

Cover Page



Universiteit Leiden



The handle <http://hdl.handle.net/1887/20178> holds various files of this Leiden University dissertation.

Author: Houdijker, Fenna Marina Johanna den

Title: Afweging van grondrechten in een veellagig rechtssysteem. De toepassing van het proportionaliteitsbeginsel in strikte zin door het EHRM en het HvJ EU

Issue Date: 2012-11-27

9.1 INLEIDING

Dit hoofdstuk bevat de resultaten van de analyse van de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Unie¹ met betrekking tot de toepassing van de idee van afweging in kort gezegd de grondrechtenjurisprudentie van het Hof. De rechtspraak van het HvJ EU is net als de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens bestudeerd met de resultaten van deel I, hoofdstuk drie en vier indachtig. De daar bestudeerde en geanalyseerde theorie inzake de idee van afweging heeft de basis gevormd voor de rechtspraakanalyse waarvan hierna de resultaten worden gepresenteerd. In hoofdstuk vijf is al kort aangegeven hoe de resultaten van de rechtspraakanalyse zullen worden gepresenteerd. Daarbij is verwezen naar dit hoofdstuk negen voor de details, welke dan ook nu zullen worden gegeven.

De bestudeerde zaken vormen het vertrekpunt, maar, net als bij de EVRM-zaken het geval is, worden ook de EU-zaken niet volstrekt chronologisch gepresenteerd. De HvJ EU-zaken passeren in drie aparte paragrafen de revue. Allereerst is sprake van twee groepen zaken die zozeer een eigen karakter hebben dat een aparte bespreking daarvan de presentatie van de resultaten inzichtelijker en zuiverder maakt. In de eerste plaats blijken de zaken op het terrein van het eigendomsrecht een dermate duidelijk waarneembare en eigen evolutie te hebben doorgemaakt, dat het voor de hand ligt deze zaken in een eigen paragraaf te bespreken (paragraaf 9.2). Ook afzonderlijk besproken wordt de toepassing van de idee van afweging in een drietal zaken waarin het communautaire evenredigheidsbeginsel aan de orde is. Het lijkt a-typisch om deze uitspraken überhaupt in dit onderzoek te betrekken, aangezien eerder is aangegeven alleen de idee van afweging in communautaire grondrechtconflicten in dit onderzoek te betrekken.² Het betreft hier echter zaken waarin de toetsing aan het communautaire evenredigheidsbeginsel nauw verbonden is met een eigendomsrechtelijke kwestie. Dit maakt dat het betrekken van deze zaken in onderhavig, op grondrechten gericht, onderzoek zeker op zijn plaats is, zij het dat een afzonderlijke bespreking gerechtvaardigd is (paragraaf 9.3). Na deze twee afzonderlijk te bespreken groepen, volgt de bespreking van de overige geselecteerde Luxemburgse uitspraken, meteen ook de grootste groep uitspraken (paragraaf 9.4).

1 Tot de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen. Bij de bespreking van 'pre-Lissabon-zaken' wordt die laatste naam aangehouden.

2 Zie H2, par. 2.2.2.1.

Binnen de drie clusters afzonderlijk worden de uitspraken wel in chronologische volgorde besproken. Daarbij bespreek ik steeds de feiten van de zaak – uiteraard slechts voor zover nodig voor een goed begrip van de zaak vanuit het perspectief van de idee van afweging. De overwegingen van het Hof van Justitie met betrekking tot de keuzes die het maakt ten aanzien van de toepassing van de idee van afweging worden dan per zaak geanalyseerd. De rol van de conclusies AG is in dit verband dezelfde als die van de *separate opinions* in de analyse van de EVRM-rechtspraak. Zo zijn in de eerste plaats alleen de conclusies die daadwerkelijk afwegingsvraagstukken behandelen in de analyse betrokken. Dit betekent dat conclusies waarin de AG niet toekomt aan een afwegingsvraag, bijvoorbeeld omdat hij eerder al tot de conclusie komt dat het voorliggende geschil een louter interne situatie betreft waarop het Unierecht niet van toepassing is, niet nader zijn bestudeerd. Van de conclusies waarin de AG wel tot de beantwoording van een afwegingsvraag komt, worden die conclusies alleen expliciet in de nu volgende analyse vermeld als zij daaraan iets toevoegen. Dit kan zijn ofwel omdat zij op zichzelf genomen interessante afwegingselementen bevatten, ofwel omdat zij een verhelderende, problematiserende of anderszins illustratieve aanvulling op het bijbehorende en besproken arrest van het Hof vormen. Alle paragrafen worden afgesloten met een resumé waarin de belangrijkste bevindingen op een rij worden gezet en dit hoofdstuk negen wordt afgesloten met een slotbeschouwing (paragraaf 9.5). In de resums, de slotbeschouwing en daarnaast natuurlijk ook in deel III van dit onderzoek vindt zo de analyse op zaakoverstijgend niveau plaats.

Anders dan bij de EVRM-zaken het geval was, worden de Luxemburgse zaken dus niet onderverdeeld en gepresenteerd naar type afweging. De reden hiervoor is dat uit de analyse is gebleken dat de Luxemburgse jurisprudentie zo weinig afwegingselementen bevat dat het simpelweg niet mogelijk is gebleken de zaken in die zin in te delen bij de presentatie van de uitkomsten van die analyse. Ook anders dan bij de EVRM-zaken is de aanwezigheid van een slotbeschouwing. Die acht ik ten aanzien van de Luxemburgse jurisprudentie nodig om toch voldoende overzicht te bieden voor wat betreft de toepassing van de idee van afweging in die jurisprudentie. Dat de zaken niet zoveel afwegingselementen bevatten dat indeling daarnaar mogelijk is, wil immers nog niet zeggen dat er geen rode draden zijn te ontwaren. Juist doordat de zaken binnen de clusters chronologisch en daarmee één voor één gepresenteerd worden, bestaat het gevaar die rode draden uit het oog te verliezen. Om dat te voorkomen dient de afsluitende paragraaf van dit hoofdstuk.

In die afsluitende paragraaf zal ook aandacht worden besteed aan een bijzonderheid van de Luxemburgse afwegingsjurisprudentie, namelijk dat deze in veel gevallen het licht ziet in de prejudiciële procedure. Zoals in hoofdstuk acht uiteengezet dwingt deze procedure het Hof van Justitie in beginsel om afstand te nemen van het concrete geval. De taakopvatting van het Hof van Justitie oefent hiermee heel direct invloed uit op de rol van de idee van afweging in de Luxemburgse jurisprudentie. Het is hierbij niet

onaannemelijk dat, juist doordat het Hof van Justitie meer afstand neemt (of moet nemen) tot het concrete geval, het als vanzelf een wat meer algemene blik op de zaak werpt en bij de formulering van de proportionaliteitsaanwijzingen oog houdt voor de precedentwerking van de uitleg. Vanuit de taakverdeling tussen het Hof en de nationale rechters geredeneerd is het voorts logisch dat het Hof de nationale rechter meer ruimte of een grotere rol/verantwoordelijkheid toebedeelt. Zeker nu onderhavig onderzoek zich mede richt op de invloed van meerlagigheid op de toepassing van de idee van afweging, is het interessant om te bezien hoe dit precies vorm krijgt in de aanwijzingen met betrekking tot de idee van afweging, zie daarover paragraaf 9.5.1. Tot slot is het van belang om het fenomeen van de prejudiciële procedure in de slotbeschouwing aandacht te geven, nu het een procestechnische oorzaak of verklaring vormt voor de andere aard van de Luxemburgse grondrechtenjurisprudentie in vergelijking met de Straatsburgse. Hoewel een onderlinge vergelijking van de twee discoursen geen doel van dit onderzoek is, is het goed een tweede verschil tussen de Luxemburgse en Straatsburgse grondrechtenjurisprudentie hier nog eens onder de aandacht te brengen. Niet in de laatste plaats, omdat de in dit verband te benoemen bijzonderheid van de Luxemburgse jurisprudentie met name na een uitgebreide analyse van de typisch grondrechtelijke jurisprudentie van het EHRM in hoofdstuk zeven om een belangrijke paradigmaverandering vraagt. Het is van belang om in gedachte te houden dat zeker tot het moment van de inwerkingtreding van het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie (EU-handvest) de grondrechtenjurisprudentie van het Hof van Justitie eerder een bijproduct van rechtsprekende activiteiten met betrekking tot de vier fundamentele vrijheden is, dan dat zij een doel op zich is. Dit kan zich in met name de wat oudere jurisprudentie uiten in minder uitgebreide overwegingen van het Hof van Justitie met betrekking tot de grondrechtelijke vraag dan men – zeker met de EHRM-jurisprudentie in het achterhoofd – wellicht zou verwachten (zie hierover verder het voorgaande hoofdstuk acht).

9.2 DE TOEPASSING VAN DE IDEE VAN AFWEGING IN DE JURISPRUDENTIE VAN HET HvJ EU INZAKE HET EIGENDOMSRECHT

In de eerste eigendomsrechtelijke uitspraak waarover het Hof zich ooit heeft uitgesproken komt het uiteindelijk niet tot een toepassing van de idee van afweging. De reden dat de uitspraak toch wordt besproken, is omdat hij laat zien hoe het Hof van Justitie het eigendomsrecht *in abstracto* waardeert, een waardering die in latere uitspraken regelmatig terugkeert. In de betreffende zaak, Nold t. Commissie van de Europese Gemeenschappen (1974),³ verzoekt de groothandel in kolen en bouwstoffen Nold om de vernietiging van een

3 HvJ EG 14 mei 1974, zaak 4/73, J. Nold, Kohlen- und Baustoffgrosshandlung t. Commissie van de E.G., *Jur.* 1974-4, p. 491.

beschikking van de Commissie waarin deze een verkoopregeling van de Ruhrkohle AG goedkeurt. De regeling behelst onder meer nieuwe verkoopvoorwaarden in de zin van een minimumafname. Nold kan hieraan niet voldoen, met als gevolg dat het bedrijf zijn producten niet langer rechtstreeks bij de producent, Ruhrkohle, kan afnemen. De Commissie erkent de nadelige gevolgen van de door haar goedgekeurde verkoopregeling voor bedrijven als Nold, maar stelt dat deze gerechtvaardigd kan worden door zowel de technische condities van de exploitatie van kolenmijnen, als – en in het bijzonder – de economische moeilijkheden in de kolensector (waarbij de verplichting tot een flinke minimumafname Ruhrkohle de zekerheid biedt van een behoorlijk verkoopvolume). Nold stelt onder meer dat sprake is van schending van een “met het eigendomsrecht gelijk te stellen recht” (r.o. 12). In de zaak komt het evenwel niet tot een afweging van het eigendomsrecht en de met de regeling gediende belangen. Omdat Nold volgens het Hof van Justitie last heeft van nadelen die het gevolg zijn van een economische ontwikkeling en niet van de beschikking en de daarin goedgekeurde verkoopregeling, vangt Nold bot.

Het Hof van Justitie rept zelf met geen woord over belangen of gewichten.⁴

4 Ook AG Trabucchi rept hier met geen woord over in zijn conclusie van 28 maart 1974. Uit zijn conclusie spreekt wel ook duidelijk de gedachte dat het eigendomsrecht bij uitstek een recht is dat zijn grenzen kent: “it is a right recognized by all the Constitutions of the countries of the free world but one which is everywhere subject to continual change in accordance with the requirements of economic and social progress to which law must conform.” *Jur.* 1974, p. 515. Dezelfde conclusie laat overigens zien hoe in de oudere eigendomsrechtelijke zaken veel aandacht uitgaat naar het systeem van en grenzen aan de grondrechtenbescherming binnen de Europese Gemeenschap en de rol van het Hof van Justitie daarbij en naar de vraag hoever grondrechtenbescherming kan reiken (in ieder geval niet zover dat “it would mean completely denying the Community executive any power to authorize terms of business”) en de vraag waaruit de communautaire grondrechten voortvloeien (“ancient laws (...), codes of the nineteenth century (...) more formally proclaimed in modern Constitutions (...):” *Jur.* 1974, p. 514. Weinig aandacht gaat uit naar meer specifieke ‘technicalities’ als de belangenafweging, maar dat is niet geheel onbegrijpelijk wanneer men nog zoekende is naar hoe grondrechten precies te beschermen in het communautaire systeem. In de conclusie in Nold noemt AG Trabucchi ‘proportionaliteit’ met name als een onderdeel van een “concept of law which governs and forms the framework for the whole Community system and from which that system, even in its application to individual cases, may never deviate” (*Jur.* 1974, p. 513-514). Het belang van proportionaliteit wordt dus geenszins ontkend. Het lijkt er echter op of men al veel verwacht van het noemen van het beginsel als zodanig. Alsof het feit dat het genoemd wordt reeds een verworvenheid op zich is. Men vergelijk de conclusie van AG Capotorti in de zaak Hauer (8 november 1979, zaak 44/79, *Jur.* 1979-III, p. 3758) en van AG Jacobs in de zaak Wachauf (daar besteedt de AG aandacht aan de verhouding van Gemeenschapsrecht en nationaal recht bij de bescherming van fundamentele rechten en belangen en de ruimte die daarbij aan de nationale rechter toekomt om tot een oordeel te komen of deze rechten en belangen in voldoende mate zijn beschermd, zie conclusie van 27 april 1989 in zaak 5/88, *Jur.* 1989-II, p. 2622, m.n. par. 21-30). Zie ook de conclusie van AG Glumann in de zaak Bostock waarin uitgebreid aandacht is voor de jurisprudentie van het HvJ EG inzake de gevolgen van grondrechtenbescherming op communautair niveau voor het nationale niveau, zie conclusie van 20 april 1993 in zaak C-2/92, *Jur.* 1994-I, p. 958. Ik veroorloof me deze lange voetnoot, zodat duidelijk is waarom hierna relatief weinig verwezen wordt naar de conclusies AG; deze voegen simpelweg niets toe.

Het geeft met zijn uitspraak vooral inzicht in de bijzondere positie van het eigendomsrecht binnen het Gemeenschapsrecht. Dat recht en overigens ook “de vrijheid van handel, arbeid en andere professionele werkzaamheden” (zie r.o. 14, eerste alinea) zijn zeker geen “absolute prerogatieven” (idem). Sterker nog, het Hof van Justitie stelt dat “zulke rechten (...) normaliter slechts onder voorbehoud van in het openbaar belang voorziene beperkingen worden gewaarborgd” (r.o. 14, tweede alinea). Het beschermen van “doelstellingen van algemeen belang welke de gemeenschap nastreeft” is met andere woorden het uitgangspunt. De bescherming van het recht op eigendom is de uitzondering en het algemene Gemeenschapsbelang dient alleen te worden beperkt wanneer afbreuk wordt gedaan aan het “wezen” van het eigendomsrecht (r.o. 14, derde alinea). Het Hof van Justitie geeft verder geen uitleg, maar de conclusie lijkt gerechtvaardigd dat het eigendomsrecht wanneer het gaat om de gewichtstoekenning bij voorbaat op een achterstand staat.

Het eigendomsrecht wordt op eenzelfde manier benaderd in de zaak Hauer (1979).⁵ Liselotte Hauer wil wijnstokken aanplanten en verzoekt in juni 1976 het bestuur van het Land Rheinland-Pfalz om een aanplantvergunning. Deze wordt haar geweigerd, in eerste instantie omdat het perceel, gelet op de relevante Duitse wetgeving, geen geschikte wijnbouwgrond zou zijn. Op dit besluit komt het bestuur in de rechterlijke procedure terug, maar dan heeft de Raad van Ministers reeds een verordening vastgesteld op basis waarvan elke aanplant voor een periode van drie jaar wordt verboden. Zodoende wordt de aanplantvergunning ook in tweede instantie geweigerd. De Duitse rechter vraagt zich, onder meer, af of de verordening in kwestie wel van toepassing is op een aanvraag die lang voor de inwerkingtreding van de verordening is ingediend en stelt hierover een prejudiciële vraag aan het Hof van Justitie.⁶

Interessanter voor het onderhavige onderzoek is de opmerking van de Duitse rechter dat het algemene aanplantverbod “als mogelijkerwijs in de Bondsrepubliek Duitsland niet toepasselijk zou moeten worden beschouwd, zulks omdat er twijfel zou zijn gerezen aan haar verenigbaarheid met de grondrechten, (...), onderscheidenlijk het eigendomsrecht en de vrije beroepsuitoefening betreffende” (r.o. 13). Het Hof van Justitie haast zich om – onder verwijzing naar de bekende zaken Internationale Handelsgesellschaft⁷ en

5 HvJ EG 13 december 1979, zaak 44/79, Liselotte Hauer t. Land Rheinland-Pfalz (verzoek om een prejudiciële beslissing van het Verwaltungsgericht Neustadt (Duitsland)), *Jur.* 1979-III, p. 3727.

6 De tweede prejudiciële vraag betrof de materiële draagwijdte van de verordening. De vraag was of het aanplantverbod ook gold voor percelen die op grond van de nationale wetgeving als voor de wijnbouw geschikt zijn bevonden. Beide prejudiciële vragen werden op basis van een tekstuele interpretatie van de verordening bevestigend beantwoord.

7 HvJ EG 17 december 1970, zaak 11/70, *Jur.* 1970, p. 1125 niet in dit onderzoek betrokken, maar van groot belang voor de ontwikkeling van de communautaire grondrechtenjurisprudentie als zodanig.

Nold – te benadrukken dat handelingen van Gemeenschapsinstellingen alleen aan een gemeenschapsrechtelijke toets zijn onderworpen. Nu ook binnen het Gemeenschapsrecht het eigendomsrecht en het recht op de vrije beroepsuitoefening zijn erkend, gaat het HvJ EG over tot een onderzoek naar de verenigbaarheid van de verordening met die rechten. Het Hof van Justitie citeert het Straatsburgse artikel 1 Eerste Protocol (EP) en stelt vast dat sprake is van de regulering van eigendom. Het concludeert ook dat artikel 1 EP alleen niet genoeg is om de vraag van de Duitse rechter in zijn geheel te kunnen beantwoorden (r.o. 18 en 19). Daarvoor is een onderzoek nodig naar de invulling van het eigendomsrecht op nationaal niveau, oftewel naar de gegevens daaromtrent “in de constitutionele regelen en praktijken der negen lid-staten besloten liggende.” Zonder een oordeel te vellen over de interpretatiemethoden van het Hof van Justitie terzake kan worden geconcludeerd dat het Hof in lijn met de zaak Nold de sociale functie van het eigendomsrecht, dat wil zeggen de mogelijkheid om het eigendomsrecht te beperken met het oog op het algemeen belang, voorop stelt. Het Hof van Justitie benadrukt namelijk de mogelijkheden tot regulering van het eigendomsrecht in de diverse constituties, hoezeer de sociale functie van het recht daarin tot uiting komt en hoe het recht ondergeschikt is gemaakt aan eisen van het algemeen welzijn (r.o. 20 en 21). Tegen het aanplantverbod kan dan in beginsel ook geen bezwaar worden gemaakt (r.o. 22).

Net als in de zaak Nold stelt het Hof van Justitie in de zaak Hauer evenwel een grens aan de beperkingsmogelijkheden van het eigendomsrecht. Dit recht mag niet in de kern (“wezenlijk”) worden aangetast. In tegenstelling tot de zaak Nold legt het Hof van Justitie in de zaak Hauer uit wat dat betekent. De toets die het Hof zegt te zullen aanleggen om te onderzoeken of hiervan sprake is, bestaat uit de beantwoording van de vraag of de beperkingen in de verordening beantwoorden aan gemeenschapsrechtelijke doeleinden van algemeen belang en de beantwoording van de vraag of de beperkingen “in redelijke verhouding staan tot het in casu door de gemeenschap nagestreefde doel” (r.o. 23). Hiermee is in de eerste plaats duidelijk dat het Hof de betrokken rechten en belangen in kaart zal brengen. Het eigendomsrecht van Liselotte Hauer is reeds genoemd, zij het dat het in de uitspraak om het eigendomsrecht als zodanig lijkt te gaan en om de invloed van het aanplantverbod in de verordening op het eigendomsrecht in het algemeen. Nergens wordt in ieder geval concreet invulling gegeven aan het eigendomsrecht van Liselotte Hauer. Het tegenover het eigendomsrecht staande gemeenschapsrechtelijke belang is blijkens r.o. 25 gelegen in het nastreven van een tweeledige doelstelling: het “vestigen van een duurzaam evenwicht op de wijnmarkt op een voor de producenten lonend en voor de verbruikers redelijk niveau” en het “bereiken van een verbetering van de kwaliteit der in de handel gebrachte wijnen.” Het Hof voegt daar nog aan toe dat de maatregelen in de verordening van tijdelijke aard zijn en bedoeld als overbrugging totdat er definitieve structurele maatregelen zijn getroffen op communautair niveau (r.o. 27 en 28). Wat dan volgt is echter geen afweging, maar een constatering. De tweeledige (kwantitatieve en kwalitatieve) doelstelling is van

dien aard dat deze “aan de uitoefening van het eigendomsrecht geen enkele ongeoorloofde beperking” stelt (r.o. 29). De toelichting die het Hof geeft bestaat uit de overweging dat zonder het tijdelijke aanplantverbod de situatie economisch gezien door de toename van de overschotten zou verslechteren. Daarnaast zou zonder de verordening, maar met allerhande mogelijk ruimhartiger nationale maatstaven, het komen tot een structuurbeleid op communautair niveau bemoeilijkt kunnen worden. Op basis van deze twee overwegingen is de tweeledige slotsom voor het Hof van Justitie dat het aanplantverbod zijn “rechtvaardiging vindt in de door de gemeenschap nagestreefde doeleinden van algemeen belang” én dat het verbod “het eigendomsrecht (...) niet wezenlijk aantast.”

