, 1 K 5910/05 (*Winner Wetten I*) met verwijzing naar OVG Nordrhein-Westfalen.

niet letterlijk. Hier lijkt de hoofdreden te zijn dat het BVerfG de wetgever niet voor de voeten wil lopen bij het formuleren van wijzigingswetgeving: een democratisch argument om de norm tijdelijk te blijven toepassen dus.

Het Hof van Justitie gaat op deze redenering niet in. Het doet zaken met de verwijzende rechter. En zo wordt een antwoord vermeden op de vraag of een *terme de grâce* om constitutionele redenen zou zijn toegestaan. Wat zou het antwoord zijn?

Diverse auteurs menen dat die ruimte er in beginsel niet is. Zo merkt Beukers op:

> 'Since the Court has in the past not bothered to consider the sensitivities of the primacy principle for the relation between constitutional and lower courts (with the Simmenthal case as the primary example), it may not be expected that the court will be sensitive to the relation between the judiciary and the legislature'.[229]

Beukers verwacht niet dat het Hof gevoelig is voor constitutionele verhoudingen op nationaal niveau. Afgaand op in het verleden behaalde rendementen, lijkt dat een trefzekere inschatting. Maar hij heeft ook een normatief argument waarom het Hof daar niet aan moet beginnen:

> 'Assuming however that the Court of Justice could accept the democratic ground, what would a European conception of it then look like? And is it at all possible to transpose a European conception of the relationship between judiciary and legislature to the specific constitutional context of one of the Member States? It could be argued that Article 4 (2) TEU, which states that the Union shall respect the national identities of the Member States, inherent in their fundamental political and constitutional structures, would advocate against the imposition of such a European conception'.[230]

Dat argument is merkwaardig. Het zou net zo goed omgekeerd kunnen worden gebruikt: dat het Hof van de lidstaten verlangt dat hun rechters stéédsd hun taakopvatting voorbij moeten fietsen om het Unierecht effectief te laten doorwerken staat juist op gespannen voet met artikel 4 lid 2 VEU. Maar belangrijker is misschien wel dat voor het respecteren van nationale constitutionele verhoudingen een (gelijkluidend) Europees concept niet noodzakelijk is. Dat Luxemburg enige controle wil houden over de toepassing van de voorrangsregel in de lidstaten, wil nog niet zeggen dat het Hof gedetailleerde richtlijnen zou moeten ontwikkelen voor de verhouding van rechter en wetgever. Het kan zich prima beperken tot het stellen van een aantal minimumcriteria.

Toch bezie ik ook hier summier met welke bril het Hof van Justitie de verhouding tussen rechter en wetgever ziet. Ik doe dat op twee manieren. Eerst

229 Vgl. diens annotatie in *CMLR* 2011, p. 1985-2004, op p. 2000. Idem: Ehlers & Eggert 2008.
230 *Ibid.*

loop ik wederom de toetsingspraktijk van het Hof zélf na. Ik doe dat nadrukkelijk niet om een Europees concept van machtenscheiding te ontdekken, maar alleen om te bezien of aan die rechtspraak argumenten te ontlenen zijn voor een wat soepeler houding van het Hof van Justitie. Uitputtend onderzoek heb ik niet gedaan, dus ik houd het bij een ruwe houtskoolschets. Daarna bezie ik hoe het argument van de keuzevrijheid voor de wetgever vorm heeft gekregen in de rechtspraak van het Hof ten aanzien van het communautaire gelijkheidsbeginsel in de lidstaten.