Hier blijft wel wat te gissen over. Het kan zijn dat het Hof van Justitie bedoelt dat helemaal geen sprake is van een inbreuk op het eigendomsrecht. De eerdere constatering dat het geen twijfel lijdt dat het aanplantverbod het gebruik van het eigendom beperkt (zie r.o. 19), spreekt dit echter tegen. Blijkbaar is het Hof toch echt van oordeel dat geen sprake is van een aantasting in de kern van het eigendomsrecht. Het komt mijns inziens tot deze conclusie zonder de eigen aangekondigde toets aan te leggen. Het Hof van Justitie doet in feite niets meer dan het als ‘heel belangrijk’ aanmerken van het verwezenlijken van de door de Gemeenschap nagestreefde kwantitatieve en kwalitatieve doelstelling. De tijdelijkheid van het aanplantverbod en vooral het voorbereidende karakter van de maatregel worden als argumenten gebruikt voor de stelling dat van een doorkruising van het verbod geen sprake kan zijn. De koppeling naar het eigendomsrecht wordt nergens expliciet gemaakt. Niet duidelijk wordt waarom deze tijdelijke, voorbereidende en daarmee belangrijke maatregel het eigendomsrecht niet in de kern aantast. Wat eigenlijk in de zaak Hauer gebeurt, is dat onder de noemer van een evenredigheidstoets in feite een doel-middel toets plaats vindt. De beperking, het aanplantverbod, is een in de ogen van het Hof van Justitie een passend en vooral noodzakelijk middel om de doelstelling van een economisch gezonde wijnsector te verwezenlijken.

Men kan zich nog afvragen of er niet toch een element van een evenredigheidstoets in enge zin in de zaak schuilgaat. Het Hof zou kunnen bedoelen aan te geven dat de belangen aantasting door de tijdelijkheid en het voorbereidende karakter van de maatregel in feite niet zo ernstig is. In dat geval zou sprake kunnen zijn van toepassing van de methode-Alexy.⁸ Dit ligt echter niet voor de hand. Het HvJ EG overweegt in r.o. 28 dat sprake is van een conjuncturele overschotsituatie die het hoofd moet worden geboden en voegt daar in r.o. 29 aan toe dat het doorbreken van de tijdelijke maatregel een structuurbeleid op communautaire schaal zal bemoeilijken, zeker indien

8 Waarin de ernst van de inbreuk op het ene recht of belang wordt afgezet tegen het belang dat wordt gediend bij het verwezenlijken van een ander recht of belang (en met het oog waarop de inperking op het eerstgenoemde recht of belang plaatsvindt), zie H4, par. 4.4.2.3 iii).

dat beleid strenger uitvalt dan de nu geldende nationale regelgeving. Een permanente variant van de nu tijdelijke maatregel lijkt niet uitgesloten. Ook in dat geval is het de noodzaak tot ingrijpen die getoetst wordt en zwaarwegender wordt bevonden.

Met een belangenafweging heeft het voorgaande weinig van doen en dit zien we ook terug in de marginale of 'non-rol' die is weggelegd voor het eigendomsrecht van Liselotte Hauer. Er werd reeds opgemerkt dat het Hof, na de selectie van de relevante rechten en belangen,⁹ het eigendomsrecht alleen in zijn algemeenheid in aanmerking neemt. Ook in het kader van de toetsing van de evenredigheid in enge zin van de inbreuk op het eigendomsrecht is nergens sprake van een concretisering naar het eigendomsrecht van Liselotte Hauer. Hierdoor wordt niet duidelijk of er geen sprake is van bijzondere omstandigheden die in het concrete geval aanleiding geven voor de conclusie dat het eigendomsrecht hier wel in de kern wordt aangetast, of dat het Hof van Justitie een dergelijke toets niet/nooit wenst aan te leggen. Zoals nog zal blijken, keert deze vraag in latere jurisprudentie nog terug.

In de zaak Wachauf (1989)¹⁰ wordt een pachter geconfronteerd met de afwijzing van zijn verzoek om een vergoeding wegens het definitief beëindigen van de melkproductie. De pachter Wachauf had op basis van de relevante communautaire verordening alleen recht op een dergelijke vergoeding indien de verpachter van zijn bedrijf schriftelijk toestemming gaf voor het beëindigen van de melkproductie. De verpachter trok zijn eerder gegeven toestemming op een zeker moment echter in en Wachauf liep niet alleen zijn vergoeding mis, maar moest ook de hem toegewezen referentiehoeveelheid aan de verpachter overdragen (op melkproductie buiten de referentiehoeveelheid volgt een heffing). Wachauf komt in rechte op tegen de afwijzing van de vergoeding en de Duitse rechter stelt vragen om te bezien of de toestemming van de verpachter echt nodig was (wat afhing van de interpretatie van het begrip bedrijf) en of Wachauf nu ook zijn referentiehoeveelheid aan de verpachter diende over te dragen. Het betreft een ingewikkelde feitelijke materie die verder buiten beschouwing kan blijven. De overwegingen van het Hof van Justitie ten aanzien van de voor dit onderzoek relevante onderdelen van het arrest sluiten nauw aan bij die in de zojuist besproken zaak Hauer. Ook in de zaak Wachauf wordt de niet-absolute gelding van fundamentele rechten benadrukt. Bijzonder is dat het Hof hier nu aan toevoegt dat het eigendomsrecht en de vrijheid van beroepsuitoefening *met name in het kader van een gemeenschappelijke marktordening* beperkt kunnen worden. Hieruit wordt de bijzonderheid van de benadering van het Hof van Justitie duidelijk. Bijzonder in de zin dat het Hof uitgaat van de beperking en niet van

9 Strikt genomen: na de selectie van het eigendomsrecht in r.o. 13 e.v. en voor de introductie van het specifiek in dit geval aan de orde zijnde Gemeenschapsbelang in r.o. 24 e.v.

10 HvJ EG 13 juli 1989, zaak 5/88, Hubert Wachauf t. Bundesamt für Ernährung und Forstwirtschaft (verzoek om een prejudiciële beslissing van het Verwaltungsgericht Frankfurt am Main (Duitsland)) *Jur.* 1989, p. 2609.

de waarborging van een recht. Wel geldt ook in Wachauf dat beperkingen moeten "beantwoorden aan de doeleinden van algemeen belang die de gemeenschap nastreeft, en, (...), niet zijn te beschouwen als een onevenredige en onduidelbare ingreep, waardoor de gewaarborgde rechten in hun kern worden aangetast" (r.o. 18). Het Hof concludeert hierna zonder nadere toelichting dat een regeling waarbij een pachter zonder schadeloosstelling van de resultaten van zijn inspanningen en investeringen wordt "berooft" niet verenigbaar is met de "bescherming van de fundamentele rechten in de communautaire rechtsorde" (r.o. 19). Wat volgt is een betoog over de mogelijkheden tot een zodanige interpretatie van de regeling op nationaal niveau dat de toepassing daarvan geen inbreuk maakt op die fundamentele rechten. De algemeen en abstracte benadering van het Hof van Justitie is niet verrassend. Opvallend is wel dat de constateerde strijdigheid tussen een bepaalde interpretatie van een verordening en het eigendomsrecht volgens het Hof op nationaal niveau moet worden weggenomen en vooral dat het Hof daarbij toch een aantal meer concrete aanwijzingen meegeeft, zie r.o. 21 en 22:

"21 Dat sluit evenwel niet uit dat de vertrekkende pachter een op basis van de gehele referentiehoeveelheid of een gedeelte daarvan berekende vergoeding kan ontvangen, wanneer de omvang van zijn bijdrage in de opbouw van de melkproductie van het bedrijf zulks rechtvaardigt. In dat geval dient de hoeveelheid op basis waarvan de vergoeding is berekend, te worden beschouwd als een vrijgekomen hoeveelheid, die dus niet ter beschikking mag worden gesteld van de verpachter die het bedrijf weer terugneemt.

22 Zo gezien is de beoordelingsvrijheid die de onderhavige gemeenschapsregeling aan de bevoegde nationale autoriteiten heeft gelaten, zodanig ruim dat zij deze regeling in overeenstemming met de uit de bescherming van de fundamentele rechten voortvloeiende eisen kunnen toepassen, hetzij door de pachter zijn referentiehoeveelheid geheel of gedeeltelijk te laten behouden wanneer hij de melkproductie wil voortzetten, hetzij door hem een vergoeding toe te kennen, wanneer hij zich verbindt deze productie definitief te staken."

Waar de zaak Wachauf niet heel veel nieuws biedt als het gaat om (afwegingen in het kader van) het eigendomsrecht, maakt de zaak daardoor wel duidelijk dat het Hof van Justitie de communautaire bescherming van fundamentele rechten en belangen een gedeelde verantwoordelijkheid acht. Ook de nationale autoriteiten moeten hun steentje bijdragen, in dit geval door op een bepaalde wijze invulling te geven aan de hen toekomende beoordelingsvrijheid.

De zaak Bostock (1994)¹¹ lijkt in eerste instantie verder te gaan waar de zaak Wachauf (1989)¹² ophield. Net als Hubert Wachauf is Dennis Clifford Bostock een pachter die de pachtovereenkomst opzegt en geen enkele vergoeding ontvangt voor alle investeringen die hij zich in het verleden heeft

11 HvJ EG (GK) 24 maart 1994, zaak C-2/92, *The Queen t. Ministry of Agriculture, Fisheries and Food, ex parte Dennis Clifford Bostock* (verzoek om een prejudiciële beslissing van het High Court of Justice, Queen's Bench Division (VK)), *Jur.* 1994-I, p. 955.

12 *Supra* noot 10.

getroost (het betreft onder meer investeringen ter verkrijging van melkquota die nu allemaal aan de verpachter toekomen). Anders dan in de zaak Wachauf kan het Hof van Justitie het conflict tussen het Gemeenschapsrecht en het fundamentele recht op eigendom niet wegnemen door de nationale autoriteiten een 'fundamentele rechten-conforme' uitleg van de verordening op te dragen. De hiervoor noodzakelijke beoordelingsruimte ontbreekt in de verordening uit de zaak Bostock. Het Hof van Justitie moet daarom de vraag beantwoorden of de pachter aan het Gemeenschapsrecht een recht op schadevergoeding kan ontleen,¹³ ook nu de Britse autoriteiten in het geheel geen regeling voor vergoedingen in het nationale recht hebben gecreëerd (althans niet op het moment dat voor Bostock relevant was (zie r.o. 5 en 15)). Tot een afweging van de handeling of beter gezegd het nalaten van de Britse regering en het recht op eigendom komt het daarbij niet. Het Hof van Justitie kiest voor een interpretatie van het eigendomsrecht die eraan in de weg staat de verpachter een verplichting op te leggen om de pachter schadeloos te stellen. Het eigendomsrecht omvat namelijk niet het recht om een door het Gemeenschap toegekend voordeel (zoals een toegekende referentiehoeveelheid) te verhandelen (r.o. 19 en 20). Doorslaggevend hierbij is dat het een voordeel betreft dat niet uit het eigendom of de beroepsactiviteit van de betrokkene zelf voortvloeit. Waar de nationale rechter uitdrukkelijk vraagt te worden ingelicht over de "betekenis en draadwijdte" (r.o. 12) van het arrest Wachauf, lijkt het HvJ EG (impliciet) van mening dat beide zaken onvergelijkbaar zijn. Immers, anders dan Bostock, had Wachauf wel recht op vergoeding van zijn schade, zij het dat de nationale route hiervoor de aangewezen weg was. Opvallend daarbij is dat de onderliggende verordeningen in beide zaken nagenoeg gelijk zijn. Ten tijde van de zaak Bostock zijn de in de zaak Wachauf betrokken verordeningen uitgebreid met/aangepast door nieuwere verordeningen, maar de materie lijkt dezelfde. Dit roept de vraag op of Wachauf met terugwerkende kracht niet erg veel geluk heeft gehad met de beoordelingsvrijheid in de toen geldende verordening. Vanuit het perspectief van onderhavig onderzoek is het vooral interessant om te zien dat het HvJ EG – mijns inziens althans – veel werk maakt van het beperken van de invloed van het eigendomsrecht op het communautaire landbouwbeleid. In die zin is de bestudering van de hiernavolgende zaak Bosphorus (1996)¹⁴ wellicht extra interessant, omdat deze de eerste niet-landbouwzaak na de zaak Nold (1974) betreft.

13 Het Hof stelt dat deze vraag niet aan de orde was in de zaak Wachauf, maar dat is alleen maar zo, omdat in de zaak Wachauf het probleem van mogelijke strijd tussen de verordening en het eigendomsrecht wordt opgelost door te wijzen op de mogelijkheden van de nationale autoriteiten op basis van de hen toekomende beoordelingsvrijheid. Indien die mogelijkheid er niet geweest was, had het HvJ EG precies dezelfde vraag moeten beantwoorden.

14 HvJ EG (GK) 30 juli 1996, zaak C-84/95, Bosphorus Hava Yollari Turizm ve Ticaret AS t. Minister for Transport, Energy and Communications e.a. (verzoek om een prejudiciële beslissing van het Supreme Court (Ierland)), *Jur.* 1996-I, p. 3953.

In het voorjaar van 1992 sluit de Turkse luchtvaartmaatschappij Bosphorus Airways een leaseovereenkomst met de Joegoslavische nationale luchtvaartmaatschappij *JAT* voor het leasen van twee vliegtuigen. In dezelfde periode vaardigen de Verenigde Naties resoluties uit met sancties tegen de dan nog Federatieve Republiek Joegoslavië, vanwege de oorlog die in het land woedt. Op Europees niveau wordt aan de resoluties en daarin neergelegde sancties uitvoering gegeven in verordening 990/93. Op basis van deze verordening heeft de Ierse minister voor Transport een voor Bosphorus Airways onaangename verrassing in petto. Wanneer één van de geleasede vliegtuigen in Dublin op het punt staat het luchtruim te kiezen, laat de minister het toestel aan de ketting leggen. De minister stelt hiertoe bevoegd te zijn op basis van artikel 8 van de betrokken Gemeenschapsverordening. Hierin staat dat lidstaten verplicht zijn om tot inbeslagname over te gaan van luchtvaartuigen die eigendom zijn van, of waarover controle wordt uitgeoefend door Joegoslavische of vanuit Joegoslavië opererende personen of bedrijven. Bosphorus komt tegen de inbeslagname in het geweer. Het Ierse Supreme Court stelt uiteindelijk prejudiciële vragen aan het HvJ EG, omdat het zich afvraagt of de leaseovereenkomst niet aan de inbeslagname in de weg staat (r.o. 6). Meer specifiek vraagt het zich af of artikel 8 van de verordening ook van toepassing is op een luchtvaartuig dat is geleased aan een onderneming die niet gevestigd is in of opereert vanuit de Federatieve Republiek Joegoslavië (Servië of Montenegro).¹⁵ Het Hof van Justitie bepaalt echter dat alleen de eigendomsvraag relevant is bij de toepassing van de verordening. Zolang de vliegtuigen eigendom zijn van kortweg een met Joegoslavië verbonden persoon of onderneming, zijn lidstaten verplicht tot inbeslagname ervan. Dat een vliegtuig door een in het geheel niet aan Joegoslavië verbonden onderneming als Bosphorus Airways wordt geëxploiteerd en beheerd doet niets af aan deze verplichting.

Voor onderhavig onderzoek is vooral het tweede deel van het arrest interessant. Hierin werpt Bosphorus op dat de hiervoor weergegeven uitleg van artikel 8 van de verordening een inbreuk maakt op haar fundamentele recht op eigendom en op de "vrije uitoefening van een commerciële activiteit." (r.o. 19) en het evenredigheidsbeginsel (r.o. 20). Ten aanzien van dat laatste voert Bosphorus aan dat *JAT* al wordt gestraft door het feit dat Bosphorus de huursommen op een geblokkeerde rekening stort. Dit maakt de inbeslagname een kennelijk overbodige en onevenredige sanctie jegens een volledig onschuldige partij (r.o. 20). Het HvJ EG reageert hierop met de stelling dat de rechten waarop Bosphorus zich beroept geen absolute gelding hebben en aan beperkingen kunnen worden onderworpen met het oog op algemene Gemeenschapsbelangen (r.o. 21). Deze benadering is bekend van de zaken

15 "en waarvoor het meerderheidsbelang niet berust bij of waarover de controlemacht niet wordt uitgeoefend door een persoon of onderneming in of die opereert vanuit die republiek": r.o. 7.

Hauer en Wachauf.¹⁶ In die zaken ging de positionering van het eigendomsrecht gepaard met de formulering van een kernrechtbenadering. In de zaak Bosphorus ontbreekt deze. Nadat het HvJ EG het niet-absolute karakter van het recht voorop heeft gesteld, wijst het erop dat elke sanctiemaatregel “per definitie” gevolgen heeft voor het eigendomsrecht en het recht op de vrije beroepsuitoefening en daarmee schade berokkent aan “partijen die op geen enkele wijze verantwoordelijk zijn voor de situatie naar aanleiding waarvan de sancties zijn opgesteld” (r.o. 22). De door de verordening nagestreefde doeleinden – het beëindigen van de vijandelijkheden van de Federatieve Republiek jegens de Republiek Bosnië-Herzegovina – rechtvaardigen bovendien “zelfs aanzienlijke negatieve gevolgen voor bepaalde marktdeelnemers” (r.o. 23). Nu het doel “van zo fundamenteel belang is voor de internationale gemeenschap” kan de inbeslagname van het vliegtuig niet als een ongeschikte of onevenredige maatregel worden beschouwd (r.o. 26).

Het Hof bekijkt de inbreuk op ‘het’ eigendomsrecht en zoomt niet in op het eigendomsrecht van Bosphorus. In de eerste plaats is de zaak Bosphorus daarmee een goed voorbeeld van een zaak waarin gekozen wordt voor een algemene en abstracte definiëring van het betrokken fundamentele recht. De onder het algemene recht op eigendom te scharen concrete, financiële, belangen van Bosphorus spelen geen rol in het geschil. Bosphorus voert aan dat de door het HvJ EG gekozen uitleg van artikel 8 Vo. 990/93 haar bedrijf volledig te gronde richt (r.o. 19). Het HvJ EG stelt slechts in zijn algemeenheid dat een inbreuk op het eigendomsrecht en het recht op vrije beroepsuitoefening gerechtvaardigd is gelet op de zwaarwegendheid van de belangen die met de inbreuk gediend zijn. Interessant is de reeds genoemde opmerking van het HvJ EG over het karakter van sanctiemaatregelen, namelijk dat deze altijd schade berokkenen aan onschuldige partijen. Deze passage lijkt te suggereren dat het komen tot een oplossing voor dit misschien onrechtvaardig neveneffect van sanctiemaatregelen volgens het HvJ EG niet tot zijn taak behoort. Het bestaan van de sanctieregeling is voor het HvJ EG als rechter-

16 Vgl. verder HvJ EG 5 oktober 1994, zaak C-280/93, Duitsland/Raad, *Jur.* 1994-I, p. 4973 onder verwijzing naar onder meer Wachauf: “78 Dienaangaande zij opgemerkt, dat zowel het recht van eigendom als het recht van vrije beroepsuitoefening tot de algemene beginselen van het gemeenschapsrecht behoren. Deze beginselen hebben echter geen absolute gelding, maar moeten in relatie tot hun sociale functie worden beschouwd. Het genot van het eigendomsrecht en de vrijheid van beroepsuitoefening kunnen dus met name in het kader van een gemeenschappelijke marktordening aan beperkingen worden onderworpen, voor zover dergelijke beperkingen werkelijk beantwoorden aan de doeleinden van algemeen belang die de Gemeenschap nastreeft, en, het nagestreefde doel in aanmerking genomen, niet zijn te beschouwen als een onevenredige en onduidbare ingreep, waardoor de gewaarborgde rechten in hun kern worden aangetast (arresten van 11 juli 1989, zaak 265/87, Schraeder, *Jurispr.* 1989, blz. 2237, r.o. 15, 13 juli 1989, zaak 5/88, Wachauf, *Jurispr.* 1989, blz. 2609, r.o. 18, en arrest Kuehn, reeds aangehaald, r.o. 16).” Omdat er in Duitsland/Raad geen afweging plaatsvindt, omdat het Hof van oordeel is dat het eigendomsrecht überhaupt niet in het geding is, keert de uitspraak niet terug in dit onderzoek.

lijke instantie een gegeven en het HvJ EG vindt dat het niet op zijn weg ligt om een manier te zoeken om de negatieve gevolgen ervan voor partijen als Bosphorus te beperken. Het is gissen of dit is wat het HvJ EG voor ogen had met de passage, maar het zou kunnen verklaren waarom het Hof een algemene en abstracte benadering kiest. Een dergelijke benadering biedt ruimte voor het in het midden laten van twee vragen. Ten eerste de vraag of het eigendomsrecht van een onschuldige partij niet toch meer bescherming verdient, ook in geval een inbreuk daarop het gevolg is van een sanctieregeling. Ten tweede de vraag of het HvJ EG de aangewezen instantie is om die bescherming in het concrete geval te bieden.

De keuze voor een algemene en abstracte benadering werkt door in de definitiefase in de zaak Bosphorus. Met name het betrokken recht – het eigendomsrecht – wordt abstract geformuleerd. Dit zou bewust of onbewust ingegeven kunnen zijn door de wens van het HvJ EG tot een apodictief (shallow) oordeel. Zoals uiteengezet in paragraaf 4.2.2 van hoofdstuk vier van deel I van onderhavig onderzoek geven veel rechtsgeleerde auteurs om twee redenen de voorkeur aan een zaakspecifieke benadering van de rechter in grondrechtconflicten. Dit zou het meeste recht doen aan het individuele geval en tegelijkertijd kunnen voorkomen dat een te grote precedentwerking van de zaak uit gaat (te groot in de zin dat de feiten van de zaak het precedent niet voldoende kunnen ondersteunen). Sunstein heeft laten zien dat rechter soms – om verschillende redenen – terugschrikt voor een al te inhoudelijk (diep) oordeel (in de zin van een heel fundamenteel antwoord op de onderliggende rechtsvraag). Daarbij heeft hij betoogd dat het vermijden van een ‘diep’ oordeel bereikt kan worden door een heel zaakspecifieke benadering, een narrow oordeel. Anderzijds laat Sunstein zien hoe de wens tot een shallow oordeel juist ook kan leiden tot een voorkeur voor een algemene en abstracte benadering en beslechting van een geschil. Het HvJ EG lijkt in Bosphorus voor het laatste te kiezen. Opvallend genoeg echter doet het dat niet voor het gehele geschil als zodanig, maar met name voor wat betreft de wijze waarop het het betrokken fundamentele recht definieert. Het definieert het bij de zaak Bosphorus betrokken recht niet *in concreto*. Het eigendomsrecht speelt slechts in algemene zin een rol nu het Hof van Justitie geen woorden wijdt aan een mogelijke schending van het eigendomsrecht van Bosphorus. Daartegenover staat evenwel dat de formulering van de betrokken communautaire belangen (vrede en veiligheid, beëindiging van de Balkanoorlog) toch vrij concreet is te noemen. Daarmee is de benadering van het Hof in het licht van Sunsteins theorie bijzonder, nu aan de ene kant wel en aan de andere niet sprake is van shallowness middels een algemene en abstracte benadering. Nu is hiervoor reeds opgemerkt dat ook een heel zaakspecifieke benadering tot een shallow oordeel kan leiden. De focus op de feitelijke omstandigheden van het geval en het bereiken van overeenstemming over de uitkomst van de zaak die gebaseerd is op die feiten, kan een oordeel apodictief maken. Het is mijns inziens moeilijk vol te houden dat daarvan sprake is in Bosphorus. De zaak ademt veel meer een algemeen en abstracte sfeer. Dit zou verklaard kunnen worden door het feit dat het Hof

van Justitie de communautaire belangen weliswaar vrij concreet omschrijft, maar ze toch een groot algemeen gewicht toekent. Het Hof van Justitie stelt zodanig nadrukkelijk dat de communautaire belangen groot gewicht toekomt dat het de belangen daarmee toch enigszins lijkt te veralgemeniseren. Hier wordt echter de grens van het afleiden van antwoorden uit impliciet gelaten redenen bereikt. Gerechtvaardigd is mijns inziens wel de conclusie dat ten aanzien van het fundamentele recht op eigendom als zodanig sprake is van een wens tot shallowness omtrent het antwoord op de vraag welke bescherming dit recht biedt. Het HvJ EG stelt weliswaar in Bosphorus dat de klagers geen bescherming toekomt, maar laat toch steeds in het midden of in een concreet geval een inbreuk op het eigendomsrecht nooit aanleiding kan zijn tot het toekennen van een schadevergoeding.

Een tweede opvallend punt aan Bosphorus heeft eveneens betrekking op de definitiefase. Het Hof van Justitie besteedt niet expliciet aandacht aan iets wat blijkens hoofdstuk drie en vier van deel I in de rechtsgeleerde literatuur als zeer belangrijk wordt gezien bij de toepassing van de idee van afweging, namelijk het gelijk trekken van de betrokken rechten en belangen. Weliswaar is sprake van een impliciete algemene en abstracte benadering, zoals hiervoor uiteengezet, waarbij vooral het fundamentele eigendomsrecht zonder nadere concretisering naar de omstandigheden van het geval in de oordeelsvorming wordt meegenomen. Toch is het twijfelachtig of louter daarom de conclusie gerechtvaardigd is dat het Hof van Justitie over de gehele linie en/of bewust voor een abstracte benadering kiest. Het feit dat het Hof van Justitie niet openlijk aandacht besteedt aan de abstractiegraad waarop het het geschil wenst te bezien en de iets concretere invulling die het geeft aan de doelstellingen van de betrokken gemeenschapsrechtelijke bepalingen staan een dergelijke conclusie wellicht in de weg. Ten aanzien van het laatste zij aangetekend dat, zoals zojuist ook betoogd, de benadering meer algemeen en abstract is dan individueel en concreet. Voor wat betreft het punt van het gelijktrekken van de betrokken rechten en belangen geldt dan dat een oordeel terzake van het HvJ EG impliciet volgt uit Bosphorus, maar dat meer aandacht op dit punt geen kwaad had gekund.

Het derde en laatste opvallende punt aan Bosphorus betreft de volgende stap in het afwegingsproces, de gewichtsbepaling van de belangen. Ook hier geldt de *disclaimer* dat het Hof van Justitie zelf niet spreekt over een 'fase' en/of 'gewichtsbepaling'. Het Hof is echter wel degelijk bezig de bij de geschillen betrokken rechten en belangen een groter of kleiner gewicht toe te kennen. In dat kader valt op dat het HvJ EG zich beperkt tot een eenzijdige intrinsieke gewichtsbepaling. In de zaak Bosphorus wordt het met de sanctieregeling gediende belang een groot, absoluut gewicht toebedeeld. De belangen van Bosphorus worden hieraan ondergeschikt geacht, maar zonder dat aandacht wordt geschonken aan het intrinsieke gewicht dat deze toekomt. De belangen van Bosphorus spelen zo niet alleen in het kader de definiëring van de belangen nauwelijks een rol (ze figureren alleen in de algemeen gestelde overweging dat een inbreuk op het eigendomsrecht als zodanig in zijn algemeenheid onvermijdelijk is), ze komen ook in het kader

van de gewichtsbepaling niet aan bod. Dit roept de vraag op of in de Bosphorus-zaak eigenlijk wel sprake is van een afweging. Volgens de letter van de uitspraak wordt de evenredigheid van de maatregel tot inbeslagname vastgesteld.¹⁷ Feitelijk wordt alleen het Gemeenschapsbelang nog verder veralgemeniseerd tot een voor de internationale gemeenschap fundamenteel belang waaraan de rechten en belangen van Bosphorus 'dus' ondergeschikt moeten worden geacht. Door de eenzijdigheid van de intrinsieke gewichtsbepaling kan moeilijk worden betoogd dat het HvJ EG zich in de zaak Bosphorus tot de methode-Alexy wendt, zoals die is beschreven in hoofdstuk vier van deel I. In dat geval zou het Hof zich ook hebben moeten uitlaten over de ernst van de inbreuk op het eigendomsrecht van Bosphorus. Mijns inziens is de uitlating dat men inbreuken op dat recht in gevallen als onderhavige gemakkelijker dan anders moet dulden niet voldoende. Evenmin kan gesteld worden dat het HvJ EG zich baseert op de methode-Nieuwenhuis, eveneens besproken in hoofdstuk vier van deel I. Weliswaar uit het Hof van Justitie een generaliserend oordeel over de rang van de betrokken grondrechten, maar het voegt hieraan geen oordeel toe over de intensiteit van de inbreuk op het grondrecht in het concrete geval. Het maakt zonder veel motivering een keuze voor een van de aan de orde zijnde belangen.

Een zaak waarin het Hof van Justitie wel de Alexy-benadering lijkt te gebruiken is de zaak Booker Aquaculture (2003).¹⁸ Aanleiding voor de zaak zijn de 'ruiming' op de viskwekerij van Booker Aquaculture in 1994 en de viskwekerij van Hydro Seafood in 1998. Beide kwekerijen moeten met het oog op de bestrijding van twee verschillende visziekten hun levende vissen, eitjes, zaadjes en reeds overleden vissen ruimen onder supervisie van de

17 Daarnaast wordt ook de geschiktheid van de maatregel beoordeeld, zij het dat het oordeel van het HvJ EG hierover m.i. verstopt zit in 's Hof's interpretatie van art. 8 Vo. 990/93. Bosphorus stelt voor artikel 8 Vo 990/93 zodanig uit te leggen dat een onderscheid kan worden gemaakt tussen vliegtuigen die het eigendom zijn van een aan Joegoslavië gelieerde onderneming en door een dergelijke onderneming worden geëxploiteerd en beheerd en vliegtuigen die wel eigendom zijn van een aan Joegoslavië gelieerde onderneming, maar geëxploiteerd en beheerd worden door een geheel van Joegoslavië losstaande onderneming, zoals Bosphorus Airways. Het Hof volgt deze interpretatie niet, omdat daarmee afbreuk zou worden gedaan aan "de doeltreffendheid van de versterking van de sancties". In geval de interpretatie van Bosphorus wordt gevolgd zouden Joegoslavië of diens onderdanen door het sluiten van een leaseovereenkomst de sancties kunnen ontduiken (r.o. 18). Hieruit moet men afleiden dat het Hof inbeslagname van alle en dus ook 'Bosphorus-vliegtuigen' een geschikt, want het *enige* geschikte middel acht. Hier zit ook een beetje een subsidiariteitstintje aan. Men zou kunnen zeggen dat Bosphorus een minder ingrijpend middel voorstelt (alleen inbeslagname van niet-Bosphorus-vliegtuigen). Nu dit middel echter ook minder effectief wordt geacht door het Hof van Justitie, krijgt het geen voorrang boven de inbeslagname van alle vliegtuigen.

18 HvJ EG 10 juli 2003, gevoegde zaken C-20/00 en C-64/00, Booker Aquaculture Ltd, trading as Marine Harvest McConnell and Hydro Seafood GSP Ltd v. The Scottish Ministers (verzoek om een prejudiciële beslissing van het Court of Session (Schotland)), *Jur.* 2003-I, p. 7411.

Britse autoriteiten. Vissen die groot genoeg zijn voor de commerciële handel en geen ziekteverschijnselen tonen mogen – onder dezelfde supervisie – nog geslacht, uitgehaald en geprepareerd worden voor menselijke consumptie. Beide bedrijven wendden zich tot de Britse en later de Schotse autoriteiten voor vergoeding van geleden schade. Booker Aquaculture wil compensatie voor de ruimingen en voor de gedwongen vroege verkoop van de niet zieke vis. Hydro Seafood wil daarnaast gecompenseerd worden voor de kosten die het moet maken om te voldoen aan de stringente praktische eisen die in het besluit tot de ruimingen en gedwongen verkoop aan de kwekerij werden gesteld. De Britse autoriteiten wijzen de schadeverzoeken af en het Schotse *Court of Session* stelt prejudiciële vragen aan het HvJ EG. Eén daarvan werpt de vraag op of het recht op eigendom de lidstaten niet verplicht om in gevallen als onderhavige in een schadevergoedingsregeling te voorzien. De viskwekerijen stellen immers dat het ruimen zonder enige compensatie een disproportionele en ontoelaatbare inbreuk op de kern van hun eigendomsrecht betekent (r.o. 49). De interveniërende regeringen van verschillende lidstaten stellen hier onder meer tegenover dat de verliezen niet het gevolg zijn van de ruimingen, maar van de uitbraak van twee visziekten. Het ruimen van de vis is een proportionele maatregel met het oog op een algemeen Gemeenschapsbelang en ook het EVRM verplicht niet tot compensatiemaatregelen.

Het HvJ EG stelt vast dat de richtlijn op basis waarvan de Britse autoriteiten overgingen tot het verordonneren van de ruimingen, zelf geen compensatieregeling bevat. Het herhaalt de vaste jurisprudentie inzake de plaats van fundamentele rechten in de communautaire rechtsorde (r.o. 65).¹⁹ Onder verwijzing naar de zaak Hauer wijst het Hof het recht op eigendom aan als een beschermd fundamenteel recht (r.o. 67). Onder verwijzing naar onder meer Wachauf voegt het daaraan onmiddellijk toe dat fundamentele rechten geen absolute rechten zijn en bezien moeten worden in het licht van hun sociale functie. Beperking van een fundamenteel recht is mogelijk, zeker in de context van een gemeenschappelijke markt, indien de beperking een algemeen belang dient, met het oog op dat belang niet disproportioneel en ontoelaatbaar is en het recht zelf niet in de kern aantast (r.o. 68).

Om de verenigbaarheid van het regime van de richtlijn met het recht op eigendom vast te stellen, zegt het Hof van Justitie eerst te moeten onderzoeken wat de doelstelling van de richtlijn is. Het HvJ EG concludeert dat de richtlijn een dubbelfunctie vervult: het verzekeren van onmiddellijke en effectieve actie zodra één van de visziekten de kop opsteekt en het voorkomen van de verspreiding van die ziekten (r.o. 77). De richtlijn is daarmee bedoeld om bij te dragen aan de voltooiing van de interne markt in de hydrocultuursector en vormt daarnaast een gedeelte van een regime van minimumnormen met betrekking tot de beheersing van visziekten. De maatregelen die de richtlijn voorschrijft zijn daarom conform de “doelstellingen

19 Onder verwijzing naar Hauer, Connolly/Commissie en Roquette Frères.

van algemeen belang die de Gemeenschap nastreeft" (r.o. 78).²⁰ Wanneer het gaat om de vraag of de maatregelen ook conform het eigendomsrecht zijn, stelt het Hof voorop dat de maatregelen urgent zijn. Ze zijn bedoeld om effectieve actie mogelijk te maken zodra een visziekte is gesignaleerd en om elk verspreidingsrisico te elimineren. Vanuit het perspectief van deze studie van belang is de vervolgstap in 's Hofs redenering: de maatregelen zitten de kwekers niet in de weg, maar maken het mogelijk voor de viskwekers om hun kwekerijen te kunnen blijven gebruiken (r.o. 79-80). Sterker nog: "[h]et onmiddellijk vernietigen en doden van het gehele visbestand stelt die eigenaren namelijk in staat hun getroffen kwekerijen zo snel mogelijk weer opnieuw te bevolken" (r.o. 81). De maatregelen dienen dus niet alleen Gemeenschapsbelangen, maar ook de belangen van de kwekers. Het Hof merkt daarna op dat in de viskwekerij zich commerciële risico's voordoen, omdat gewerkt wordt met levende waar en de ziektes altijd de kop kunnen opsteken (r.o. 83). Als het gaat om de verliezen die de kwekers als gevolg daarvan kunnen lijden, geldt dat de zieke vissen die worden geruimd geen marktwaarde hebben. Ten aanzien van de gezonde vissen bestaat het verlies erin dat de kweker niet heeft kunnen kiezen voor het meest voordelige verkoopmoment. Voor de overige vissen ((nog) niet ziek, maar ook nog niet verkoopbaar), geldt dat het niet mogelijk is om vast te stellen of zij een marktwaarde hebben. Hun verdere ontwikkeling is hiervoor relevant, maar die kan niet worden afgewacht (r.o. 84). Uit het feit dat de Gemeenschapswetgever – gelet op diens ruime discretie op het terrein van het landbouwbeleid – kan besluiten om ondernemers wiens dieren zijn geruimd, schadeloos te stellen, vloeit geen algemene compensatieplicht voort (r.o. 85). Op basis van al deze overwegingen stelt het HvJ EG vast dat minimummaatregelen in de richtlijn die opdragen tot onmiddellijke vernietiging en onmiddellijke slacht zonder hier compensatie tegenover te stellen, geen disproportionele en ontoelaatbare inbreuk vormen op de kern van het eigendomsrecht (r.o. 86).

In de zaak *Booker Aquaculture* is geen sprake van het afwegen van het Gemeenschapsbelang bij harmonisatie van de vissector en het gezond houden van die sector vis-à-vis het eigendomsrecht van de betrokken kwekers. Niettemin kan er het een en ander uit worden afgeleid over de manier waarop het HvJ EG omgaat met belangen. De Gemeenschapsbelangen worden in *Booker Aquaculture* zwaar aangezet. Het HvJ EG onderstreept in r.o. 80 en

20 De koppeling naar de interne markt vloeit voort uit de koppeling die het HvJ EG maakt tussen de 'ruimingsrichtlijn' en een andere richtlijn die betrekking heeft op de hydrocultuursector. Het HvJ EG zet uiteen dat en hoe de doelstelling van de 'ruimingsrichtlijn' moet worden gezien in het kader van de andere richtlijn. Die laatste beoogt een verstandige ontwikkeling van en toename in groei in de hydrocultuursector te verzekeren door middel van de voltooiing van de gemeenschappelijke markt inzake hydroculturen. Daarnaast legt de laatste richtlijn ook gezondheidsregels voor de sector vast, vandaar dat het HvJ EG stelt dat de ruimingsrichtlijn deel uitmaakt van een stelsel van gezondheidsnormen, zie voor dat laatste r.o. 78 en voor de koppeling tussen de richtlijnen r.o. 71 en inhoud van 'de andere richtlijn' r.o. 73.

81 dat de Gemeenschapsbelangen de belangen dienen van degene die zich tegen de Gemeenschapsregeling in kwestie verzetten. De ernst van de inbreuk op het eigendomsrecht van de viskwekers wordt niet alleen licht aanzet; de belangen van de viskwekers zouden juist zijn gediend met de richtlijn die oproept tot de litigieuze maatregelen. onder verwijzing naar het grote gewicht dat aan het waarborgen van de belangen van de Gemeenschap moet worden gehecht, geconcludeerd dat de inbreuk op het eigendomsrecht niet disproportioneel is. Het Hof kiest een Alexy-achtige benadering door het belang van het verwezenlijken van de communautaire doelstellingen zwaar aan te zetten. Omdat de ernst van inbreuk op het eigendomsrecht niet echt wordt uitgewerkt, is de Alexy-benadering niet volledig. Dit is eens te meer het geval nu van het afzetten van de ernst van de inbreuk tegen het belang bij de inbreukveroorzakende maatregel evenmin sprake is. Toch is de toepassing van de methode-Alexy in onderhavige zaak minder eenzijdig dan in de eerder besproken zaak Bosphorus. In Booker Aquaculture zet het Hof sterk in op het feit dat de belangen van de viskwekers juist gediend worden door de richtlijn. De ernst van de inbreuk op de belangen van de viskwekers is niet ernstig, sterker nog, nihil, nu hun belangen juist worden gediend met de richtlijn. Hiermee is, zij het op een wellicht wat onverwachte manier, wel aandacht voor de ernst van de inbreuk op de belangen van de viskwekers. Het gebruik van een begin van de methode-Alexy kan daarbij verklaren waarom het Hof van Justitie zich in Booker Aquaculture niet expliciet toelegt op de gewichtsbepaling van de betrokken belangen. De methode-Alexy vraagt immers niet om een absolute of relatieve gewichtstoekenning, maar om het bepalen van het belang van het doel dat wordt nagestreefd en het bepalen van de ernst van de inbreuk op een recht/belang. Dat de lezer toch het gevoel bekruipt, dat belangen als vanzelf een groot gewicht (Gemeenschapsbelangen), respectievelijk een klein gewicht (belangen viskwekers) wordt toegekend, maakt de analyse van de Booker Aquaculture-zaak er niet gemakkelijker op.

Hierbij moet wel worden aangetekend dat de terminologie die het Hof hanteert toepassing van (een deel van) de methode-Alexy niet aankondigt. Het Hof zegt te gaan onderzoeken of de maatregelen in de richtlijn in een proportionele verhouding tot het eigendomsrecht staan en of de maatregelen dat recht niet in de kern raken. Hierdoor verwacht men dat het Hof iets zegt over het (relatieve) gewicht van de betrokken rechten en belangen. Vanuit dat verwachtingspatroon kan de lezer niet anders dan concluderen dat de gewichtstoekenning aan vooral de belangen van de viskwekers besloten ligt in de argumenten op basis waarvan het Hof tot het oordeel komt dat de maatregelen in de richtlijn niet de kern van het eigendomsrecht raken. Dit is echter niet wat het Hof doet en pas als de lezer de zaak vanuit het perspectief van de theorie van Alexy benadert, blijkt dat het HvJ EG zich mogelijk anders richt op de bepaling van de ernst van de inbreuk op de belangen van de viskwekers (nadat het Hof het belang van het doel van de richtlijn heeft vastgesteld).

Tot slot, in welke benadering het Hof ook kiest, de selectie en definitie van de betrokken belangen blijft relevant. Dit komt echter niet goed uit de verf in deze uitspraak. Het Hof maakt nog wel werk van het achterhalen (selecteren) van de belangen van de Gemeenschap, aan de hand van een onderzoek van de doelstellingen van de richtlijn. De relevantie van het eigendomsrecht is voorts een gegeven. Het Hof van Justitie besteedt in *Booker Aquaculture* niet, althans niet openlijk, aandacht aan de definitiekwestie, de vraag op welk abstractieniveau de betrokken rechten en belangen in aanmerking worden genomen. Een abstracte benadering lijkt de overhand te hebben; het eigendomsrecht en de Gemeenschapsbelangen lijken als vanzelf op een abstract niveau te worden gezien. Na de conclusie dat de litigieuze richtlijn in zijn algemeenheid het eigendomsrecht niet in de kern aantast, volgt geen concrete toetsing meer waarbij wordt gezien of het eigendomsrecht van de specifieke viskwekers wel in de kern is aangetast. De oorzaak hiervoor kan in *Booker Aquaculture* gelegen zijn in het feit dat de zaak niet zodanig is aangebracht dat een vermeende inbreuk op het eigendomsrecht centraal staat. De kwekers verzetten zich tegen de geldigheid van de richtlijn (en de daarop gebaseerde nationale regelgeving) vanwege het ontbreken van een compensatieregeling. Het Hof vond het echter evenmin nodig zelf nog een concrete toets uit te voeren. De uitspraak handelt daarmee uiteindelijk over de verhouding tussen de belangen van de Gemeenschap en het eigendomsrecht in het algemeen.²¹ Het Hof velt hierover een oordeel zonder daadwerkelijk toepassing te geven aan de idee van afweging.

De zaak *Di Lenardo Adriano* (2004) betreft een ingewikkelde zaak over tariefcontingenten in de bananensector.²² Het voor dit onderzoek relevante aspect aan de zaak betreft de toetsing van een bepaling uit een verordening aan het recht op de vrije beroepsuitoefening, door het HvJ EG in één adem genoemd met het eigendomsrecht (r.o. 82). Het HvJ EG meldt ook in deze zaak (vgl. *Nold*, *Hauer*, *Wachauf* en *Booker Aquaculture*) dat het eigendomsrecht kan worden beperkt, mits de beperkingen “werkelijk beantwoorden aan de doeleinden van algemeen belang die de Gemeenschap nastreeft en, het nagestreefde doel in aanmerking genomen, niet zijn te beschouwen als een onevenredige en onduidelbare ingreep waardoor deze rechten in hun kern worden aangetast” (idem). De aan te leggen toets brengt geen verandering in eerdere en hier reeds besproken jurisprudentie. De uitvoering van de toets is echter bijzonder. Het Hof van Justitie stelt in de zaak *Di Lenardo Adriano* vast dat de desbetreffende bepaling een doel van algemeen belang

21 Zo gezien is het antwoord van het HvJ EG op de vraag van de nationale rechter of de schuldvraag een rol speelt (nee, het maakt niet uit of de kweker schuld heeft aan het ziek worden van zijn vissen of niet) niet verrassend (zie r.o. 95).