De toetsingspraktijk van het Hof zelf

Gaat het om de toetsingspraktijk van het Hof, dan verdienen in de eerste plaats twee zeer vroege uitspraken bespreking: *Ruckdeschel* en *Moulins de Pont-à-Mousson*, gedaan op dezelfde dag.[231]

Beide zaken hebben betrekking op heffingen en restituties in het kader van het op de markt brengen van diverse zetmeelproducten. Kort en goed bleek de afschaffing van restituties voor gries, griesmeel (*Moulins de Pont-à-Mousson*) en quellmehl (*Ruckdeschl*), onder gelijktijdige handhaving van de restitutie voor zetmeel van maïs, in één en dezelfde verordening een miskenning van het communautaire gelijkheidsbeginsel.[232] Toch leidde die vaststelling niet tot de ongeldigheid van die bepalingen. Het Hof onderstreepte dat de onrechtmatigheid van de bepaling niet het gevolg was van wat er in de bepaling stond, maar juist van wat er niet in stond. De onrechtmatige situatie zou dus door de nietigheid van de bepaling niet rechtmatig worden. Daarvoor zou eigenlijk nodig zijn dat de producten gries, griesmeel en quellmehl in de verordening zouden moeten worden 'ingelezen'. Van dat laatste rept het Hof overigens niet. Het constateert uitsluitend dat er verschillende mogelijkheden zijn om de geconstateerde onverenigbaarheid met het gelijkheidsbeginsel op te heffen en laat het aan de bevoegde instellingen over om die keuze te maken. Het lijkt daarmee eenzelfde soort keuzeformule te hanteren als de nationale rechters van verscheidene lidstaten. Het heeft er alle schijn van dat wat het Hof hier doet, *de facto* neerkomt op abstineren ten gunste van de gemeenschapswetgever.[233] In de tussentijd blijft het oude regime van kracht.

Een aantal jaren later, in het arrest *Van Landschoot*, kiest het Hof een wat gewijzigde benadering.[234] Ook in deze zaak stond een bepaling uit een verordening centraal die gedeeltelijk een discriminatie van graanverwerkers en graanproducenten tot gevolg had. Het Hof wees er op dat de ongelijke behan-

231 HvJEG 19 oktober 1977, zaken 117/76 en 16/77, *Jur.* 1977, p. 1753 (*Ruckdeschel & Co t. HZA Hamburg-St. Annen);* HvJEG 17 december 1959, Zaak 14/59, *Jur.* 1959, p. 483 (*Société des Fonderies de Pont-à-Mousson*).

232 Vgl. §23 van *Moulins de Pont-à-Mousson* en §10 van *Ruckdeschel.*

233 Evenmin is sprake van een bevel tot het vaststellen van wetgeving, nu het Hof ervan uit lijkt te gaan dat het zelf een dergelijke bevoegdheid ontbeert: vgl. HvJEG 3 juni 2005, C-396/03P, *Jur.* 2005, p. I-4967 (*Magnus Killinger*), §21.

234 HvJEG 29 juni 1988, 300/86, *Jur.* 1988, p. 3443 (*Van Landschoot t. Mera).*

deling niet het gevolg was van hetgeen in de verordening stond maar juist van wat er niet in stond en dat nietigheid onevenredige gevolgen met zich zou brengen. Verwijzend naar de rechtszekerheid oordeelde het dat het aan de gemeenschapswetgever was om door passende maatregelen de gelijkheid van de betreffende ondernemers te bewerkstelligen. In de tussentijd zouden de rechtsgevolgen van de vernietigde verordening in stand blijven. Het Hof voegt daar echter een zeer interessant zinnetje aan toe: het omstreden voordeel (een vrijstelling) dient – in de tussentijd – ook voor de benadeelde groep ondernemers te gelden.[235] Het laat dus weliswaar de rechtsgevolgen van de regeling in stand, maar dat kan niet tot gevolg hebben dat de gevonden ongelijke behandeling ook in stand blijft.