22 HvJ EG 15 juli 2004, gevoegde zaken C-37/02 en C-38/02, *Di Lenardo Adriano Srl* en *Dilexport Srl* t. *Ministero del Commercio con l’Estero* (verzoeken om een prejudiciële beslissing van het Tribunale amministrativo regionale per il Veneto (Italië)), *Jur.* 2004-I, p. 6911 (geldigheid verordening).

dient en wel de “bestrijding van speculatieve en artificiële praktijken bij de afgifte van invoercertificaten” waarmee wordt bijgedragen aan de “regelmatige voorziening van de communautaire markt” (r.o. 84). De bepaling vormt vervolgens geen onevenredige en onduidelbare ingreep, omdat de Commissie heeft opgemerkt, zonder op dit punt te zijn tegengesproken, dat de eerdere communautaire regeling niet doeltreffend was. De toetsing van de evenredigheid en duldbaarheid van de gemeenschapsrechtelijke bepaling bestaat daarmee uit een geschiktheidstoets. Daarbij is het opvallend dat het Hof deze toets niet zelf uitvoert, maar een niet weersproken opinie van de Commissie doorslaggevend acht.

Dat de drie in de literatuur strikt onderscheiden onderdelen van het proportionaliteitsbeginsel in de jurisprudentie van het Hof van Justitie door elkaar kunnen lopen, blijkt uit het vervolg van de Di Lenardo Adriano-zaak. Het Hof van Justitie maakt, in het kader van de geschiktheidstoets, een opmerking die erop duidt dat het Hof zich niet beperkt tot een toetsing op louter dit punt. Het betreft de opmerking dat het doeltreffender middel de invoer van bananen niet onmogelijk maakt en dat de bestrijding van speculatieve en artificiële praktijken bij de afgifte van invoercertificaten de echte nieuwe marktdeelnemers het gemakkelijker maakt de markt te betreden (r.o. 87). Daarin ligt impliciet het oordeel besloten dat het eigendomsrecht niet in de kern is aangetast, in combinatie met het benadrukken dat het doel van het verwezenlijken van de doelstelling erg belangrijk is, nu het niet alleen gaat om het beschermen van de markt, maar ook om het bevorderen van de kansen van nieuwe marktdeelnemers. Dit is te begrijpen vanuit een Alexy-benadering, waar dit betekent a) dat een niet zo ernstige inbreuk is en b) dat de inbreuk een nog belangrijker doel dient dan alleen het bijdragen aan de communautaire markt. Er is vanuit theoretisch perspectief niets mis met het combineren van de geschiktheidstoets met een toepassing van de idee van afweging middels de methode-Alexy. Los van de vraag of men dan strikt genomen ook de subsidiariteit en noodzakelijkheid van de maatregel zou moeten toetsen, is het echter problematisch dat de aangelegde toetsen niet worden aangekondigd. Zo blijft onduidelijk wat nu precies de verhouding is tussen de twee gehanteerde toetsingsmethoden en of het de bedoeling is deze methoden (in deze combinatie) ook in andere zaken te hanteren.

Aanleiding voor de ERSA-zaak (2005)²³ is het verzoek van de autonome regio Friuli-Venezia Giulia en ERSA, een regionaal agentschap voor plattelandsontwikkeling, bij de Italiaanse rechter om nietigverklaring van een besluit van het Italiaanse ministerie voor Land- en Bosbouwbeleid. Als gevolg van dat besluit mag de term ‘Tocai’ – na het verstrijken van een over-

23 HvJ EG 12 mei 2005, zaak C-347/03, Regione autonoma Friuli-Venezia Giulia en Agenzia regionale per lo sviluppo rurale (ERSA) t. Ministero delle Politiche Agricole e Forestali (verzoek om een prejudiciële beslissing van het Tribunale amministrativo regionale del Lazio (Italië)), *Jur.* 2005-I, p. 3785 (geldigheid verordening).

gangspanperiode van dertien jaar – niet meer worden gebruikt in de omschrijving en aanbiedingsvorm van bepaalde Italiaanse wijnen. Dit heeft alles te maken met de bijlage bij de wijnovereenkomst EG-Hongarije en een briefwisseling over de inhoud van die overeenkomst, waarin de term ‘Tokaj’ als een beschermde naam is aangeduid voor wijnen afkomstig uit de Hongaarse wijnstreek Tokaj-Hegyalja. De Italiaanse rechter ziet zich genooddacht prejudiciële vragen te stellen aan het HvJ EG. Daarbij is voor onderhavig onderzoek de zevende en laatste vraag van de nationale rechter van belang. Hiermee probeert de rechter te achterhalen of het eigendomsrecht zoals beschermd in artikel 1 EP ook de intellectuele eigendom omvat van de benaming van de oorsprong van wijnen en zo ja:

“of de bescherming hiervan zich ertegen verzet dat de betrokken producenten van de autonome regio Friuli-Venezia Giulia de mogelijkheid wordt ontnomen om (...) de term „Tocai” in de benaming „Tocai friulano” of „Tocai italico” nog langer te gebruiken (...), met name gelet op het ontbreken van iedere vorm van schadeloosstelling ten gunste van de onteigende wijnbouwers uit Friuli, het ontbreken van een algemeen belang dat deze onteigening rechtvaardigt en de niet-inachtneming van het evenredigheidsbeginsel” (r.o. 118).

Het Hof van Justitie bevestigt de jurisprudentie waarin het heeft bepaald dat het eigendomsrecht deel uitmaakt van de algemene beginselen van Gemeenschapsrecht; dat dat recht volgens vaste rechtspraak geen absolute gelding heeft en in relatie tot zijn maatschappelijke functie moet worden bezien; en dat beperkingen op dat recht zijn toegestaan mits deze werkelijk beantwoorden aan doeleinden van algemeen Gemeenschapsbelang en geen onevenredige en onduidelbare ingreep vormen die de kern van het eigendomsrecht aantasten (r.o. 119, vgl. de hiervoor besproken zaken). Bij de beantwoording van de vraag of het verbod om de term ‘Tocai’ te gebruiken voor bepaalde Italiaanse wijnen een onevenredige en onduidelbare ingreep op het eigendomsrecht is, stelt het Hof van Justitie voorop dat geen sprake is van ontneming van eigendom (r.o. 122) en dat het ontbreken van een schadeloosstelling als zodanig niet de onevenredigheid tussen het verbod en het eigendomsrecht aantoont (r.o. 123). Of sprake is van regulering van eigendom wil het HvJ EG in het midden laten, nu het van oordeel is dat een beperking van het eigendomsrecht gerechtvaardigd “kan zijn” (r.o. 124). Onder verwijzing naar de jurisprudentie van het EHRM, zet het Hof van Justitie uiteen dat de maatregel inhoudende het verbod op gebruik van de term ‘Tocai’ hiervoor moet voldoen aan het legaliteitsbeginsel, een rechtmatig doel in acht moet nemen en dat doel met evenredige middelen moet nastreven (r.o. 125). Voorafgaand aan de toetsing van de evenredigheid merkt het HvJ EG op dat de Gemeenschapswetgever over een ruime discretionaire bevoegdheid beschikt in een zaak als onderhavige waarin een maatregel op het gebied van het landbouwbeleid (meer specifiek de ‘GMO voor de wijnbouw’ (de gemeenschappelijke ordening van de wijnmarkt)) centraal staat. De “wettigheid” van die maatregel kan alleen dan ter discussie staan als deze “kennelijk ongeschikt” is om het beoogde doel te bereiken (r.o. 131).

Het eerste opvallende punt in de zaak ERSa is dat het HvJ EG voor het eerst voor wat betreft de toetsing aan het eigendomsrecht uitdrukkelijk aansluit bij de jurisprudentie van het EHRM en het daarin neergelegde toetsingskader. Het tweede opvallende punt is dat de aan te leggen evenredigheidstoets vervolgens gereduceerd lijkt tot een toetsing van de *geschiktheid* van de maatregel. Toch wordt de soep wat dat betreft uiteindelijk niet zo heet gegeten als deze wordt opgediend. Uiteindelijk toetst het HvJ EG ook de evenredigheid van de maatregel. Het oordeelt dat de evenredigheid van de maatregel niet kan worden betwist, omdat een overgangsperiode van dertien jaar is gegund en de betreffende Italiaanse wijnen na ommekomst van die periode alternatieve aanduidingen 'Trebbianello' en 'Sauvignonasse' kunnen worden meegegeven (r.o. 133). À la Alexy kan dus worden gesteld dat het HvJ EG de inbreuk op het eigendomsrecht niet dermate ernstig acht dat geoordeeld moet worden dat die inbreuk ook disproportioneel is. Daarbij dient meteen te worden aangetekend dat het HvJ EG zelf niet aangeeft of het de toetsing van de evenredigheid van een inbreuk veroorzakende maatregel ook daadwerkelijk beoogt vorm te geven langs de lijnen van Alexy's theorie, ook al is het dan maar impliciet. Wel geldt, net als in de zojuist besproken zaak Di Lenardo Adriano, dat het Hof van Justitie onduidelijkheid laat bestaan over de gehanteerde toetsingsmaatstaf.

Deze onduidelijkheid is in ERSa bijzonder problematisch. Er ontstaat een grote discrepantie tussen de toetsing zoals het Hof die als theoretisch uitgangspunt formuleert (kennelijke ongeschiktheid is de grens) en de beoordeling die het in de praktijk uitvoert (evenredigheid is de eis). Wat de verwarring vergroot, is de opmerking van het Hof van Justitie in het verband van de 'kennelijk ongeschikt'-toets dat de betrokken Italiaanse wijnen ook zonder dat ze nog de aanduiding 'Tocai' mogen dragen, verder kunnen worden geproduceerd en onder hun geografische benaming in de handel kunnen worden gebracht. Dit gegeven lijkt te worden gepresenteerd als een aanwijzing voor de kennelijke geschiktheid van de maatregel, maar kan net zo goed worden opgevat als argument voor de stelling dat het met de ernst van de inbreuk wel meevalt. Misschien moet uit de overwegingen van het Hof van Justitie inzake de kennelijk ongeschikt-toets worden afgeleid dat het HvJ EG een *andere* toetsingsmaatstaf wenst te hanteren op terreinen waar het de Gemeenschapswetgever een ruime discretionaire bevoegdheid toekent en er niet voor kiest om dezelfde toetsingsmaatstaf te hanteren, maar dan minder intensief. Dit valt echter niet met zekerheid te zeggen.

Hiervoor is aangegeven dat de uitspraak misschien kan worden begrepen als een variant op de theorie van Alexy. Toch is de toepassing van die theorie, als die al is bedoeld, bijzonder onzuiver. Voor goede toepassing is namelijk vereist dat ook wordt gekeken naar het belang van het doel dat men beoogt te dienen met de inbreuk op in casu het eigendomsrecht. Het HvJ EG slaagt er echter niet in om dit doel kort en krachtig te formuleren. Het Hof van Justitie begint met de uiteenzetting dat de wijnovereenkomst EG-Hongarije, waarvan de verbodsmaatregel een onderdeel vormt, tot doel heeft beleid uit te voeren dat weer tot doel heeft de handel tussen de EG en

Hongarije een impuls te geven (r.o. 127).²⁴ Uit de considerans van verordening 2392/89 “tot vaststelling van algemene voorschriften voor de omschrijving en de aanbiedingsvorm van wijn en druivemost” blijkt “meer bepaald” het doel van communautaire voorschriften inzake de omschrijving en aanbiedingsvorm van wijnen, namelijk het verzoenen van “de noodzaak om de eindconsument met betrekking tot de betrokken waren juist en nauwkeurig voor te lichten” met de noodzaak “om de producenten op hun grondgebied tegen concurrentievervalsing te beschermen” (r.o. 128). Hiermee is volgens het Hof van Justitie duidelijk geworden dat het met de maatregel nagestreefde doel van algemeen belang is (r.o. 129). Mijns inziens verzuimt het HvJ EG de relevantie van juist verordening 2392/89 te duiden als het gaat om de vaststelling van het doel van de in de briefwisseling neergelegde verbod op gebruik van de term ‘Tocai’ uiteen te zetten. Bovendien blijft het onduidelijk of het verbod nu ingegeven is vanuit het oogpunt van de bevordering van de handel (wijnovereenkomst EG-Hongarije), het juist en nauwkeurig voorlichten van de consument (verordening; alleen ‘Tokaj’ zodat duidelijk is dat de wijn uit de Tokaj-Hegyalja streek afkomstig is), of toch weer het beschermen van producenten tegen concurrentievervalsing (verordening; waarbij de vraag kan worden gesteld of hiermee duidelijk wordt gemaakt wat het belang is bij het beschermen van ‘Tokaj’ boven ‘Tocai’). Een cynisch ingestelde lezer zou kunnen opmerken dat het maar goed is dat het HvJ EG niet expliciet oproept en/of overgaat tot een belangenafweging. Het is immers niet eens duidelijk welke rechten en belangen precies in een eventuele afweging betrokken zouden moeten worden. Bovendien gaat het HvJ EG evenmin in op het gewicht van het algemeen belang. De zaak ERSa blinkt al met al niet uit in helderheid.

De zaak Kadi en Al Barakaat (2008) is vooral bekend om de overwegingen van het Hof van Justitie met betrekking tot de verhouding tussen de communautaire en de internationale rechtsorde.²⁵ In de zaak komt echter ook de toetsing aan het eigendomsrecht aan de orde, omdat de betrokkenen stellen dat de bevrozing van hun financiële tegoeden een ongeoorloofde inbreuk maakt op dit recht. De eigen gemeenschapsrechtelijke benadering wordt door het Hof als vertrekpunt genomen. Het eigendomsrecht is een algemeen beginsel van het Gemeenschapsrecht, maar kan worden beperkt, zij het dat

24 Wijnen uit derde landen (Hongarije) die door middel van een geografische omschrijving worden verhandeld (het Hongaarse “Tokaj”) worden op dezelfde manier beschermd als uit de Gemeenschap afkomstige wijnen (waarbij het onderscheid tussen geografische omschrijving en omschrijving van de wijnstokvariëteit van belang is. ‘Tocai friulano’ en ‘Tocai italico’ zijn het laatste en kunnen daarom – heel kort gezegd – aan het Hongaarse ‘Tokaj’ ondergeschikt worden geacht). Daarnaast heeft de wijnovereenkomst tot doel wijnen van oorsprong afkomstig uit de Gemeenschap in de derde landen in de handel te brengen (r.o. 127).

25 HvJ EG (GK) 3 september 2008, gevoegde zaken C-402/05 P en C-415/05 P, Yassin Kadi en Al Barakaat International Foundation t. Raad van de Europese Unie en Commissie van de Europese Gemeenschappen, *Jur.* 2008-I, p. 6351.

een beperking volgens vaste jurisprudentie van het HvJ EG alleen kan worden gerechtvaardigd indien deze geen “onevenredige en onduidbare ingreep oplevert waardoor het fundamentele recht op eerbiediging van de eigendom (...) in zijn kern wordt aangetast” (r.o. 357). Net als in het zojuist besproken arrest ERSA wordt ook in Kadi en Al Barakaat artikel 1 Eerste Protocol uitdrukkelijk genoemd en wordt de rechtspraak van het EHRM terzake expliciet in overweging genomen.²⁶

Hoewel de bevroeringsmaatregel conservatoir van aard is en de betrokkenen niet hun eigendom ontnemt, is volgens het HvJ EG wel degelijk sprake van een beperking van het eigendomsrecht (r.o. 358). Onder verwijzing naar de rechtspraak van het EHRM houdt het Hof van Justitie ons voor dat een beperking gerechtvaardigd is indien sprake is van “een redelijke verhouding (...) tussen de gebruikte middelen en het beoogde doel” (r.o. 360). Interessant is de toevoeging van het HvJ EG dat bijgevolg “dient te worden onderzocht of er een evenwicht is bewaard tussen de vereisten van algemeen belang en het belang van de betrokken persoon of personen” (r.o. 360). Hiermee lijkt te worden opgeroepen tot een afweging van alle betrokken belangen en daarmee een toepassing van het beginsel van proportionaliteit in strikte zin. Na lezing van de woorden van het HvJ EG met betrekking tot de aan de wetgever toekomende beoordelingsmarge lijkt deze veronderstelling echter meteen ongegrond. De wetgever dient bij het vinden van het evenwicht een ruime beoordelingsmarge te worden gegund “zowel om de uitvoeringsmodaliteiten te kiezen als om te oordelen of de gevolgen ervan in het algemeen belang worden gerechtvaardigd door het verlangen, het door de betrokken wetgeving nagestreefde doel te bereiken” (r.o. 360). De doel-middel toetsing staat hierbij centraal. Toch bieden de gekozen bewoordingen ruimte voor een Alexy-benadering waarin aandacht is voor een vergelijking van de ernst van de inbreuk op een fundamenteel recht met het belang van het beoogde doel.

Bij de daadwerkelijke beoordeling van de gerechtvaardigdheid van de beperking van het eigendomsrecht in de zaak Kadi en Al Barakaat begint het HvJ EG met het in herinnering roepen van de hiervoor besproken zaak Bosphorus. Ook daarin ging het om een verordening die uitvoering gaf aan resoluties van de VN Veiligheidsraad. Het Hof van Justitie oordeelde toen dat het belang van de met de litigieuze verordening gediende doelen “zelfs aanzienlijk negatieve gevolgen voor bepaalde marktdeelnemers, ook voor die welke op geen enkele wijze verantwoordelijk zijn voor de situatie naar aanleiding waarvan de betrokken maatregelen zijn vastgesteld, maar met name in hun eigendomsrechten worden aangetast” rechtvaardigt (r.o. 361). De maatregelen in de verordening in de zaak Kadi en Al Barakaat zijn bedoeld om het internationaal terrorisme te bestrijden en dienen daarmee het fundamentele doel van de waarborging van de internationale vrede en veiligheid. Het gekozen middel van de bevroering van tegoeden en andere

26 Zie r.o. 355 van de Kadi-uitspraak waar ook naar de ERSA-uitspraak wordt verwezen.

financiële en economische middelen kan “op zich niet als ongeschikt of onevenredig worden aangemerkt” (r.o. 366). Verder laat de verordening op verzoek van de belanghebbenden ruimte voor het niet bevriezen van tegoe-den die nodig zijn om basisuitgaven te kunnen doen (eten, huur, medische zorg et cetera) en voorzien de resoluties van Veiligheidsraad in een perio-dieke herziening van het algemene systeem en een herziening op verzoek (r.o. 364-365). Ook dit maakt dat de beperkingen van het eigendomsrecht “in beginsel gerechtvaardigd kunnen zijn” (r.o. 366).

Mijns inziens is de zaak Kadi en Al Barakaat de eerste zaak met betrek-king tot het eigendomsrecht waar met zekerheid kan worden gesteld dat het HvJ EG, overigens opnieuw zonder dit zelf zo te expliciteren, kiest voor een eenduidige Alexy-benadering.²⁷ Deze benadering wordt weliswaar gecombineerd met een oordeel over de geschiktheid van het gekozen middel van de financiële sancties, maar het beoordelen van het belang van het nage-streefde doel, respectievelijk de ernst van de inbreuk voert de boventoon. De Alexy-benadering is daarbij vooral relevant voor het algemene en abstracte niveau. Het met de verordening/resoluties te dienen doel is in zijn alge-meenheid van groot belang. De ernst van de inbreuk op het eigendomsrecht wordt in zijn algemeenheid gemitigeerd door de voorziening voor de basis-behoefte en de periodieke en individuele herzieningsmogelijkheden. Dat het HvJ EG uiteindelijk oordeelt dat het eigendomsrecht van Kadi geschon-den is, heeft eerst en vooral te maken met het feit dat de toepasselijke proce-dures Kadi niet “een geschikte gelegenheid” (r.o. 368) boden om zijn zaak voor de bevoegde autoriteiten te bepleiten, en niet zozeer met de aantasting van het eigendomsrecht als zodanig. Op procedurele gronden stelt het dus een schending vast in het concrete geval (r.o. 369-370). De zaak Kadi en Al Barakaat is daarmee mijns inziens niet alleen een goed voorbeeld van een Alexy-benadering, maar het is ook de eerste in dit onderzoek betrokken eigendomsrechtelijke zaak waarin het HvJ EG voor een procedurele benade-ring kiest.²⁸

De Kadi-uitspraak van het HvJ EG kenmerkt zich verder als enige zaak tot nu toe door een wat meer zaakspecifieke benadering. Onder verwijzing naar Sunsteins judicial minimalism kan niet helemaal worden uitgesloten

27 In de tot nu toe besproken zaken konden niet meer dan sporen van de methode-Alexy worden getraceerd, zie Hauer, Bosphorus, Booker Aquaculture, Lenardo Adriano en ERSA.

28 Interessant is daarbij dat het HvJ zich uitdrukkelijk baseert op de jurisprudentie van het EHRM inzake de procedurele component van art. 1 EP. In Kadi wordt verwezen naar EHRM 21 mei 2002, zaaknr. 28856/95 (Jokela t. Finland), r.o. 45: “Although Article 1 of Protocol No. 1 contains no explicit procedural requirements, the proceedings at issue must also afford the individual a reasonable opportunity of putting his or her case to the responsible authorities for the purpose of effectively challenging the measures interfering with the rights guaranteed by this provision. In ascertaining whether this condition has been satisfied, a comprehensive view must be taken of the applicable procedures (...).”

dat de narrowness waarvoor het HvJ EG kiest²⁹ door te kijken naar de schade voor Kadi en naar diens procedurele belangen, bedoeld is om de reikwijdte van de uitspraak ('width') te beperken. Daarnaast kan de beperking van de uitspraak tot het geval Kadi bedoeld zijn om enige onenigheid over de onderliggende fundamentele vraag over de verhouding tussen het eigendomsrecht en de litigieuze verordening te maskeren. Met andere woorden, de diepgang ('depth') van de uitspraak kan worden beperkt. De conclusie dat in dit concrete geval sprake is van een schending heeft wellicht rechters over kunnen halen om in te stemmen met de algemene conclusie dat de verordening zich in beginsel op een rechtvaardige wijze verhoudt met het eigendomsrecht.

9.2.1 *Resumé – afweging in de eigendomsrechtelijke jurisprudentie*

De belangrijkste conclusie die uit voorgaande rechtspraakanalyse kan worden getrokken, is dat de rechtspraak wel geanalyseerd kan worden aan de hand van de in deel I van dit onderzoek opgestelde blauwdruk voor de belangenafweging, maar dat het Hof van Justitie zelf op geen enkele wijze uitdrukkelijk gebruik maakt van elementen van deze blauwdruk en op geen enkele wijze rekenschap aflegt ten aanzien van in die blauwdruk als problematisch aangeduide stappen. Wat blijkt is dat het Hof voor een geheel eigen benadering van conflicten tussen fundamentele rechten en belangen kiest. De bestudeerde uitspraken zijn, anders gezegd, best vanuit de theoretische analyses van deel I te begrijpen en te analyseren, maar alleen voor de goede verstaander: het Hof zelf kiest eerder voor een eigen benadering, die hoogstens sporen van de theoretische uitgangspunten laat zien. Hoewel de notie van evenredigheid wel een rol speelt, fungeert het evenredigheidsbeginsel in strikte zin nauwelijks als middel om de aan het Hof voorgelegde geschillen te analyseren en te beslechten. Kort samengevat is het beeld dat kan worden afgeleid uit de negen bestudeerde eigendomsrechtelijke zaken als volgt.

In het merendeel van de zaken wordt het geschil beslecht op zo een manier dat een echte belangenafweging achterwege kan blijven. In één zaak oordeelt het Hof dat toch geen sprake is van een eigendomsrechtelijke kwestie, in ieder geval niet op de manier zoals de klager dat in die zaak had betoogd (Bostock). In twee andere zaken oordeelt het Hof dat er geen sprake is van een inbreuk op het eigendomsrecht, althans dat deze niet veroorzaakt is door handelen van de Gemeenschap (Nold en Booker Aquaculture). In een volgende zaak, waarin wel een inbreuk op het eigendomsrecht wordt aangenomen, wordt volstaan met de opmerking dat deze inbreuk gerechtvaardigd is gelet op het grote belang van het doel dat daarmee wordt nagestreefd (Bosphorus). In nog twee andere zaken wordt evenmin tot een afwe-

29 "Verder dient te worden onderzocht of deze verordening op zodanige wijze op Kadi is toegepast dat diens eigendomsrecht in de omstandigheden van de onderhavige zaak is geëerbiedigd" r.o. 367.

ging overgegaan. In de ene zaak wordt de oplossing voor een mogelijk eigendomsrechtelijk probleem gevonden in de beoordelingsruimte voor de nationale rechter (Wachauf). In de andere zaak wordt gesteld dat, nu de oude verordening duidelijk niet werkte om een bepaald probleem aan te pakken, de nu betwiste verordening 'dus' wel door de beugel kan (Di Lenardo Adriano). In slechts drie zaken (Hauer, ERSA en Kadi en Al Barakaat) is sprake van een toepassing van een vorm van afweging en wel in die zin dat onderzocht wordt of de inbreuk op het eigendomsrecht een belangrijk doel dient en of het eigendomsrecht niet in de kern wordt aangetast.³⁰

Gelet op het voorgaande is het des te opvallender dat in alle zaken een vorm van evenredigheidstoetsing wordt genoemd en wel zo dat de suggestie wordt gewekt dat de in een zaak conflicterende rechten en belangen tegen elkaar afgewogen zullen worden. Het kan zijn dat het invoeren van evenredigheid hier een retorische functie vervult: hoewel strikt genomen niet nodig, roept het gevoelens van rechtvaardigheid op die zouden kunnen bijdragen aan de acceptatie van de uitkomst.

Verder valt op dat ook in de zaken waarin het niet tot een afweging komt, wel sporen zijn te ontwaren van (delen van) de idee van afweging. De wijze waarop het Hof daar gebruik van maakt, is wel heel instrumenteel. In de zaak Booker Aquaculture, waarin men een toepassing van de methode-Alexy zou kunnen lezen (dit geldt ook, zij het in mindere mate, voor de zaak Bosphorus), draait het voornamelijk om het beantwoorden van de vraag welk doel de bestreden maatregel nastreeft en hoe belangrijk dat doel is. De geschiktheidsvraag – kan de maatregel het doel ook bereiken – wordt hierbij overigens lang niet altijd gesteld (in Booker Aquaculture, noch in Bosphorus). Ook in de zaak Di Lenardo Adriano is een impliciet gelaten methode-Alexy waarneembaar, maar daar stoelt de uitkomst van de zaak wel voor het grootste deel op een toetsing van de geschiktheid.

In de zaken waarin het nog het sterkst komt tot een toepassing van een vorm van de idee van afweging, valt eveneens het instrumentele karakter hiervan op. In de zaak Hauer gaat de meeste aandacht uit naar het vaststellen van de ernst van het belang dat gediend wordt met de door Hauer bestreden verordening. Het Hof besteedt heel summier aandacht aan de ernst van de aantasting van het door de verordening getroffen eigendomsrecht (ook hier blijft beoordeling van de geschiktheid van de maatregel overigens achterwege). Strikt genomen is hier overigens geen sprake van een zichzelf tegensprekend Hof. Het heeft immers nergens in de uitspraak beweerd dat het zou overgaan tot toetsing van proportionaliteit in strikte zin. Anderzijds doet het presenteren van een kernrechtbenadering als gezegd wel suggereren dat iets meer aandacht zal worden besteed aan de

30 Waarbij zij aangetekend dat de zaak Booker Aquaculture zoals hiervoor ook aangegeven wel sporen bevat van de methode-Alexy. Door de vraagstelling van de viskwekers (dient hun schade te worden vergoed) wordt het Hof de mogelijkheid geboden te oordelen dat de schade een commercieel risico is en zodoende niet voor vergoeding door de Gemeenschap in aanmerking komt.

ernst van de aantasting van het fundamentele recht dan nu het geval is. Een instrumentele benadering treft men ook aan in de zaak *ERSA*, waar vooral de geschiktheid van de communautaire maatregel centraal staat, alhoewel het Hof terloops wel laat blijken iets van de ernst van de aantasting van het eigendomsrecht te vinden. In zekere zin vormen beide zaken de opmaat naar de uitspraak in *Kadi* en *Al Barakaat* waarin de Alexy-benadering in zijn volledigheid wordt toegepast en het Hof voor het eerst naar een meer complete toepassing van een vorm van de idee van afweging komt. Naast een meer instrumenteel oordeel over de geschiktheid van financiële sancties volgt in de laatstgenoemde uitspraak voor het eerst een oordeel over zowel het doel van die sancties, als de daardoor aangetaste belangen.

De voorkeur van het Hof voor het afzonderlijk beoordelen van het middel en het daarmee te dienen doel in aanmerking nemend (in meest extreme vorm zichtbaar in de *Bosphorus*-uitspraak), is het niet verwonderlijk dat de benadering van het Hof nog het beste kan worden gelezen vanuit de methode-Alexy. Deze methode laat immers nadrukkelijk ruimte voor het afzonderlijk beoordelen van het gewicht van middel en doel. De benadering ligt zo dicht aan tegen de voorkeur van het Hof voor een meer instrumentele benadering.

Een tweede opvallende rode draad in de eigendomsrechtelijke jurisprudentie is het algemene, abstracte niveau van de meeste uitspraken. In de zaak *Nold* ligt dat voor de hand gelet op de fundamentele overwegingen over de plaats van grondrechtenbescherming in de communautaire orde. Voor alle andere zaken met uitzondering van *Kadi* en *Al Barakaat* geldt dat het prejudiciële zaken betreffen, zodat het Hof antwoord moet geven op een vraag naar de uitleg of geldigheid van Gemeenschapsrecht, waarbij enige algemeenheid voor de hand ligt. Juist als het gaat om de vraag of een bepaalde regeling inbreuk maakt op het eigendomsrecht zou een koppeling naar het concrete geval (of de opdracht aan de nationale rechter dit te doen) echter evengoed voor de hand liggen. In de zaak *Hauer* bijvoorbeeld ligt een louter abstracte benadering minder voor de hand. Toch wordt nergens in de uitspraak een koppeling gemaakt naar eventuele specifieke kenmerken van de situatie van de klager in die zaak. In *Hauer* is het HvJ EG alleen geïnteresseerd in het "eigendomsrecht, zoals dat in de communautaire rechtsorde wordt erkend en gewaarborgd" (r.o. 30). Nu kan dit als gezegd het gevolg zijn van het feit dat het betreffende grondrechtenconflict het Hof bereikt via de prejudiciële procedure. Feit blijft dat ook de nationale rechter geen opdracht krijgt de concrete situatie van de klager in de zaak nog in ogenschouw te nemen.³¹ In de zaak *ERSA* is iets meer aandacht voor de concrete

31 Deze opdracht krijgt de nationale rechter in de zaak *Wachauf* juist uitdrukkelijk mee. Dit onder verwijzing naar de beoordelingsruimte die de in die zaak centraal staande verordening de nationale autoriteiten laat. Het lijkt erop dat de inhoud van het secundaire Gemeenschapsrecht van invloed is op de vraag welk niveau de gerechtvaardigdheid van een inbreuk op het eigendomsrecht toetst. In de zaak *Wachauf* is de benadering als zodanig op het Europese niveau net zo algemeen en abstract als in de zaak *Hauer*.

positie van de klagers. De zaak Wachauf is typisch in de zin dat het Hof eigenlijk een aantal concrete suggesties meegeeft aan de nationale rechter, maar deze in zeer algemene bewoordingen weergeeft en daarmee meer abstractie dan zaaksgerichtheid suggereert. In de zaak Kadi en Al Barakaat is de toon weer heel algemeen, maar richt het Hof zich uiteindelijk toch sterk op het individuele geval van Kadi zelf. Tegelijkertijd klinkt in de uitspraak algemene afkeuring door van de huidige werking van het 'smart sanctions'-systeem. Het is daardoor nog maar de vraag of het Hof zal overgaan tot een concrete toets op het moment dat het het systeem als zodanig in orde heeft bevonden.

Een andere mogelijke verklaring voor de algemene en abstracte benadering zou gelegen kunnen liggen in de voorkeur van het Hof voor de instrumentele benadering, voor de beoordeling van het middel en vooral het op waarde schatten van het daarmee gediende doel (nu eens met, dan weer zonder oog voor de geschiktheid van de maatregel). Het ligt in zo een benadering minder voor de hand om een concrete toets uit te voeren. Het belang van een Gemeenschapsregel wint over het algemeen aan belangrijkheid als het in meer algemene termen verwoord en in aanmerking genomen wordt. De focus op het algemene, gemeenschapsrechtelijke belang is zo groot dat dit ook het enige aandachtspunt van het Hof lijkt te zijn, waardoor de individuele eigendomsrechtelijke belangen buiten beeld blijven. Zie bijvoorbeeld de redenering in de zaak Hauer: het belang bij het beschermen van de Gemeenschapsbelangen is zo groot dat het voorrang geven aan de belangen van de Gemeenschap niet disproportioneel kan worden geacht. En in de zaak Booker Aquaculture gaat het Hof nog een stapje verder door te oordelen dat de belangen van de viskwekers worden gediend met de richtlijn. Het lijkt hierbij niet uit te maken op welk terrein van het Gemeenschapsrecht zich een eventuele schending met het eigendomsrecht voordoet. Zowel in de zaken die betrekking hebben op het communautaire landbouwbeleid (Hauer, Wachauf, Bostock, Booker Aquaculture di Lenardo Adriano (zij het dat het daar met name om het recht op de vrije uitoefening van een beroepsactiviteit gaat) en ERSA), als in zaken die daarbuiten vallen (Bosphorus en Nold) is het Hof van Justitie niet snel geneigd een schending van het eigendomsrecht aan te nemen. Het Hof lijkt in zijn algemeenheid niet snel geneigd om het eigendomsrecht van een gelijk niveau te achten met de daar tegenoverstaande communautaire belangen (en ook in de zaak waarin wel een schending van het eigendomsrecht geconstateerd wordt, Kadi en Al Barakaat, worden de beperkingsmogelijkheden van dat recht benadrukt). Het is onduidelijk of het element van de veellagigheid hier een rol speelt, of de terughoudendheid van het Hof met andere woorden is terug te voeren op een keuze voor terughoudendheid ten opzichte van de andere Gemeenschapsinstellingen, c.q. de lidstaten. Uit de wijze waarop het Hof het eigendomsrecht interpreteert, spreekt mijns inziens een meer fundamentele terughoudendheid, welke niet direct verband houdt met institutionele relaties, of het nu gaat om die met de andere Europese instellingen of met de nationale autoriteiten. De terughoudendheid lijkt veeleer voort te vloeien uit

de keuze het belang bij de bescherming van de doelstellingen van de Europese Unie voorop te stellen. Bij de interpretatie van het eigendomsrecht en het ontwikkelen van de rol van dit recht in de communautaire rechtsorde wordt wel verwezen naar de constitutionele tradities van de lidstaten, maar daarbij legt het HvJ geen verband tussen een bepaalde vrijheid van de lidstaten en daarmee gepaard gaande terughoudendheid van het Hof als het gaat om de toetsing aan het eigendomsrecht. De verwijzingen naar het recht van de lidstaten dienen steeds om aan te geven dat ook daar het eigendomsrecht niet absoluut is en beperking daarvan worden geaccepteerd. De formulering in de zaak Wachauf is in dit verband illustratief, omdat het Hof hier meer doet dat het louter onderstrepen van het niet-absolute karakter van het eigendomsrecht en expliciet aangeeft dat de bescherming van dit recht in beginsel ondergeschikt is aan de met Europese (economische) eenwording gediende belangen:

“De door het Hof erkende fundamentele rechten hebben echter geen absolute gelding, maar moeten in relatie tot hun sociale functie worden beschouwd. Het genot van het eigendomsrecht en devrijheid van beroepsuitoefening kunnen dus met name in het kader van een gemeenschappelijkemarktordening aan beperkingen worden onderworpen (...).”³²

Nu zou men kunnen stellen dat met deze benadering de terughoudendheid van het Hof toch betrekking heeft op de relatie van het Hof met de communautaire instellingen die tenslotte verantwoordelijk zijn voor de maatregelen die in de hier besproken zaken voorliggen en die met het nastreven van het communautaire belang een inbreuk op het eigendomsrecht maken die het Hof vervolgens beoordeelt. In de meeste arresten ontbreekt het aan een uitdrukkelijke verwijzing naar de discretionaire bevoegdheden van de instellingen op dit gebied, zodat de terughoudendheid tenminste voor een deel ook in verband kan worden gebracht met de wens van het Hof tot bescherming van het Europese project als zodanig. De rol van de Gemeenschapsinstellingen valt er dan – voor wat betreft de reden voor de terughoudendheid bij het Hof – als het ware tussenuit. In de zaken Booker Aquaculture en ERSA wordt wel uitdrukkelijk gewezen op de “ruime beoordelingsbevoegdheid”, respectievelijk “ruime discretionaire bevoegdheid” van de Gemeenschapswetgever, zodat op basis van deze wat meer recente rechtspraak moet worden geconcludeerd dat de taakopvatting van het Hof binnen de verhoudingen met de Europese instellingen inmiddels wel een rol speelt.³³ Aangekend zij dat de verwijzing naar de discretionaire bevoegdheid in de eerste

32 Wachauf, r.o. 18, onderstreping FMJ. De onderstreepte toevoeging komt van alle in dit onderzoek betrokken eigendomsrechtelijke zaken alleen nog terug in de zaak Booker Aquaculture, zie r.o.68. In de andere zaken blijft het bij de opmerking dat een inbreuk op het eigendomsrecht werkelijk moet beantwoorden aan doeleinden van algemeen belang die de Gemeenschap nastreeft.

33 Zie Booker Aquaculture, r.o. 85 en ERSA, r.o. 131.

zaak plaatsvindt in verband met de beantwoording van de vraag of schade-loosstelling op zijn plaats zou zijn of niet, wat de verwijzing van iets andere orde maakt dan wanneer deze op de beperking van het eigendomsrecht sec betrekking zou hebben. De verwijzing in de zaak ERSa vindt plaats in indirecte vorm, namelijk door middel van het inroepen van een zaak waarin het Hof weer andere rechtspraak heeft ingeroepen waaruit de discretionaire bevoegdheid voor de Gemeenschapswetgever op het terrein van de landbouw spreekt. Uit de eigendomsrechtelijke *afwegingsjurisprudentie* volgt mijns inziens niet onomwonden dat de terughoudende opstelling van het Hof is te relateren aan de taakopvatting van het Hof ten opzichte van de Europese instellingen. De taakopvatting van het Hof als beschermheer van de interne markt is hieraan ten minste mede debet.

Tot slot, ook in zaken waarin het niet tot toepassing van de idee van afweging komt, valt op dat weinig aandacht is voor de bijzondere omstandigheden van het geval aan de zijde van degene die klaagt over Gemeenschapshandelen of Gemeenschapsrecht. Hier kan – naast de zojuist genoemde zaken Hauer en Booker Aquaculture – gewezen worden op de zaak Bosphorus waarin geen concrete beoordeling van de belangen van de vliegtuigmaatschappij plaats vindt. Hiervoor zouden dezelfde, hiervoor weergegeven, verklaringen kunnen worden aangedragen. Verder lijkt de conclusie gerechtvaardigd dat het Hof – los van de vraag of er sprake is van toepassing van (een vorm van) de idee van afweging – een algemene en abstracte benadering de voorkeur heeft.

Voor wie op zoek is naar duidelijke aanwijzingen omtrent de afwegingspraktijk van het Luxemburgse Hof is de oogst wat mager. Tegelijkertijd heeft de hiervoor uitgevoerde analyse laten zien dat ook in jurisprudentie waarin niet uitdrukkelijk aandacht is voor de toepassing van de idee van afweging, het wel mogelijk is elementen van de blauwdruk te herkennen en aan de hand daarvan de uitspraken op het punt van de toepassing van de idee van afweging te analyseren.³⁴ Over de vraag of het een gemis betreft, en zo ja op welke wijze, dat het Hof van Justitie zo weinig uitdrukkelijk aandacht besteedt aan de toepassing van de idee van afweging, handelt deel III van onderhavig onderzoek. Bovendien is het nog wat vroeg die vraag nu al op te werpen, omdat het grootste deel van de geselecteerde uitspraken nog bespreking behoeft, zie daarvoor de nu volgende paragrafen 9.3 en 9.4.

34 Wat een belangrijke aanwijzing is dat met de selectie van zaken als zodanig niets mis is. Dat idee zou kunnen ontstaan nu het in zo weinig zaken daadwerkelijk tot een afweging komt. Bij de selectie is echter alleen gekeken of de ingrediënten voor een eventuele afweging aanwezig waren: een conflict tussen fundamentele rechten en belangen en een verwijzing naar (een rol voor) het evenredigheidsbeginsel. Dat er vervolgens bij de toepassing van het evenredigheidsbeginsel in de communautaire, eigendomsrechtelijke jurisprudentie zo weinig aandacht is voor proportionaliteit in strikte zin is een bevinding die om nadere analyse vraagt, maar geen reden om met terugwerkende kracht te twijfelen aan de zakeselectie als zodanig.

9.3 DE TOEPASSING VAN DE IDEE VAN AFWEGING IN ZAKEN BETREFFENDE HET COMMUNAUTAIRE EVENREDIGHEIDSBEGINSEL

Als gezegd valt een onderzoek naar de inhoud en werking van het communautaire evenredigheidsbeginsel, dat van oorsprong voornamelijk een rol speelt ten aanzien van punitieve communautaire handelingen of maatregelen, buiten het bestek van deze studie. Tegelijkertijd is er een drietal zaken geselecteerd op basis van hun grondrechtelijk karakter waarin de toepassing van de idee van afweging plaatsvindt onder de noemer van het gemeenschapsrechtelijke evenredigheidsbeginsel (en dus niet geïncorporeerd in de grondrechtelijke kwestie). Vanwege de mogelijke relevantie van de uitspraken voor een onderzoek naar de toepassing van de idee van afweging – dat, in theorie althans, ook in het communautaire evenredigheidsbeginsel ligt besloten – in de grondrechtenjurisprudentie van het HvJ EU, is besloten het drietal zaken niet van het onderzoek uit te sluiten. Het leek als gezegd wel het meest zuiver de uitspraken in een korte eigen paragraaf te bespreken.

Aanleiding voor de zaak Van den Bergh (1987)³⁵ vormt de poging van de Commissie om de boterberg te verminderen door op basis van een verordening rond kerstmis de afzet van 200.000 ton boter tegen een verlaagde prijs op de markt mogelijk te maken. De margarine en dus geen boter producerende bedrijven Van Den Bergh en Jurgens en Van Dijk stellen van deze ‘kerstboteractie’ schade te ondervinden in de vorm van een verminderde omzet. Hun verzoek om schadevergoeding baseren zij onder meer op de onwettigheid van de betrokken verordening wegens strijd met het evenredigheidsbeginsel. Wanneer men de door het Hof aangelegde toets in ogenschouw neemt, die zich niet specifiek richt op grondrechten, komt de zaak strikt genomen als gezegd niet voor bespreking in aanmerking. Bespreking van de zaak is toch nuttig, omdat deze laat zien dat toepassing van proportionaliteit in strikte zin alles behalve vanzelfsprekend is in de context van de Luxemburgse rechtspraak. Al snel wordt namelijk duidelijk dat ook het evenredigheidsbeginsel zoals dat in de zaak Van Den Bergh en Jurgens en Van Dijk een rol speelt, niet het in dit onderzoek bestudeerde element van proportionaliteit in strikte zin bevat. Het Hof van Justitie oordeelt in rechtsoverweging 31 van de uitspraak:

“Volgens vast rechtspraak moet bij het onderzoek van de vraag of een beperking van gemeenschapsrecht in overeenstemming is met het evenredigheidsbeginsel, worden nagegaan of de aangewende middelen geschikt zijn ter verwezenlijking van het beoogde doel en niet verder gaan dan ter bereiking van dat doel noodzakelijk is.”

35 HvJ EG 11 maart 1987, zaak 265/85, Van den Bergh en Jurgens BV en Van Dijk Food Products (Lopik) BV t. Europese Economische Gemeenschap, *Jur.* 1987-II, p. 1155.