Ik ga verderop in deze paragraaf nog in op de bijzondere positie die het Hof kiest als het gaat om schendingen van het gelijkheidsbeginsel. Het Hof eist in zo'n geval dat de nationale rechter de benadeelde groep het voordeel dient te gunnen dat de bevoordeelde groep geniet – een en ander onverminderd de bevoegdheid van de wetgever om die regeling vervolgens weer aan te passen.[236] Die lijn is weleens verklaard als methode van het Hof om de lidstaten in het gareel te krijgen: *levelling-up* als *punitive damages*.[237] *Van Landschoot* laat zien dat het Hof dezelfde benadering in het verleden ook koos ten aanzien van de Uniewetgever. Dat kan verschillende dingen betekenen. Het zou bijvoorbeeld kunnen dat het Hof deze toepassing van vaste rechtspraak over de rechtsgevolgen van een geconstateerde ongelijke behandeling niet beschouwt als het vaststellen van een tijdelijke regeling, maar haar veeleer beschouwt als een automatisch uitvloeisel van de toepassing van het nondiscriminatiebeginsel in samenhang met de ongeldig verklaarde regeling.[238]

In latere jaren lijkt het Hof de gelegenheid, of de aandrang, niet meer te hebben om een voorschrift dat in strijd is met het gelijkheidsbeginsel in stand te laten om de Uniewetgever in staat te stellen zich in alle rust over de kwestie te buigen. Het dogma dat het Hof het voorschrift bovendien niet nietig verklaart omdat de bron van de nietigheid niet in het voorschrift zelf staat, maar juist gelegen is in de afwezigheid van tekst, gebruikt hij daarna niet meer.[239] Het lijkt er op dat *Van Landschoot* de opmaat was voor een wat pragmatischer houding van het Hof.

Dat illustreert bijvoorbeeld het relatief recente arrest *Sturgeon*, waarin het zich uitspreekt over een verordening inzake passagiersrechten in de lucht-

235 Vgl. §22-25.

236 Zie o.m. HvJEG 4 december 1986, Zaak 71/85, *Nederlandse Staat t. FNV*, *Jur.* 1986, p. 3855, §21-22; HvJEG 27 juni 1990, C-33/89, *Kowalska t. Hansestadt Hamburg*, *Jur.* 1990, p. I-2591, §19-20; HvJEG 26 januari 1999, C-18/95, *Terhoeve t. Inspecteur Belastingdienst*, *Jur.* 1999, p. I-345, §56-57. Zie hierna voor een uitgebreider overzicht.

237 Jans e.a. 2007, p. 139.

238 Zie de tekst onder het volgende kopje.

239 Ik vond althans niets.

vaart.[240] Het Hof constateert dat het verschil in behandeling dat de verordening aanlegt tussen geannuleerde en langdurig vertraagde vluchten, in strijd is met het gelijkheidsbeginsel. Vervolgens verklaart het de verordening niet nietig, en evenmin verwijst het de kwestie naar de Raad en het Europees Parlement. In plaats daarvan komt het Hof met een eigen oplossing:

> 'dat de artikelen 5, 6 en 7 van verordening nr. 261/2004 aldus moeten worden uitgelegd dat passagiers van vertraagde vluchten voor de toepassing van het recht op schadevergoeding met passagiers van geannuleerde vluchten kunnen worden gelijkgesteld en aldus aanspraak kunnen maken op de in artikel 7 van deze verordening bedoelde compensatie, wanneer zij door een vertraging van de vlucht drie of meer uren tijd verliezen, dat wil zeggen wanneer zij hun eindbestemming drie of meer uren na de door de luchtvaartmaatschappij oorspronkelijk geplande aankomsttijd bereiken'.[241]

In wezen past het Hof hier de rechtspraak die werd ingezet met *Van Landschoot* toe: het markeert eerst welke langdurig vertraagde passagiers in zijn ogen gelijk kunnen worden gesteld met passagiers van geannuleerde vluchten, en kent dan het recht van de bevoordeelde toe aan de benadeelde. Ik zie daar wel enige consistentie met de rechtspraak van het Hof inzake het gelijkheidsbeginsel in het algemeen.[242] Deze rechtspraak komt nu aan de orde.

Remedies bij discriminatoire wetgeving: level-up!