De “klaarblijkelijke ongeschiktheid” van een maatregel kan de geldigheid van die maatregel aantasten, maar voor het overige beschikken de communautaire instellingen op het gebied van het gemeenschappelijk landbouwbeleid over een ruime discretionaire bevoegdheid. Vanuit dat laatste punt is dan wel opvallend dat het Hof van Justitie heel feitelijk toetst of de kerstboteractie achteraf gezien effect heeft gehad. Nu het een direct beroep betreft, is het Hof ook de aangewezen instantie om het geschil te beslechten. Maar gelet op de grote discretionaire bevoegdheid voor de instellingen had het Hof wellicht wat meer afstand kunnen nemen van de beslissing van de instellingen. Aan de andere kant zou de feitelijke toets het resultaat kunnen zijn van de toetsingsmaatstaf – de doel/middel-toets – die het Hof de instellingen en zichzelf aanlegt. Als dat de toetsingsmaatstaf is en er wordt over het middel geklaagd, zit er niets anders op dan te onderzoeken of het doel gehaald is. Nu er sprake blijkt te zijn van een extra verkoop van 40.000 ton boter en daarmee een snellere vernieuwing en verversing van de botervoorraad, en nu uit het dossier niet blijkt dat onder “juridisch, economisch en psychologisch aanvaardbare omstandigheden” geschiktere (doeltreffendere en goedkopere!) maatregelen voorhanden waren, is voldaan aan de vereisten van geschiktheid en subsidiariteit (r.o. 32 en 33).³⁶ Toch neemt dit alles niet weg dat de vraag of het doel het gekozen middel ook heiligt, nog altijd een zelfstandige rol kan hebben te spelen.

In de zaak Van Den Bergh kiest het Hof op voorhand echter voor louter een doel/middel-toets en uitsluiting van de evenredigheid in strikte zin. Dit kan te maken hebben met de insteek van de klacht van de klagers, die heel duidelijk de ongeschiktheid en ondoeltreffendheid van de kerstboteractie betogen (r.o. 30). Niettemin laat de zaak zien dat ook vanuit het Hof zelf een voorkeur lijkt te bestaan voor de doel/middel-toets boven de evenredigheid in strikte zin. Het Hof voelt zich immers niet geroepen een of meer overwegingen aan de proportionaliteit in strikte zin te wijden. Hiermee lijkt de in hoofdstuk twee van deel I beschreven Luxemburgse invulling van het proportionaliteitsbeginsel te worden bevestigd.

Aanleiding voor de zaak ABNA Ltd e.a. (GK, 2005) zijn de prejudiciële vragen van een Britse, een Italiaanse en een Nederlandse rechter in zaken waarin producenten van mengvoeders voor dieren een op het Gemeenschaps-

36 Men vergelijk de conclusie van AG Lenz van 5 december 1986 in de gevoegde zaken 279, 280, 285 en 286/84 Rau/Commissie, *Jur.* 1987-II, p. 1084, die ook als conclusie dient bij de hier besproken zaak met dien verstande dat de AG niet zozeer de daadwerkelijke effectiviteit van de kerstboteractie beoordeelt, maar op basis van de conclusie dat de Commissie geen enkel ander middel tot haar beschikking had het boteroverschot te doen afnemen. Nu er ook geen andere redenen zijn aan te voeren waarom de actie onrechtmatig zou zijn, is geen sprake van een schending van het proportionaliteitsbeginsel.

recht gebaseerde nationale regeling aanvechten.³⁷ Die regeling verplicht hen om, anders dan voorheen, de inhoud van de mengvoeders bekend te maken middels een opgave van de percentages van de verschillende ingrediënten. Doel van de betreffende Gemeenschapswetgeving is de bescherming van de volksgezondheid. Als bekend is wat in welke hoeveelheden in de diervoeders zit, vergroot dit de traceerbaarheid van mogelijk besmette voedermiddelen, iets waaraan na de BSE- en dioxinecrises behoefte bestaat. Eén van de klachten van de producenten is dat de verplichtingen uit de richtlijn (het op de zak weergeven van de ingrediënten in ruwe percentages en het op verzoek van de afnemer toesturen van de exacte gewichtspercentages) het gemeenschapsrechtelijke evenredigheidsbeginsel schenden. Volgens vaste rechtspraak behelst toetsing aan dit beginsel het beoordelen of een maatregel passend is en niet verder gaat dan noodzakelijk (r.o. 68). Het HvJ EG merkt echter op dat op het terrein als in de zaak ABNA aan de orde, de Gemeenschapswetgever een ruime discretionaire bevoegdheid toekomt. Het rechterlijk toezicht moet zich derhalve beperken tot het beantwoorden van de vraag of de maatregel niet kennelijk onevenredig is (r.o. 69). Toch toetst het HvJ EG vervolgens vrij precies de subsidiariteit van de maatregel (de geschiktheid heeft het al eerder aannemelijk geacht, zie r.o. 52-61). Het acht de verplichte opgave van de bestanddelen essentieel om snel handelen mogelijk te maken in geval van een voedselcrisis (r.o. 77-79). Het op verzoek van de klant opgeven van de exacte percentages bestanddelen acht het HvJ EG echter “niet nodig” (r.o. 80). Deze verplichting doet zelfs “ernstig afbreuk aan de economische belangen van de fabrikant” die immers de samenstelling van zijn producten moet onthullen en zo het risico loopt niet zelf van eventueel gedane investeringen te kunnen profiteren (r.o. 82). Bij de conclusie dat die specifieke verplichting dus niet kan worden gerechtvaardigd met een beroep op de bescherming van de volksgezondheid (en kennelijk verder gaat dan noodzakelijk) speelt mee dat de verplichting “losstaat van enig probleem van besmetting van voedermiddelen” (r.o. 83). Vervolgens deelt het Hof van Justitie mee dat gelet op het voorgaande geen antwoord meer hoeft te worden gegeven op de vraag of de betreffende verplichting een inbreuk maakt op het eigendomsrecht en het recht op vrije beroepsuitoefening (r.o. 88).

Twee dingen vallen op. Ten eerste heeft de aankondiging van een marginale toetsing (‘kennelijk onevenredig’) geen duidelijke gevolgen voor de uiteindelijk aangelegde toets. Het Hof van Justitie loopt de gewraakte maatregelen af, alsmede de door partijen aangedragen alternatieven. Het concludeert ten aanzien van de ene verplichting (bekendmaking globale percentages op de zak) dat deze passend is, terwijl de alternatieven dit niet

37 HvJ EG (GK) 6 december 2005, gevoegde zaken C-453/03, C-11/04, C-12/04 en C-194/04, ABNA Ltd e.a. t. Secretary of State for Health e.a. (verzoeken om een prejudiciële beslissing van het High Court of Justice, Queen’s Bench Division (England & Wales), de Consiglio di Stato (Italië) en de Rechtbank ‘s-Gravenhage (Nederland)), *Jur.* 2005-I, p. 10423.

zijn, en ten aanzien van de andere verplichting (bekendmaking exacte percentages aan de klant) oordeelt het dat deze evenmin passend is. Nu zegt het HvJ EG dat deze laatste maatregel kennelijk verder gaat dan noodzakelijk en in zoverre is rechterlijk ingrijpen op zijn plaats. Maar of het Hof van Justitie nu echt anders of minder intensief toetst en wat het één of het ander inhoudt, wordt niet duidelijk.

Verder lijkt sprake van iets meer dan louter een subsidiariteitstoets. Het HvJ EG overweegt dat de verplichting om de exacte bestanddelen aan klanten mede te delen ernstig afbreuk doet aan de economische belangen van de fabrikanten. Dit is niet slechts een doel/middel-benadering, zoals bij subsidiariteit gewoonlijk het geval is, maar een benadering waarbij de ernst van de inbreuk een rol speelt.³⁸ Een mogelijke verklaring hiervoor zou kunnen zijn dat de toepassing van het gemeenschapsrechtelijke evenredigheidsbeginsel (vaak beperkt tot de geschiktheid en noodzakelijkheid en subsidiariteit) hier ook moet doorgaan voor een toetsing aan fundamentele rechten als het eigendomsrecht en het recht op de vrije beroepsuitoefening.

De conclusie AG bij de zaak ABNA laat overigens mooi zien hoe onduidelijk de verhouding tussen het evenredigheidsbeginsel en toetsing van fundamentele rechten is, in ieder geval voor een deel van het publiek van het Hof van Justitie, de nationale rechter. De Britse en de Nederlandse rechter vragen naar de gerechtvaardigdheid van de betreffende richtlijn gelet op het eigendomsrecht en het evenredigheidsbeginsel afzonderlijk. De Italiaanse rechter wil weten of de richtlijn een inbreuk maakt op het eigendomsrecht “voorzover zij niet strookt met het evenredigheidsbeginsel”.³⁹ Voor de AG zelf valt de beoordeling van de evenredigheid van de richtlijn en van de houdbaarheid van de richtlijn vanuit het perspectief van de grondrechten, samen. Als de maatregelen “geschikt en noodzakelijk zijn om het door die bepalingen nagestreefde doel van bescherming van de volksgezondheid te verwezenlijken (...) zijn zij in overeenstemming met het evenredigheidsbeginsel, of dit nu autonoom wordt gezien of als grens van eventuele beperkingen van deze genoemde fundamentele rechten”.⁴⁰

Ook de prejudiciële procedure in de strafzaak tegen Uwe Kay Festersen (2007) betreft een toepassing van het gemeenschapsrechtelijke evenredigheidsbeginsel.⁴¹ Festersen, Duits onderdaan, heeft een boete opgelegd

38 Vgl. conclusie AG Tizzano van 7 april 2005, gevoegde zaken C-453/03, C-11/04, C-12/04 en C-194/04, *Jur.* 2005-I, p. 10429: “119. Ik zie daarom niet in wat de strengere bepaling van artikel 1, punt 1, sub b, tot deze doelstelling kan en wil bijdragen. Integendeel, tegenover het kleine beetje dat zij qua nieuwigheid en zin voor de bescherming van de volksgezondheid meebrengt, staan de enorme nadelen die zij voor de producenten van dier-voeders kan meebrengen.”

39 *Ibidem*, par. 22, 26 en 37.

40 *Ibidem*, par. 74 en par. 77.

41 HvJ EG 25 januari 2007, zaak C-370/05, Strafzaak tegen Uwe Kay Festersen (verzoek om een prejudiciële beslissing van het Vestre Landsret (Denemarken)), *Jur.* 2007-I, p. 1129.

gekregen, omdat hij zich niet hield aan het woonplaatsvereiste dat gold ten aanzien van door hem verkregen landbouwgrond in Denemarken. Als kersverse eigenaar van een stuk landbouwgrond groter dan twee hectare, had hij zich binnen zes maanden op het perceel moeten vestigen. De Deense *Vestre Landsret* stelt prejudiciële vragen aan het HvJ EG om te vernemen of het woonplaatsvereiste wel in overeenstemming is met het vrije verkeer van kapitaal.

De toetsing aan het evenredigheidsbeginsel houdt volgens het HvJ EG in dat gekeken wordt of de maatregel inhoudende het woonplaatsvereiste “geschikt is om de verwezenlijking van het nagestreefde doel te waarborgen en niet verder gaat dan nodig is om dat doel te bereiken” (r.o. 26). Anders gezegd, gezien moet worden of “de verplichting voor de verkrijger om zijn vaste woonplaats te vestigen op het verkregen agrarische erf (...) passend en noodzakelijk is ter bereiking van de (...) genoemde doelstellingen” (r.o. 29).⁴² Eerder in de uitspraak heeft het HvJ EG op aangeven van de Deense regering drie doelstellingen van het woonplaatsvereiste vastgesteld en ook als doelstellingen van algemeen belang geaccepteerd (r.o. 27-28). Het Hof concludeert uiteindelijk dat het woonplaatsvereiste slechts geschikt is om één van de drie doelstellingen te verwezenlijken (r.o. 30-33). Alleen ten aanzien van die doelstelling onderzoekt het vervolgens of de maatregel niet verder gaat dan noodzakelijk (r.o. 34). Hier verschijnt het in artikel 2 lid 1 van het Vierde Protocol bij het EVRM beschermde recht op de vrije woonplaatskeuze ten tonele (r.o. 36). Omdat de verplichting om op het aangekochte perceel te gaan wonen inbreuk maakt op een door het EVRM beschermd fundamenteel recht, is het “bijzonder ingrijpend” (r.o. 37). Bij de toetsing van de passendheid (met name subsidiariteit) van de maatregel toont het Hof dus oog voor de ingrijpendheid ervan. In de zaak Festersen wordt de ingrijpendheid van de maatregel nog onderstreept door te wijzen op het feit dat de maatregel een inbreuk maakt op een fundamenteel recht, namelijk de vrije woonplaatskeuze. Deze constructie heeft het HvJ EG nodig om zich te kunnen beperken tot het beantwoorden van de vraag of er een minder ingrijpende maatregel voorhanden is (en zich zo dus te beperken tot een subsidia-

42 Vgl. conclusie AG Stix-Hackl van 3 oktober 2006, zaak C-370/05, *Jur.* 2007-I, p. 1131, par. 23 voor de invulling van het evenredigheidsbeginsel als primair een doel/middel toetsing: “en de verenigbaarheid met het gemeenschapsrecht – zoals alle partijen hebben gesteld – in de onderhavige zaak in hoofdzaak wordt bepaald door een beoordeling van de evenredigheid, en dus afhankelijk is van de concrete verhouding tussen het doel en de middelen.” En par. 32: “en het evenredigheidsbeginsel eerbiedigen, dat wil zeggen dat zij geschikt zijn om de verwezenlijking van het nagestreefde doel te waarborgen en niet verder gaan dan nodig is om dat doel te bereiken.” Interessant is overigens het hieraan voorafgaande gedeelte van de opmerking van de AG waarin deze waarschuwt voor te snelle conclusies op basis van de gevalsafweging: “Echter, zelfs bij een veralgemening of toepassing van de beslissing in de zaak Ospelt op het onderhavige geval, blijft voorzichtigheid geboden, aangezien de regelingen van de lidstaten inzake de verkrijging van grond, wat de concrete inhoud en de nagestreefde doelen ervan betreft, op detailpunten verschillen (...).”

riteitstoets). Het Hof vindt dat de Deense regering de ineffectiviteit van aangedragen alternatieven niet voldoende aannemelijk maakt en stelt vast dat het woonplaatsvereiste een inbreuk maakt op het vrije kapitaalverkeer.⁴³

9.3.1 *Résumé – afweging en het communautaire evenredigheidsbeginsel*

Bij het formuleren van algemene bevindingen op basis van slechts drie uitspraken dient men uiteraard voorzichtigheid te betrachten. Tegelijkertijd gaat het hier niet om het formuleren van normatieve conclusies, maar om het samenvattend waarnemen van de wijze waarop het HvJ EU toepassing geeft aan de idee van afweging in een drietal zaken waarin het grondrechtelijk conflict wordt ingestoken via de band van het gemeenschapsrechtelijke evenredigheidsbeginsel. De voorkeur in alle drie de zaken voor een toetsing van de geschiktheid en noodzakelijkheid (al dan niet subsidiariteit) van de inbreuk lijkt de premisse te rechtvaardigen dat bij de toetsing aan het communautaire evenredigheidsbeginsel, minder nog dan in de eigendomsrechtelijke jurisprudentie, ruimte is voor toepassing van de idee van afweging. In de zaken ABNA Ltd e.a. en Festersen lijkt de subsidiariteitstoets echter verder te gaan dan een pure subsidiariteitstoets. Door ook aandacht te besteden aan de ingrijpendheid van de maatregel komt toepassing van een vorm van de idee van afweging dichterbij. Als mogelijke verklaring hiervoor zou als gezegd kunnen gelden dat beide zaken een 'grondrechtelijk tintje' hebben. Hierin zou het Hof aanleiding hebben kunnen zien om zich niet te beperken tot louter een doel/middel toetsing. Wat daarmee niet duidelijk wordt, is waarom in de zaak Van den Bergh, waarin toch ook sprake is van een eigendomsrechtelijk aspect, een hint naar de ingrijpendheid van de maatregel en daarmee naar de idee van afweging in het geheel buiten beeld blijft. Bovendien staat met name in de zaak Festersen het benoemen van het grondrechtelijke aspect in dienst van de beoordeling van de subsidiariteit van de ter beoordeling voorliggende maatregel. Het Hof lijkt zich al met al toch te beperken tot de instrumentele doel/middel-toets, waarbij met name de subsidiariteit van de maatregelen de hoofdrol opeist.

Verder valt op dat in twee van de drie zaken expliciet melding wordt gemaakt van een discretionaire bevoegdheid van de Gemeenschapswetgever, maar dat niet duidelijk wordt op welke manier een meer afstandelijke toetsing van het Hof van Justitie invulling krijgt. Het feit dat in die zaken een mogelijke inbreuk op grondrecht een rol speelt, het eigendomsrecht, lijkt geen aanleiding te vormen om toch strenger te toetsen. De grondrechtelijke dimensie lijkt in alle drie de zaken een minimale rol te spelen. Alleen in de zaak Festersen wordt het grondrecht, in dit geval de bewegingsvrijheid,

43 Hoewel de zaak Festersen materieel gezien zich ook afspeelt op het terrein van het landbouwbeleid, wijdt het HvJ EG geen overwegingen aan beoordelingsmarges voor nationale autoriteiten. Reden hiervoor is waarschijnlijk dat in de zaak Festersen een mogelijke schending met één van de vier fundamentele vrijheden aan de orde is, een terrein waarop het HvJ EG strikt toezicht houdt.

expliciet benoemd, maar dit lijkt vooral het doel te hebben de subsidiariteit van de voorliggende maatregel te beoordelen en niet om een afweging te maken tussen dat fundamentele recht en de doelen die de Deense regering voor ogen had met het door het Hof uiteindelijke afgekeurde woonplaatsvereiste. In de zaak ABNA wordt de ondergeschikte rol van de grondrechten in feite nog benadrukt als het Hof aangeeft dat beantwoording van de vragen die expliciet zien op de grondrechten van de betrokken bedrijven achterwege kan blijven, omdat al antwoord is gegeven op de vraag met betrekking tot het evenredigheidsbeginsel. Schijnbaar kan een afzonderlijke toetsing aan de grondrechten hieraan niets toevoegen. Hier valt in zoverre wat op af te dingen, dat juist vanuit het perspectief van een grondrechtelijke belang meer aandacht voor de ernst van de inbreuk op dat belang op zijn plaats zou zijn geweest. Deze benadering wordt door het Hof van Justitie echter niet gekozen. De toetsing aan het gemeenschapsrechtelijke evenredigheidsbeginsel bestaat uit een instrumentele doel/middel-toets en als er al een rol is weggelegd voor een grondrechtelijk belang, dan is dit het invulling geven aan die instrumentele doel/middel-toets. Juist vanwege de door het Hof van Justitie gekozen benadering is verder weinig te zeggen over de toepassing van de idee van afweging. De op basis van het hier besproken drietal zaken te trekken conclusie is vooral dat de idee van afweging in het kader van het communautaire evenredigheidsbeginsel niet bepaald een hoofdrol vervult, óók niet als er duidelijke grondrechtelijke componenten aan de zaak kleven.

9.4 DE TOEPASSING VAN DE IDEE VAN AFWEGING IN DE OVERIGE GRONDRECHTENJURISPRUDENTIE VAN HET HvJ EU

In de hierna te bespreken zaken zijn meestentijds het recht op de bescherming van het privéleven en de vrijheid van meningsuiting aan de orde. Bij het verzamelen van de te analyseren uitspraken is echter breder geselecteerd. Zo zijn er ook zaken uitgekozen die betrekking hebben op de menselijke waardigheid of de bescherming van religieuze overtuiging. Zaken met een dergelijk onderwerp zijn niet opgenomen in de analyse van de rechtspraak van het EHRM. De eerste reden om toch tot opname van de bedoelde zaken in dit deel van het onderzoek over te gaan, is gelegen in het feit dat er ten aanzien van het Hof van Justitie over het geheel genomen relatief weinig voor dit onderzoek relevante zaken voor handen zijn. Het ligt dan niet voor de hand om zaken betreffende een fundamenteel recht en waarin sprake is aan een toepassing van de idee van afweging uit te sluiten omdat niet het 'juiste' grondrecht aan de orde is. Verder zij in herinnering geroepen dat de vergelijkbaarheid van de Luxemburgse met de Straatsburgse jurisprudentie-analyses geen (hoofd)doel van dit onderzoek is. Mocht men toch tot een vergelijking willen overgaan, dan wordt deze door de bredere selectie van zaken juist gefaciliteerd, omdat het onvergelijkbare slechts ziet op de aard

van het onderwerp en niet op de beoordeling van de motivering van het Hof.⁴⁴

Voor wat de bespreking van de zaken betreft is de handelwijze dezelfde als hiervoor. De zaken passeren in chronologische volgorde de revue en na bespreking van de relevante feiten wordt de zaak aan de hand van de in deel I uiteengezette theorie omtrent de belangenafweging onder de loep genomen.

De eerste zaak die dan aan de orde komt, is *Vivien Prais t. Raad* (1976).⁴⁵ Hierin speelt meteen ook een in het kader van dit onderzoek bijzonder recht een rol, namelijk de godsdienstvrijheid. Vivien Prais wil graag als vertaalster bij de Europese Gemeenschap werken. Omdat de examendag op een voor haar belangrijke religieuze feestdag valt, vraagt zij de Raad van de Europese Gemeenschappen om de examendatum te wijzigen. De Raad weigert dit waarop Prais naar het HvJ EG stapt. Zij beroept zich onder meer op artikel 9 EVRM. De Raad ontkent niet dat dat artikel binnen de Gemeenschap als fundamenteel recht heeft te gelden. Het is het echter niet eens met Prais dat het recht met zich brengt dat examendata zodanig moeten worden gekozen om iedere kandidaat in de gelegenheid te stellen aan een examen deel te nemen, ongeacht diens religieuze overtuiging. Een dergelijke benadering zou een te grote administratieve last tot gevolg hebben.