Zowel de analyse in deel I, als – verderop – die in deel III, laat zien dat nationale rechters, zelfs die van overzee, abstineren wanneer de wetgever keuzevrijheid heeft bij het wegnemen van het normconflict. Unaniem kiezen zij daarvoor algemene bewoordingen, los van de toetsing aan een specifiek recht of beginsel. Toch kan men er niet omheen dat de grootste categorie van gevallen gevormd wordt door de toetsing aan het gelijkheidsbeginsel. De wetgever heeft in dergelijke gevallen bij uitstek keuzevrijheid. Als nationale rechters de wetgever een *terme de grâce* willen gunnen in dat soort zaken, dan is – voor zover het om Unierecht gaat – relevant hoe het Hof van Justitie dit soort zaken ziet.

Een belangrijk startpunt betreft de zaak *FNV* uit 1986.[243] In die zaak maakte het Luxemburgse Hof uit dat, zolang een gelijke behandelingsrichtlijn met betrekking tot sociale zekerheid niet was geïmplementeerd, op vrouwen dezelfde regeling van toepassing moest zijn als op mannen. Geen keuzevrijheid dus, maar een toepassing van de gunstiger regeling op een (potentieel) benadeelde groep.[244] Het Hof motiveerde dat standpunt aan de hand van de direc-

240 HvJEG 19 november 2009, C-402/07, *Jur.* 2009, p. I-923 (*Sturgeon*).
241 *Ibid*, r.o. 69.
242 Anders: Mok 2010, die het activisme verwijt en liever had gezien dat de verordening nietig was verklaard.
243 HvJEG 4 december 1986, Zaak 71/85, *Nederlandse Staat t. FNV*, *Jur.* 1986, p. 3855, §21-22.
244 Vgl. ook Kingreen 1999, p. 1992; Frenz 2004, randno. 184; Ehlers 2005, p. 191-192.

te werking van de gelijke behandelingsrichtlijn en de vaststelling dat, totdat aan die richtlijn correcte toepassing zou zijn gegeven, de problematische nationale regeling het enige referentiekader kon zijn. Het trok deze lijn vervolgens in de zaken *Ruzius Wilbrink* en *Kowalska* door naar gevallen van geconstateerde (indirecte) discriminatie.[245] Ging het in alle drie de zaken nog om maatregelen in de sfeer van de sociale zekerheid, Jans e.a. wijzen er op dat uit latere rechtspraak mag worden afgeleid dat het Hof deze benadering ook buiten de sociale zekerheid hanteert.[246] De ratio voor deze 'algemene regel' bij schending van het gelijkheidsbeginsel is volgens hen dat het fenomeen discriminatie als zodanig wordt 'afgestraft' door tijdelijk een betere standaard toe te passen.[247] Als zodanig verzet het Unierecht zich immers niet tegen *levelling down*.

Dat moge op zichzelf bezien zo zijn, maar wellicht heeft bij het Hof ook een meer praktisch en minder ideologisch argument meegespeeld. Buiten het kader van het Unierecht heeft Van Dijk jaren geleden al betoogd dat de wet-

245 HvJEG 13 december 1989, C-102/88, *Ruzius Wilbrink t. Bestuur BvO, Jur.* 1989, p. 4311; HvJEG 27 juni 1990, C-33/89, *Kowalska t. Hansestadt Hamburg, Jur.* 1990, p. I-2591, §19-20. Zie overigens ook HvJEG 15 december 1994, gevoegde zaken C-399/92 (etc.), *Stadt Lengerich t. Helmig, Jur.* 1994, p. I-5727, §13. Een vergelijkbare redenering hanteerde het Hof ook in het kader van overwegingen omtrent richtlijnconforme interpretatie, zie HvJEG 27 oktober 1993, C-338/91, *Steenhorst-Neerings, Jur.* 1993, p. I-5475, §33-34.

246 Jans e.a. 2007, p. 139-140. Zij wijzen in dat kader op de zaken *Beune* en *Schöning-Kougebetopoulou* (C-7/93, *Jur.* 1994, p. I-4471, respectievelijk C-15/96, *Jur.* 1998, p. I-47). Voorts kan worden gewezen op de zaken *Avdel Systems* (C-408/92, *Jur.* 1992 p. I-4435) *Terhoeve* (C-18/95); *Cordero Alonso t. Fogasa* (C-81/05) en *Caballero t. Fogasa* (C-442/00). In beide laatste zaken betrof het richtlijn 80/987/EEG (bescherming tegen insolventie van werkgevers). Zie, wel weer in de sfeer van het sociale zekerheidsrecht overigens recenter: *Coloroll Pension Trustees t. Russell e.a.* (C-200/91) en *Emilienne Jonkman e.a. t. Rijksdienst Pensioenen* (gevoegde zaken C-231-233/06). Recenter op het terrein van het belastingrecht: *Marks & Spencer II* (*Marks & Spencer II* (C-309/06), §63. Een, overigens vrij voor de hand liggende, uitzondering betreft het staatssteunrecht: partijen kunnen zich volgens vaste rechtspraak van het Hof in het kader van een terugvorderingsprocedure niet beroepen op het feit dat in zaken van andere steunontvangers, in strijd met het gelijkheidsbeginsel, niet wordt teruggevorderd (vgl. de zaken *Air liquide Industries België* [C-393/04 en C-41/05, *Jur.* p. I-5293, §43 en 45], en *Transalpine Ölleitung* [C-368/04, *Jur.* p. I-9957, §49 en 50]). Men kan zich echter afvragen of in dergelijke gevallen, strikt genomen, wel van strijd met het gelijkheidsbeginsel moet worden gesproken, in plaats van strijd met het gelijkheidsbeginsel aan te nemen om vervolgens een uitzondering aan te nemen op de regel dat de regel die geldt voor de bevoordeelde groep ook moet worden toegepast op de benadeelde groep. Zie tot slot voor een zaak waarin het Hof de betreffende regel ook op zichzelf (respectievelijk op een discriminatie door de gemeenschapswetgever) toepast: HvJEG 29 juni 1988, 300/86, *Van Landschoot t. Mera, Jur.* 1988, p. 3443, §22-25.

247 Zij lijken daarbij het oog te hebben op de rechtspraak van het Hof dat een symbolische schadevergoeding onvoldoende 'afschrikwekkende werking' heeft, en daarom niet gekwalificeerd kan worden als adequaat rechtsherstel in gevallen van discriminatie door werkgevers van werknemers (vgl. HvJEG 10 april 1984, Zaak 14/83, *Von Colson & Kamann t. Nordrhein Westfalen, Jur.* 1984, p. 1891; HvJEG 10 april 1984, Zaak 79/83, *Harz t. Deutsche Tradax, Jur.* 1984, p. 1921). Het is wel de vraag of dergelijke overwegingen, die de wijze betreffen waarop de nationale autoriteiten om hebben te gaan met horizontale verhoudingen, analoog kan

gever weliswaar verschillende keuzes heeft maar dat een scherp onderscheid dient te worden gemaakt tussen de wetgever en de rechter in de zin dat de rechter zich niet op die keuzevrijheid kan beroepen. Hij heeft immers de mogelijkheid noch de bevoegdheid om derden van bepaalde rechten te ontdoen.[248] Hoewel Martens dit argument als weinig praktisch terzijde schuift, is het niet onmogelijk dat ook het Hof van Justitie van een soortgelijke veronderstelling is uitgegaan.[249] Uiteraard staat het vanuit verdragstechnisch oogpunt bezien de lidstaat vrij de discriminatie *level down* op te heffen, maar een dergelijke maatregel zal van de wetgever moeten komen en in de tussentijd dient de vrije werking van het Unierecht wel verzekerd te zijn. Bovendien, aldus Advocaat-Generaal Kokott, stuit een wijziging ten nadele van de begunstigde groep wanneer deze retroactieve gevolgen heeft veelal op het vertrouwensbeginsel.[250] Een wijziging van, bijvoorbeeld, een belastingregime teneinde een ongelijke behandeling op te heffen kan dus uitsluitend werken ten aanzien van toekomstige belastingaanslagen en kan niet worden beschouwd als een remedie in de aanhangig zijnde procedure. De ongelijke behandeling die de benadeelde partij stelt te ondergaan blijft daarmee bestaan, en daarmee blijft ook de schending van het Unierechtelijke gelijkheidsbeginsel in stand.