Het Hof van Justitie benadrukt dat het gelijkheidsbeginsel (ook) met zich brengt dat de examens onder dezelfde voorwaarden plaatsvinden én dat iedereen hetzelfde geschreven examen maakt. Daarom is het noodzakelijk dat alle examens op hetzelfde moment plaatsvinden (r.o. 13 en 14). Het belang van mensen als mevrouw Prais om niet met een ongeschikte examendatum te worden geconfronteerd dient te worden afgewogen tegen deze noodzakelijkheid (r.o. 15). Tot een echte afweging komt het evenwel niet, omdat het Hof van Justitie een procedureel punt opwerpt: als een kandidaat de benoemende autoriteit, in dit geval de Raad, niet tijdig op de hoogte stelt van de moeilijkheid om op bepaalde data examen te doen, dan mag die autoriteit een verzoek voor een alternatieve datum weigeren, zeker indien reeds andere kandidaten zijn opgeroepen voor het examen (r.o. 16). Er bestaat geen plicht voor de benoemende instantie, ook niet op grond van artikel 9 EVRM, om bij het vaststellen van een examendatum eigenstandig een conflict te vermijden met religieuze dagen waarover de instantie “niet

44 Zoals ook in de inleiding van dit hoofdstuk betoogd, is het precieze grondrechtelijke onderwerp van de zaak ook weer niet zo belangrijk, nu het vooral gaat om de door het HvJ EU gekozen benaderingswijze. De zaken m.b.t. de godsdienstvrijheid en de menselijke waardigheid worden ook niet in een aparte paragraaf behandeld, omdat deze zaken inhoudelijk en qua toetsingsmethodiek wel dicht aanliggen tegen de uitspraken inzake de vrijheid van meningsuiting en het recht op privacy en zo dus minder dan de eigendomsrechtelijke zaken een eigen vorm lijken te hebben aangenomen.

45 HvJ EG 27 oktober 1976, zaak 130/75, *Vivien Prais t. Raad van de Europese Gemeenschappen*, *Jur.* 1976-II, p. 1589.

tijdig" is geïnformeerd (r.o. 17 en 18). De klacht van Prais wordt afgedaan met de vermelding dat zij de Raad pas nadat deze de examendatum had vastgesteld, had geïnformeerd over de samenloop van het examen met een religieuze dag.

Een eerste constatering met betrekking tot deze uitspraak is dat het Hof van Justitie de conflicterende belangen in de zaak onderkent (zie r.o. 6 tot en met 15). Het belang van Prais om niet met een vanuit religieus oogpunt ongeschikte datum te worden geconfronteerd wordt daarbij veralgemeniseerd en tegenover het algemene belang bij eerlijke examens geplaatst. Onder dat algemene belang worden overigens niet alleen de belangen van andere kandidaten geschaard, maar ook het belang van de Raad om de belangen van die kandidaten te waarborgen (om zo op eerlijke wijze een geschikte kandidaat te selecteren). Een tweede constatering is zodoende dat het Hof in de zaak Prais een abstracte benadering van de rechtsvraag als uitgangspunt kiest én dat het beide betrokken (groepen) belangen op hetzelfde niveau definieert. Vervolgens moet geconstateerd worden dat een inhoudelijke afweging plaats maakt voor een procedurele toetsing. Het Hof stelt in algemene bewoordingen de verplichtingen vast van zowel de kandidaat die om religieuze redenen stelt een examen niet te kunnen maken (namelijk het vooraf melden van problematische examendata), als de examenafnemende instantie (namelijk het rekening houden met vooraf gemelde problematische examendata), zie de r.o. 16-18. De oplossing van het geschil tussen mevrouw Prais en de Raad ligt hiermee in de beantwoording van de vraag of elk van de partijen aan zijn of haar procedurele verplichting heeft voldaan. Hierdoor is het in eerste instantie niet nodig om iets over het gewicht van de betrokken belangen te zeggen.

Deze uitspraak kan echter ook worden geduid in het licht van de in deel I besproken theorie van Sunstein. Het oordeel van het Hof van Justitie kan als shallow worden aangemerkt. Shallowness ziet op het vermijden van het daadwerkelijk beantwoorden van onderliggende fundamentele of morele vragen.⁴⁶ Een algemene en abstracte benadering kan uitmonden in een shallow oordeel, bijvoorbeeld omdat de gehanteerde algemene begrippen geen invulling wordt gegeven. Van dit laatste is in de zaak Prais sprake. Het Hof van Justitie doet immers geen uitspraak over wat het beroep van Prais op artikel 9 EVRM precies betekent. Het resultaat is dat het Hof kan instemmen met de uitkomst van de zaak zonder het eens te hoeven zijn omtrent welke betekenis van artikel 9 EVRM dan ook. Vanwege de gekozen procedurele benadering speelt artikel 9 EVRM in feite helemaal geen rol meer in de uitspraak. Wat er dient te gebeuren in het geval beide partijen aan hun procedurele verplichtingen hebben voldaan, wordt bovendien niet duidelijk, waarmee het shallow karakter van de uitspraak nog eens wordt bevestigd. Het is overigens niet zo dat elke procedurele toets per definitie shallow is. Anders dan de procedurele toetsing die men in de rechtspraak van het

46 Zie H3, par. 3.2.1.2.

EHRM aantreft, wordt bij de hier besproken procedurele toets echter geen koppeling gemaakt tussen het aan de orde zijnde fundamentele recht en de voorgeschreven procedurele toets. Daarom ontstaat in ieder geval de indruk dat de procedurele toets hier niet een invulling van een toetsing aan een fundamenteel recht betreft, zoals het geval is in de rechtspraak van het EHRM, maar eerder een manier vormt om het aan de orde zijnde fundamentele recht als zodanig op een afstand te plaatsen. Zo bezien is sprake van een shallow oordeel.

De in de uitspraak door het HvJ EG geformuleerde procedurele regel lijkt wel een 'wide', meer algemene⁴⁷ werking te kunnen worden toegekend. De algemene regel, inhoudende de procedurele verplichtingen van beide partijen, heeft immers een bredere, zaaksoverstijgende werking, in de zin dat deze in meerdere gevallen toepasbaar zal zijn. Toepassing van de algemene regel op 'het geval Prais' leert dat het niet voldoen aan de eigen verantwoordelijkheid, in de zin van het tijdig doorgeven van een religieuze feestdag, ook echt einde oefening is:

"Dat weliswaar verweerder [de Raad, FMJ] bij tijdig bericht van verhindering gehouden is alle redelijke maatregelen te nemen om te voorkomen dat examens worden georganiseerd op een dag waarop een kandidaat op grond van zijn godsdienst niet aanwezig kan zijn, doch in casu kan worden vastgesteld dat verweerder niet voor de vaststelling van de examendag op de hoogte is gesteld van het feit dat verzoekster op bepaalde dagen zou zijn verhinderd, en derhalve, nu de andere kandidaten reeds waren opgeroepen, mocht weigeren een andere dag aan te wijzen."

Bij de constatering dat Prais haar bezwaren niet tijdig kenbaar heeft gemaakt, houdt alles op. Dit past bij de wens van het Hof van Justitie om geen uitspraak te doen over de situatie waarin de bezwaren wel op tijd richting de Raad zijn gecommuniceerd. Dat de betekenis van de regel – en met name de onderliggende vraag over de betekenis van de godsdienstvrijheid – niet volledig wordt uitgewerkt, is een mooi voorbeeld van wat men – vrij naar Sunstein – een 'incompletely theorized argument' zou kunnen noemen. Dit argument laat ruimte voor Sunsteins *incompletely theorized agreements*, in het geval van de zaak Prais uitmondend in een enigszins lege, abstract geformuleerde procedureregulering.⁴⁸

Het arrest van het Hof van Justitie in de zaak Panasonic (1980)⁴⁹ draait – voor zover voor dit onderzoek relevant – om de vraag of een door de Commissie uitgevoerde verificatie in het kader van de handhaving van het mede-

⁴⁷ Zie H3, par. 3.2.1.2: uitspraak met een brede werking.

⁴⁸ Deze zogeheten 'incompletely theorized agreements' kunnen ook leiden tot narrowness: het zich verliezen in de details van de zaak en opgaan in de concrete omstandigheden van het geval, waarbij men het eens wordt over de uitkomst van een zaak, zonder overeenstemming te bereiken over de precieze achterliggende rationale, zie H3, par. 3.2.1.2.

⁴⁹ HvJ EG 26 juni 1980, zaak 136/79, National Panasonic (UK) Ltd t. Commissie van de Europese Gemeenschappen, *Jur.* 1980-II, p. 2033.

dingsingsrecht⁵⁰ verenigbaar is met de rechten van de betrokken onderneming onder artikel 8 EVRM en het evenredigheidsbeginsel. Het Hof van Justitie benadrukt in de zaak Panasonic dat fundamentele rechten onderdeel uitmaken van de algemene rechtsbeginselen op de naleving waarvan het Hof toeziet. De bescherming van het ingeroepen recht wordt daarbij als de uitzondering aangemerkt op de mededingingsrechtelijke regels: weliswaar kent artikel 8 EVRM het beginsel dat geen inmenging in de artikel 8 EVRM neergelegde rechten is toegestaan, maar het tweede lid maakt die inmenging onder omstandigheden mogelijk (vrij naar r.o. 19 van de uitspraak).⁵¹

Het Hof van Justitie komt in het vervolg van de uitspraak niet tot een toetsing aan artikel 8 lid 2 EVRM. Het stelt vast dat het toekennen aan de Commissie van een bevoegdheid om over te gaan tot verificaties tot doel heeft om de Commissie in staat te stellen te waken over de naleving van de gemeenschapsrechtelijke mededingingsregels en dat de naleving van die regels het algemeen belang, de belangen van individuele ondernemingen en de belangen van verbruikers dient (r.o. 20). De uitoefening van die bevoegdheid draagt bij aan de instandhouding van het gemeenschapsrechtelijke mededingingsstelsel. De naleving van de mededingingsrechtelijke eisen is een dwingende plicht voor de ondernemingen en dus kan niet worden gezegd dat wanneer de Commissie overgaat tot een verificatie, dit een inbreuk maakt op artikel 8 EVRM. In de zaak Panasonic springen de algemene bewoordingen van het Hof van Justitie in het oog. De uitoefening van de verificatiebevoegdheid maakt geen inbreuk op artikel 8 EVRM, omdat de Commissie iets doet wat ook voor de onderneming zelf van belang is, sterker nog, omdat de Commissie iets beschermt wat de onderneming zelf ook zou moeten beschermen.⁵²

50 Controles op de naleving van de communautaire mededingingsbepalingen, bijv. d.m.v. het controleren van de boekhouding van een bedrijf en het interviewen van personeel.

51 Waarbij het HvJ EG overigens niet ingaat op de vraag of een *rechtspersoon* een beroep kan doen op art. 8 EVRM, iets waarover het HvJ EG en het EHRM blijkens de latere uitspraken Hoechst/Commissie (HvJ EG 21 september 1989, gevoegde zaken 46/87 en 227/88, *Jur.* 1989, p. 2859), resp. Niemietz t. Duitsland (EHRM 16 december 1992, zaaknr. 13710/88) van mening verschilden, totdat het HvJ EG zich met het arrest Roquette Frères (HvJ EG 22 oktober 2002, zaak C-94/00, *Jur.* 2002-I, p. 9011) bij het EHRM aansloot.

52 Het HvJ EG oordeelt dus niet dat sprake is van een gerechtvaardigde inbreuk, maar echt dat überhaupt geen sprake is van een inbreuk. De conclusie van AG Warner in deze zaak van 30 april 1980, *Jur.* 1980-II, p. 2061 heeft dezelfde strekking. Anders dan het Hof incorporeert de AG het onderzoek naar een eventuele schending van fundamentele rechten in de uitlegging van het artikel in de richtlijn waarop de primaire klacht van Panasonic betrekking heeft. T.a.v. art. 8 EVRM concludeert de AG vervolgens dat niets in de tekst van dat artikel Panasonic het recht toekent dat het bedrijf zocht. Bij gebrek aan het aandrazen van andere gezaghebbende bronnen vangt Panasonic bot. Ook het beroep op het evenredigheidsbeginsel baat Panasonic niet. De AG beroept zich hierbij op de onwerkbaarheid van voorafgaande aankondiging van de redenen van een verificatie.

De vraag is in hoeverre voorgaande redenering ruimte laat voor het aan de kaak stellen van eventueel onterecht uitgevoerde verificaties, of verificaties waaraan uitvoeringsgebreken kleven. Hier zou een procedureel element van de evenredigheidsbeoordeling aan bod kunnen komen. Panasonic betoogt namelijk het dat de verificatie zonder voorafgaande rechterlijke toetsing alleen kan worden gelast als de toestand ernstig is en als spoed is geboden; ook is volgens Panasonic een strikte geheimhouding voorafgaand aan de verificatie noodzakelijk, terwijl de motivering van de beschikking inzake de verificatie hierover geen uitsluitel geeft. Het Hof van Justitie stelt echter dat de keuze voor een onaangekondigde verificatie afhangt van de “vereisten van een doeltreffend onderzoek, (...) in het licht van de bijzondere omstandigheden van elk geval” (r.o. 29). In dit geval wilde de Commissie gegevens verzamelen om een mogelijke schending van het Gemeenschapsrecht aan te tonen en daaruit blijkt volgens het Hof niet dat de Commissie onevenredig heeft gehandeld. Aan een werkelijk procedurele benadering komt het HvJ EG echter niet toe. Het enige wat het Hof zegt, is dat middel en doel in een evenredige verhouding staan. Het komt daarbij overigens niet tot een nadere beoordeling van de evenredigheid tussen het doel en de daarmee gepaard gaande aantasting van de rechten en belangen van Panasonic. In de kern komt de benadering in de zaak Panasonic daarmee neer op een algemeen en abstracte formulering van de bij een zaak betrokken rechten en belangen en een toetsing van de te dienen doelen zonder dat aandacht wordt besteed aan de vraag of de aantasting van rechten en belangen als gevolg van het nastreven van die doelen gerechtvaardigd is. Hierbij komt het element van procedurele zorgvuldigheid geen zelfstandige rol toe. Het wordt ondergeschikt gemaakt aan het belang dat in zijn algemeenheid met verificaties gediend wordt.

De uitspraak in de zaak Johnston (1986) laat zien dat het Hof van Justitie evenredigheid in strikte zin in beginsel onderkent.⁵³ Het betreft een gelijke behandelingszaak waarin de nationale rechter geconfronteerd wordt met de vraag of sprake was van een ongeoorloofd onderscheid op grond van geslacht, nu vrouwen niet langer voor bepaalde functies in de *Royal Ulster Constabulary* worden aangenomen, c.q. hun contracten voor die functies niet meer worden verlengd. Reden daarvoor is dat voor die functies om redenen van openbare orde het dragen van een wapen nodig wordt geacht, maar men het niet wenselijk vindt dat vrouwen dienstwapens dragen. De zaak naar aanleiding van de prejudiciële vragen die het Noord-Ierse *Industrial Tribunal* aan het Hof van Justitie stelt, draait voornamelijk om de dan geldende gelijke behandelingsrichtlijn, waarin toepassing wordt gegeven aan het proportionaliteitsbeginsel, als voorwaarde voor het kunnen maken van een

53 HvJ EG 15 mei 1986, zaak 222/84, Marguerite Johnston t. Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary (verzoek om een prejudiciële beslissing van het Industrial Tribunal (Noord-Ierland)), *Jur.* 1986-II, p. 1651.

gerechtvaardigd onderscheid. De Britse regering betoogt dat de lidstaten beschikken over een discretionaire bevoegdheid als het aankomt op het maken van het hiervoor weergegeven onderscheid om redenen van nationale veiligheid, openbare veiligheid of openbare orde.

Het Hof van Justitie overweegt enerzijds dat het niet uitgesloten is dat het laten dragen van vuurwapens door vrouwen de openbare veiligheid in gevaar kan brengen.⁵⁴ Anderzijds dient de bepaling van de gelijke behandelingsrichtlijn waarop het onderscheid tussen mannen en vrouwen wordt gebaseerd, strikt te worden uitgelegd én dient een eventueel gemaakt onderscheid periodiek te worden herbeoordeeld (r.o. 36 en 37). De reikwijdte, of zoals het Hof van Justitie het noemt, de draagwijdte, van de afwijking van het individuele recht op gelijke behandeling wordt daarnaast begrensd door het evenredigheidsbeginsel. Zonder het beginsel op de zaak toe te passen, het betreft immers een prejudiciële procedure, geeft het Hof van Justitie wel een omschrijving van de inhoud van dit beginsel. Afwijkingen van het gelijkheidsbeginsel mogen:

“niet verder gaan dan passend en noodzakelijk is ter verwezenlijking van het nagestreefde doel, en [er] moet zoveel mogelijk een evenwicht worden tot stand gebracht tussen het beginsel van gelijke behandeling en de eisen van openbare veiligheid die beslissend zijn voor de voorwaarden van uitoefening van de betrokken beroepsactiviteit” (r.o. 38).

De drietrapsraket van het proportionaliteitsbeginsel is hier duidelijk zichtbaar en stelt in zijn geheel beperkingen aan de mogelijkheden tot beperking van het gelijkheidsbeginsel en daarmee aan de discretionaire bevoegdheid van de lidstaten op dit punt. De nationale autoriteiten moeten het evenredigheidsbeginsel in aanmerking nemen.⁵⁵ Als gezegd past het Hof van Justitie de eigen regel niet toe vanwege de aard van de (prejudiciële) procedure. De zaak Johnston is wel een mooi voorbeeld van hoe het HvJ EG het evenredigheidsbeginsel onderkent door de nationale rechter op te dragen dit beginsel toe te passen. De taakverdeling met betrekking tot het evenredigheidsbeginsel is zodanig dat het aan de nationale rechter is om in het concrete geval het evenredigheidsbeginsel en de daarin vervatte idee van afwe-

54 Dit zou dan komen door een omgevingsfactor: temidden van de binnenlandse onlusten waar destijds sprake van was in Noord-Ierland zou het bewapenen van agentes kunnen leiden tot een hoger risico op moordaanslagen, waarbij de veronderstelling is dat zij gemakkelijker van hun wapen zouden kunnen worden beroofd dan mannen.

55 De precieze invulling van het beginsel moet destijds behoorlijk hard zijn aangekomen, aangezien deze ten tijde van de uitspraak in de zaak Johnston een hele andere was dan het destijds in het Verenigd Koninkrijk meer gebruikelijke principe van de *Wednesbury reasonableness*. Een opdracht aan de nationale autoriteiten m.b.t. het proportionaliteitsbeginsel treft men ook aan in de conclusie in deze zaak van AG Darmon van 28 januari 1986, *Jur.* 1986-II, p. 1654. Anders dan het Hof dat de opdracht niet in het dictum heeft opgenomen, neemt AG Darmon deze uitdrukkelijk op in zijn aanbevelingen aan het Hof: “As far as concerns the application of the relevant provisions of the directive to the measures concerned, it is for the national court to: (...) examine (...) whether the measures adopted are proportionate to the aims pursued.”

ging toepassing te geven. Zo blijkt uit deze uitspraak dat het Hof van Justitie het vooral tot zijn taak rekent om een toetsing aan het evenredigheidsbeginsel en de afwegingsidee voor te schrijven en eventueel het belang daarvan te onderstrepen, maar niet om die toetsing meer concrete handen en voeten te geven. Uiteraard kan de prejudiciële aard van de procedure hieraan in de weg staan, maar toch zou het – bijvoorbeeld vanuit het perspectief van de nationale rechter – niet onwelkom zijn geweest als het Hof aanwijzingen had gegeven over wat toepassing van de idee van afweging behelst. Wat negatief geformuleerd biedt de veellagigheid van het systeem van grondrechtenbescherming de gelegenheid om de beantwoording van deze laatste, wellicht lastige vraag achterwege te laten en daarmee de toepassing van de idee van afweging voor rekening van de nationale rechter te laten. Iets minder negatief geformuleerd biedt de werkwijze van het Hof van Justitie de nationale rechter veel vrijheid bij het invullen van en toepassing geven aan het evenredigheidsbeginsel en de daarin vervatte idee van afweging, wat deze rechter juist op het terrein van de grondrechtenbescherming misschien ook wel prettig vindt. Als er qua toepassing van de idee van afweging niets wordt voorgeschreven biedt dit bijvoorbeeld de gelegenheid de idee van afweging als meer retorisch argumentatiemiddel in te zetten.

De zaak Dow Chemical (1989) draait om door de Commissie afgegeven verificatiebeschikkingen.⁵⁶ Op basis hiervan zijn verificaties uitgevoerd bij de klagende bedrijven. Hun klacht onder artikel 8 EVRM wordt voor wat betreft het beroep op het huisrecht afgewezen. Het Hof van Justitie stelt dat rechtspersonen een dergelijk recht niet toekomt (r.o. 14). Rechtspersonen kunnen wel, net als natuurlijke personen, een beroep doen op artikel 8 EVRM met betrekking tot ingrepen in de privé-sfeer als zodanig. Hierna volgt evenwel geen toetsing volgens het stramien van artikel 8 lid 2 EVRM. Het Hof wijst – onder verwijzing naar de eerder besproken zaak Panasonic – op het grote gewicht dat het Gemeenschapsbelang toekomt, in dit geval op het grote belang van het uitvoeren van verificaties. Tegelijkertijd dienen aan de ruime bevoegdheden van de Commissie ter zake vanuit het oogpunt van de rechten die ondernemingen toekomen, grenzen te worden gesteld. In rechtsoverwegingen 26 en verder volgt een feitelijke toetsing van de bevoegdheden van de Commissie op basis van de verordening en de bevoegdheden die de personeelsleden in deze concrete verificatie procedure in de bestreden beschikkingen was toegekend. Het Hof toetst hierbij in hoeverre de concrete handelingen van de Commissie een inbreuk maken op de privésfeer van de onderneming. Onder verwijzing naar de bewoordingen van de beschikking komt het Hof van Justitie tot de conclusie dat hiervan geen sprake is.

56 HvJ EG 17 oktober 1989, gevoegde zaken 97/87, 98/87, 99/87, Dow Chemical Ibérica SA en Alcadia, Empresa para la Industria Química SA en Empresa Nacional del Petróleo SA tegen de Commissie, *Jur.* 1989-III, p. 3165.