Een tweede kwestie betreft de vraag of het Hof zich bewust is van de constitutionele consequenties van deze rechtspraak. Hoewel het Hof daar in de aangehaalde zaken zelf niet op in gaat, en het in de betreffende zaken ook van de zijde van de AG stil blijft, mag worden aangenomen dat het Hof zich van de constitutionele implicaties rekenschap heeft gegeven, maar dat het – wellicht weinig verrassend – voorrang geeft aan de effectieve doorwerking van het Unierecht. Een indicatie daarvoor bieden de zaken *Nimz* en (al eerder aangehaald) *Schöning- Kougebetopoulou*.[251] In beide zaken verwees de nationale rechter uitdrukkelijk naar constitutionele obstakels. Toch beklemtoonde het

worden toegepast in de verhouding tussen de wetgever en burgers. Dat de nationale autoriteiten zorg hebben te dragen voor *incentives* voor werkgevers om hun werknemers gelijk te behandelen, wil nog niet zeggen dat zij ook zorg hebben te dragen voor *incentives* voor de nationale wetgever om gelijke gevallen gelijk te behandelen. Dat gezegd hebbend, is er natuurlijk wel iets te zeggen voor de gedachte dat uit het feit dat ook tegen ongelijke behandelingen door de wetgever een adequate rechtsbescherming moet openstaan, volgt dat remedies beschikbaar zijn die een afschrikwekkende werking hebben, maar daaruit volgt niet zonder meer dat de hierboven besproken rechtspraak over de opheffing van het gelijkheidsbeginsel door die gedachte wordt gemotiveerd.

248 Van Dijk 1988.

249 Vgl. Martens 2000a.

250 Advocaat-Generaal Kokott in haar conclusie van 13 december 2007 onder *Marks & Spencer II* (uitspraak van 10 april 2008, C-309/06). Vgl. ook HvJEG 8 juni 2000, C-396/98, *Schlossstrasse GbR t. Finanzamt Paderborn, Jur.* 2000, p. I-4297 en HvJEG 11 juli 2002, C-62/00, *Marks & Spencer I, Jur.* 2002, p. I-6325, §45-46.

251 HvJEG 7 februari 1991, C-184/89, *Nimz t. Hansestadt Hamburg, Jur.* 1991, p. I-297 en HvJEG 15 januari 1998, C-15/96, *Schönig-Kougebetopoulou, Jur.* 1998, p. I-47.

Hof, in lijn met de *Simmenthal*-jurisprudentie dat dergelijke obstakels niet in de weg kunnen staan aan de effectieve doorwerking van het Unierecht.

7.3.4.3 Resumerend

Ik ben in deze paragraaf nagegaan welke houding het Hof kiest in de eigen rol als constitutionele Unierechter. Dat deed ik aan de hand van een tweedeling in mogelijke gronden voor een *terme de grâce*: de ernstige maatschappelijke gevolgen van een uitspraak en staatsrechtelijke terughoudendheid als er politieke keuzes moeten worden gemaakt. In dat laatste geval is, denk ik, de ruimte voor tijdelijke toepasbaarheid van een, met het Unierecht strijdige, norm zeer klein. Hoewel het Hof in de vroege jaren van zijn bestaan zelf ook weleens een Unierechtelijke norm tijdelijk toepasbaar verklaarde om de bevoegde instanties de tijd te geven een oplossing uit te werken, lijkt het van die lijn afgestapt. Gecombineerd met de strenge lijn die het Hof kiest als het om de toepassing van het gelijkheidsbeginsel in de lidstaten gaat, zie ik daarin een structurele houding: het Hof ziet toepassing van het gelijkheidsbeginsel niet als rechtsvorming, tenminste niet als onaanvaardbare rechtsvorming, maar als uitwerking van het beginsel van effectieve rechtsbescherming. Het *Sturgeon*-arrest laat zien dat het er ook geen problemen mee heeft om zelf hetzelfde te doen als dit van hem gevraagd wordt. In de ogen van het Hof is dat kennelijk normaal gebruik van de bevoegdheden om buiten toepassing te laten en conform te interpreteren.

Anders ligt het met betrekking tot een *terme de grâce* die geïnspireerd is door de ernstige consequenties die het buiten toepassing laten van een norm in de lidstaat kan hebben. De ruimte daarvoor is wat groter, zij het dat het Hof zeer stringente criteria aanlegt. Het moet gaan om 'ernstige verstoringen' van beginselen die ook door de Unierechtelijke rechtsorde worden erkend. De lidstaat heeft een forse bewijslast dat de bedreiging zich ook daadwerkelijk manifesteert, en het mag niet enkel gaan om ernstige consequenties voor de schatkist. Nu ook de grondrechten in het Handvest tot de beginselen van het Unierecht gerekend worden, lijkt het voor de hand te liggen dat een bedreiging van voldoende omvang, van die grondrechten in de lidstaten, een te respecteren reden voor het Hof kan zijn om in de toekomst ruimhartig te zijn bij het nuanceren van de voorrangsregel.

7.4 UITGELEIDE

De toelaatbaarheid van de *terme de grâce* is in Unierechtelijk perspectief van een andere orde dan onder het EVRM. Hoewel beide Europese stelsels een beginsel van effectieve rechtsbescherming kennen – het Unierechtelijke beginsel is zelfs op de artikelen 6 en 13 EVRM geënt – is de Unierechtelijke variant, niet verrassend overigens, aanmerkelijk sterker dan zijn equivalent in het EVRM.

Dat hangt samen met het feit dat het Unierechtelijke beginsel gestut wordt door de voorrang van het recht van de EU. Waar het EHRM noodzakelijkerwijs voorzichtig moet opereren, kan het Hof van Justitie zich inmiddels wel wat veroorloven. Het voorrangsbeginsel omvat in wezen de vrij 'harde' verplichting om 'iets' te doen: buiten toepassing laten, conform interpreteren, of, *if all fails*: schadevergoeding. Maar de wijze waarop het Hof de plicht tot buiten toepassing laten definieert, illustreert dat de boodschap is, dat de nationale rechter er in beginsel gewoon voor te zorgen heeft dat het '*all fails*' nooit klinkt.

Zijn er dan grenzen aan wat het Hof van Justitie van de nationale rechter vraagt? Ik ben op die kwestie ingegaan in het kader van de tijdelijke toepasbaarheid van een, met het Unierecht strijdig, wettelijk voorschrift. Ik concludeerde dat in zo'n geval het *Simmenthal*-mandaat onverkort werkt, maar dat het Hof – hoewel het dat nog niet expliciet heeft uitgesproken – mogelijk bereid is daar temporele uitzonderingen op aan te nemen. Het wordt in zo'n geval mogelijk dat de Nederlandse rechter het Hof prejudicieel vraagt om toestemming de kwestie over te laten aan de wetgever, onder gelijktijdige toepassing van de bestreden voorschriften. De ruimte die het Hof zou bieden is evenwel zeer beperkt. Het, in Nederland gebruikelijke, abstineren vanwege de keuzevrijheid van de wetgever is Unierechtelijk vermoedelijk geen optie. Dat het Hof in de zaak van *Eman & Sevinger* de Afdeling haar gang liet gaan is geen bewijs van het tegendeel: in die zaak was, door de bijzondere context, het buiten toepassing laten van de regeling eenvoudigweg onvoldoende om rechtsherstel te bieden.

Anders ligt het als het buiten toepassing laten van een voorschrift zou leiden tot ernstige verstoringen van, Unierechtelijk erkende, beginselen of grondrechten. In zo'n geval zie ik enige ruimte voor een *terme de grâce* voor de wetgever. De lat ligt dan echter hoog.