Ondanks deze concrete toetsing, blijft de insteek van het Hof in de zaak Dow Chemical algemeen van aard. Het Hof beperkt zich tot het uitleggen van de richtlijn op basis waarvan de Commissieleden de verificaties uitoefenen en waarin staat opgesomd welke bevoegdheden de leden van de Commissie daarbij toekomen. Er is nauwelijks oog voor de concrete uitvoering van de bevoegdheden van de Commissie. De enige controle van het Hof bestaat hieruit dat het Hof oordeelt dat de beschikking op basis waarvan de Commissieleden in de zaak Dow Chemical hun bevoegdheden uitoefenden en waartegen Dow Chemical e.a. zich verzetten, de grenzen van de besproken richtlijn niet hebben overschreden. Over de vermeend onrechtmatige uitoefening van de verificatiebevoegdheden kan het Hof naar eigen zeggen geen uitspraak doen, omdat fouten in de uitvoering niet af kunnen doen aan de geldigheid van de verificatiebeschikking. Volgens vaste jurisprudentie kan de geldigheid daarvan niet worden aangetast door handelingen die zijn verricht nadat de beschikking is gegeven. De vraag of en zo ja, in hoeverre, sprake is van een te vergaande inbreuk op de rechten van de betrokken bedrijven kan hiermee dus in het geheel niet aan de orde komen.

Interessant vanuit het perspectief van de veellagigheid is dat het Hof van Justitie in het bijzonder aandacht besteedt aan de bevoegdheid van een nationale instantie, daaronder begrepen de nationale rechter, indien deze betrokken is bij de ten uitvoerlegging van de verificaties. Laatstgenoemde mag geen oordeel vellen over de noodzaak van de bevolen verificatie, dat is de taak van het Luxemburgse Hof zelf, maar de nationale instantie mag wel toetsen of de dwangmiddelen die de Commissie toekomt niet willekeurig zijn gekozen of te vergaand zijn met het oog op het voorwerp van verificatie. De nationale instantie mag ook toetsen of de uitvoering van de dwangmaatregelen in overeenstemming met het nationale recht is geschied (r.o. 32).⁵⁷ Dit heeft te maken met de procedurele autonomie die de lidstaten op basis van de van toepassing zijnde verordening toekomt als nationale autoriteiten bijstand verlenen in verificatieprocedures bij onwillige bedrijven. Hoe dit verder zijn praktische uitwerking zou kunnen hebben, wordt niet helemaal duidelijk. Het Hof wijdt hier geen overwegingen aan. Het concludeert slechts dat de personeelsleden van de Commissie niet buiten hun bevoegdheden zijn getreden bij de tenuitvoerlegging van de verificatiebeschikking.⁵⁸

57 De ondernemingen betogen nog dat sprake is van schending van het evenredigheidsbeginsel. Dit betoog kan echter niet tot het door hen gewenste resultaat leiden, omdat de onevenredigheid erin gelegen zou zijn dat zonder noodzaak een inbreuk is gemaakt op een nationale bepaling, terwijl de handelingen van de Gemeenschapsinstellingen alleen aan het Gemeenschapsrecht mag worden getoetst (r.o. 37 en 38).

58 De bijbehorende conclusie van AG Mischo van 21 februari 1989 in gevoegde zaken 46/87 en 227/88, *Jur.* 1989-III, p. 2875 biedt op geen enkel punt nadere toelichting. Een mogelijke verklaring hiervoor is dat het leeuwendeel van de conclusie betrekking heeft op de beantwoording van de vraag – onder meer via een uitgebreide rechtsvergelijkende analyse – of ook rechtspersonen een beroep op art. 8 EVRM kunnen doen. In het cluster van zaken waarop de conclusie betrekking heeft, is die vraag belangrijker dan het inhoudelijke art. 8 EVRM-argument van Dow Chemical e.a.

De zaak Commissie t. Nederland (1991)⁵⁹ draait om een tweetal oude regelingen in de Nederlandse Mediawet, bestaande uit een verplichting voor Nederlandse omroepinstellingen om zich bij het maken van hun programma's uitsluitend of grotendeels tot het Nederlandse Omroep Bedrijf (NOB) te wenden en beperkende voorwaarden waaronder bepaalde programma's uit andere lidstaten in Nederland mochten worden uitgezonden. De Commissie is van mening dat de regelingen in strijd zijn met het vrije dienstenverkeer. De Nederlandse regering stelt hier tegenover dat de maatregelen "gericht zijn op het behoud van de vrijheid van meningsuiting van de diverse maatschappelijke, culturele, godsdienstige en geestelijke stromingen in Nederland, zoals die via de pers, de radio of de televisie tot uiting moet kunnen komen" (r.o. 29). Onder verwijzing naar artikel 10 EVRM, stelt het Hof van Justitie voorop dat het beleid van de Nederlandse regering een dwingende reden van algemeen belang kan vormen op basis waarvan een beperking van het vrije dienstenverkeer gerechtvaardigd is (r.o. 30). Het concludeert echter dat de verplichting in de Mediawet voor Nederlandse omroepinstellingen om zich exclusief tot het NOB te wenden verder gaat dan voor het doel van de bescherming van de vrijheid van meningsuiting noodzakelijk is. Het Hof acht het niet aannemelijk dat het omroepbestel aan pluriformiteit inboet wanneer de omroepinstellingen zich tot andere – in andere lidstaten gevestigde – dienstverleners zouden kunnen wenden (r.o. 31). De tweede regeling die ter discussie staat, heeft betrekking op de voorwaarden waaronder reclameboodschappen mogen worden uitgezonden in Nederland indien deze zijn opgenomen in programma's afkomstig uit andere lidstaten. Ook deze regeling wordt niet objectief noodzakelijk geacht voor de bescherming van de pluriformiteit in omroepland (r.o. 42).⁶⁰ Tot een afweging tussen de vrij verkeersbepaling en de vrijheid van meningsuiting komt het in geval van deze tweede regeling evenmin.

Wat impliciet in het oordeel van het Hof besloten ligt, is een Alexy-achtige benadering, in die zin dat de ernst van de inbreuk op het vrij verkeer reden lijkt om de Nederlandse regelgeving af te keuren. Met name bij de beoordeling van de gerechtvaardigdheid van het verplicht gebruik maken van het NOB wordt dit duidelijk. In het kader van de noodzakelijkheidstoets wijst het Hof op de beschikbaarheid van minder belastende alternatieven voor een verplicht gebruik van het NOB die het ook mogelijk maken een pluriform omroepbestel te handhaven. Ten aanzien van de verplichte structuur voor omroepinstellingen wijst het Hof erop dat deze eis niet objectief noodzakelijk is om een pluriform omroepbestel te garanderen. Ook hierin ligt een Alexy-benadering besloten, zij het nog iets meer impliciet. Maar als

59 HvJ EG 25 juli 1991, zaak C-353/89 Commissie van de Europese Gemeenschappen t. Koninkrijk der Nederlanden, *Jur.* 1991-7I, p. 4069.

60 Dit geldt dan de voorwaarden die de Mediawet stelde aan de structuur van de buitenlandse omroepinstellingen. De regeling behelst ook voorwaarden aan de reclameboodschappen zelf (duur en moment van uitzending). Nu de STER hierdoor in een betere concurrentiepositie wordt gebracht dan de buitenlandse omroepinstellingen, is ook deze regeling in strijd met het vrij verkeer van diensten (r.o. 45-47).

een maatregel objectief niet noodzakelijk is, is de inbreuk op in dit geval het vrij verkeer bij voorbaat te ernstig. De toepassing van de methode-Alexy is ook nu weer eenzijdig in de zin dat de ernst van de inbreuk centraal staat, maar dat niet uitdrukkelijk gekeken wordt naar het belang van het doel dat met de inbreuk gediend wordt.

De zaak Commissie t. Bondsrepubliek Duitsland (1992)⁶¹ betreft een inbreukprocedure die de Commissie heeft aangespannen omdat zij met de Duitse regering van mening verschilt over de verenigbaarheid met het Gemeenschapsrecht van een Duits verbod op de invoer door particulieren van medicijnen die in Duitsland uitsluitend op recept verkrijgbaar zijn en die in een andere lidstaat door een arts zijn voorgeschreven en in een apotheek zijn gekocht. Het Hof van Justitie oordeelt kort gezegd dat nu de voorwaarden voor toegang tot het beroep van arts, respectievelijk apotheker en de wijze van uitoefening van die beroepen zijn geharmoniseerd, er voldoende waarborgen bestaan voor Duitsland om op de deskundigheid van de betrokken professionals te kunnen vertrouwen (r.o. 14-20). Duitsland voert nog aan dat het niet mogelijk is om, zonder een inbreuk te maken op de privacy en de vertrouwelijkheid van medische gegevens, te controleren of individuen niet meer invoeren dan de voor persoonlijk gebruik benodigde hoeveelheden. Het beroep op artikel 30 EG-verdrag (huidig artikel 36 VWEU) en de mogelijkheid om een het vrij verkeer van goederen te beperken met het oog op “de gezondheid en het leven van personen” dient volgens het Hof van Justitie te worden uitgelegd “in het licht van de algemene rechtsbeginselen en met name van de fundamentele rechten.” Laatstgenoemde zijn echter niet absoluut en kunnen worden beperkt, mits de beperkingen niet verder dan noodzakelijk gaan en het fundamentele recht niet in de kern aantasten (r.o. 23). Juist de bescherming van de gezondheid en het leven van personen kan een doel zijn dat de beperking van het recht op privacy en de geheimhouding van medische gegevens rechtvaardigt. Het Hof van Justitie geeft de Duitse regering mee dat controles toegestaan zijn, maar wel zo moeten worden ingericht dat zij het medisch geheim niet bovenmatig aantasten (r.o. 24 en 25). Uit deze overweging spreekt – middels de kernrechtbenadering, het fundamentele recht mag niet in de kern (niet bovenmatig) worden aangetast – een meer uitdrukkelijke toepassing van het beginsel van proportionaliteit in strikte zin en niet het noodzakelijkheids- of geschiktheidsvereiste. De overwegingen van het Hof zijn evenwel zo summier dat niet meer dan het volgende kan worden opgemerkt.

Er is in eerste instantie sprake van een conflict tussen een vrijverkeerbepaling en een beroep op een rechtvaardigingsgrond (bescherming van de gezondheid en het leven van personen). De nationale autoriteiten stellen vervolgens dat de door de Commissie voorgestelde wijze van waarborgen van,

61 HvJ EG 8 april 1992, zaak C-62/90, Commissie van de Europese Gemeenschappen t. Bondsrepubliek Duitsland, *Jur.* 1992-4, p. 2575.

kort gezegd, de volksgezondheid in strijd komt met het fundamentele recht op privacy. Daardoor ontstaat in tweede instantie een conflict tussen de vrijverkeer bepaling, de rechtvaardigingsgrond en het recht op privacy. Het Hof van Justitie brengt de kwestie terug tot een bipolair conflict tussen de vrijverkeer bepaling en de rechtvaardigingsgrond, door te stellen dat de laatste dient te worden uitgelegd in het licht van de fundamentele rechten. Waar in deel I van dit onderzoek dus betoogd is dat oog moet worden gehouden voor het gevaar van de afwegingsmetafoor dat deze veel conflicten ten onrechte tot een tweedimensionaal conflict kan terugbrengen, kiest het Hof van Justitie hier bewust voor het formuleren van het conflict als bipolair. Dit overigens zonder dat de afwegingsmetafoor het Hof hiertoe lijkt aan te zetten. Tot slot valt op dat het conflict vervolgens, gelet op de zeer algemene bewoordingen, ook in algemene zin lijkt te zijn beslecht. Bescherming van de gezondheid en het leven van personen is in beginsel een voldoende zwaarwegend doel om het recht op privacy te beperken. Het conflict wordt hiermee heel abstract gehouden, in de zin van shallow, nu niet nader wordt aangegeven wat precies onder de geselecteerde algemene belangen dient te worden verstaan noch wat de bescherming van deze belangen precies praktisch behelst.

De opmerkingen van het Hof met betrekking tot het grondrechtenvraagstuk als zodanig zijn waarschijnlijk ook zo summier, doordat het Hof snel schakelt naar het concrete niveau met de opmerking dat de Duitse regering haar argument met betrekking tot het recht op privacy niet heeft onderbouwd met bewijzen waaruit blijkt "dat het voor haar onmogelijk was controlemaatregelen te nemen die, zonder het medisch geheim bovenmatig aan te tasten, voldeden aan wat, (...), voor de bescherming van de volksgezondheid en het leven van personen vereist is" (r.o. 25). Het Hof grijpt de gelegenheid om een algemene discussie te vermijden door onder verwijzing naar de concrete feiten te stellen dat die algemene discussie niet behoeft te worden gevoerd. Omdat de Duitse regering niets heeft aangevoerd ter onderbouwing van haar standpunt dat het algemene belang bij de bescherming van de volksgezondheid een inbreuk op het recht op privacy kan rechtvaardigen, kan het Hof in het midden laten welke concrete maatregelen in het kader van de bescherming van de volksgezondheid zich niet zouden verdragen met het recht op privacy. Ik denk zelfs dat het Hof dit moet doen, omdat het vreemd zou zijn als het Hof uit eigen beweging zomaar wat concrete maatregelen zou noemen. Dat zou zich moeilijk verdragen met de rol van het Hof van Justitie en die van de rechter in zijn algemeenheid.

Het Hof van Justitie kiest in de zaak TV10 (1994) eenzelfde benadering als hiervoor omschreven in de zaak Commissie/Duitsland (1992).⁶² Ook nu

62 Vandaar dat de bespreking van de TV10-zaak chronologisch gezien naar voren wordt gehaald. HvJ EG 5 oktober 1994, zaak C-23/93, TV10 SA t. Commissariaat voor de Media (verzoek om een prejudiciële beslissing van de Raad van State (Nederland)), *Jur.* 1994-I, p. 4795.

beslecht het een bipolair conflict tussen een vrij verkeer bepaling en een rechtvaardigingsgrond, te weten doelstellingen van algemeen belang. De gelijkstelling van een officieel in het buitenland (Luxemburg) gevestigde omroepinstelling met een in Nederland gevestigde omroepinstelling komt vervolgens volgens het Hof van Justitie in de zaak TV10 niet in strijd met het vrij verkeer van diensten. De uitzendingen van TV10 zouden op het Nederlandse publiek gericht zijn en dan is gelijkstelling volgens het Hof van Justitie gerechtvaardigd, omdat daarmee wordt verhinderd dat de instelling zich via het Gemeenschapsrecht kan onttrekken aan regels die bij vestiging in Nederland wel op haar van toepassing zouden zijn (r.o. 20-22). Ook de vrijheid van meningsuiting verzet zich hier niet tegen, omdat de regels waaraan TV10 door de gelijkstelling onderworpen zal zijn, juist gericht zijn "op het behoud van de meningsverscheidenheid en daarmee de vrijheid van meningsuiting (...)" (r.o. 25).

In deze zaak is uiteindelijk geen sprake van een afweging, omdat het Hof de botsing elimineert door de beperking van het vrije dienstenverkeer die mogelijk in strijd met een fundamenteel recht is, zodanig te interpreteren dat de beperking wordt geacht bij te dragen aan het behartigen van het fundamentele recht (vgl. de zaak Commissie t. Bondsrepubliek Duitsland⁶³). De rechtvaardigingsgrond wordt dus grondrechtenconform geïnterpreteerd en een botsing tussen de vrij verkeer bepaling en het grondrecht geëlimineerd.

De zaak TV10 is hierbij een goed voorbeeld van een klassieke uitspraak in een prejudiciële procedure. Het Hof laat zich namelijk in het geheel niet uit over de vraag of TV10 met de vestiging in Luxemburg en het invoeren van de vrij verkeer bepaling beoogt zich te onttrekken aan bepaalde Nederlandse wetgeving. Hiervoor zal moeten worden onderzocht op TV10 haar activiteiten geheel of hoofdzakelijk heeft gericht op Nederland. Het Hof geeft alleen de algemene regel dat de bepalingen inzake het vrij verkeer van diensten zich niet verzetten tegen gelijkstelling van TV10 met een in Nederland gevestigde omroep als is komen vast te staan dat TV10 niet of nauwelijks activiteiten ontplooit buiten de Nederlandse grenzen.

De prejudiciële procedure in de strafzaak tegen Johannes ter Voort (1992)⁶⁴ draait om de uitleg van het begrip 'geneesmiddel' in richtlijn 65/65/EEG. Het voor dit onderzoek interessante aspect aan de zaak heeft betrekking op de vraag of het in een reclamefolder aanprijzen van een kruidenthee als geneesmiddel, met als gevolg dat de richtlijn van toepassing is en er eisen kunnen worden gesteld aan de verhandeling van het product, een ongeoorloofde inbreuk maakt op de vrijheid van meningsuiting van een derde die dergelijke folders verspreidt. Het Hof van Justitie is hier kort over. De vrij-

63 HvJ EG 8 april 1992, zaak C-62/90, Commissie van de Europese Gemeenschappen t. Bondsrepubliek Duitsland, *Jur.* 1992-4, p. 2575.

64 HvJ EG 28 oktober 1992, zaak C-219/91, Strafzaak tegen Johannes Stephanus Wilhelmus Ter Voort (verzoek om een prejudiciële beslissing van de arrondissementsrechtbank Leeuwarden (Nederland)), *Jur.* 1992-8, p. 5485.

heid van meningsuiting van de derde wordt direct noch indirect geraakt door de toepassing van de richtlijn. De definitie van het 'geneesmiddel' in de richtlijn heeft niet tot doel en niet tot gevolg de uitingsvrijheid te beperken. De informatie mag verspreid worden en wordt ook anderszins niet bemoeilijkt. Het is alleen de verhandeling van het product die als gevolg van het aanprijzen als geneesmiddel onder de werking van de richtlijn kan vallen en aan een bijzondere regeling onderworpen kan worden (r.o. 37). Het Hof van Justitie is het niet eens met de veronderstelling dat de uitingsvrijheid van een derde die wel in verband staat met de fabrikant of verkoper van het product wel zou worden beperkt indien een middel onder de werking van de richtlijn valt. Als hiervan echter moet worden uitgegaan:

"moet er bovendien aan worden herinnerd, dat de aan de uitoefening van deze vrijheid inherente vereisten moeten worden afgewogen tegen de vereisten verband houdend met de door richtlijn 65/65 nagestreefde bescherming van de volksgezondheid" (r.o. 38).⁶⁵

In de zaak Ter Voort speelt de mogelijkheid tot beperking van het fundamentele recht dus een rol. Over de uit te voeren afweging tussen de uitingsvrijheid en de bescherming van de volksgezondheid verschaft het HvJ EG echter niet meer informatie dan dat artikel 10 EVRM bepaalt dat beperkingen van de uitingsvrijheid bij de wet moeten zijn voorzien en noodzakelijk moeten zijn in een democratische samenleving ter bescherming van de – in dit geval – volksgezondheid (r.o. 38). Hierbij speelt naar alle waarschijnlijkheid een rol dat het Hof er niet van overtuigd is dat in casu ook echt sprake is van een grondrechtenvraagstuk: het oordeelt in de zaak Ter Voort dat er geen sprake is van een inbreuk op het grondrecht. Daardoor hoeft het Hof de oplossingsrichtingen bij een daadwerkelijk conflict tussen de uitingsvrijheid en de vrij verkeer bepaling niet verder uit te werken. Over de benadering van de belangenafweging is uit de uitspraak dan ook weinig af te leiden.

⁶⁵ Vgl. de conclusie in deze zaak van AG Tesauro van 22 september 1992, *Jur.* 1992-8, p. 5496, par. 6: "(...) I completely rule out the possibility that the prohibition on disclosing information about the 'non-existent' (at least in the present state of scientific knowledge) therapeutic or prophylactic properties of a product may constitute a violation of Article 10 of the European Convention, especially since Article 10(2) provides for the possibility of restrictions on freedom of expression on grounds of the protection of public health. What is more, the Community legislation on medicinal products, as is clear from the answer given to the second question, has no effect whatsoever on freedom of expression where information on a product is published by a third party who has no link – not even indirectly – with the supplier or the seller of the product in question. It is scarcely necessary to emphasize that in the event, however, that such a link were established – which would mean that the product in question would have to be subjected to the system of prior authorization – freedom of expression unquestionably could not serve to circumvent the rules on the marketing of medicinal products to the detriment of consumers."

Korte vermelding verdient de zaak Christos Konstantinidis (1993).⁶⁶ Deze Griekse zelfstandige beklagt zich bij de Duitse rechter over de verplichte transcriptie van zijn naam van de Griekse naar de Latijnse schrijfwijze op zodanige wijze dat zijn naam naar zijn mening niet alleen wordt gewijzigd, maar ook misvormd. De Duitse rechter vraagt het Hof van Justitie om een prejudiciële beslissing ten aanzien van de verenigbaarheid van de verplichte omzetting met de vrij verkeer bepalingen, in het bijzonder de vrijheid van vestiging en de vrijheid van dienstverlening. Het Hof van Justitie plaatst de vrijverkeerbepaling in de sleutel van het verbod van discriminatie op grond van nationaliteit (r.o. 12). Hiertegenover stelt het de verplichte transcriptie (r.o. 13). Die verplichting als zodanig is niet in strijd met het dan nog EEG-verdrag. De regels inzake de transcriptie zijn pas onverenigbaar met het oude artikel 52 EEG-verdrag (het huidige artikel 49 VWEU) indien de vrije uitoefening van het recht op vestiging de facto wordt aangetast. Daarvan is sprake indien de verbastering van de naam zodanig is, dat het gevaar bestaat van persoonsverwisseling aan de zijde van de cliënten van de dienstverlener (r.o. 15 en 16).

Het Hof van Justitie komt tot de hiervoor beschreven benadering door de positie van iemand als de klager in deze zaak te vergelijken met die van anderen in een vergelijkbare positie. Ik ga er daarbij maar vanuit dat het Hof qua vergelijkbare positie (het Hof spreekt over “dezelfde omstandigheden”, r.o. 13) doelt op iemand die ook als zelfstandige werkzaam is, maar wiens naam niet ‘gewijzigd en misvormd’ in de burgerlijke stand wordt ingeschreven. De keuze voor een dergelijke ‘vergelijkende benadering’ ligt voor de hand in een zaak waarin het non-discriminatiebeginsel de hoofdrol speelt. Er is dan sprake van een ongerechtvaardigd onderscheid naar nationaliteit, en daarmee van een ongerechtvaardigde beperking van de vrijheid van vestiging, wanneer de regels voor omzetting van de Griekse naam de vrije vestiging de facto onmogelijk maakt. Anders gezegd, wanneer de inbreuk op dit recht dermate ernstig is dat uitoefening van het recht onmogelijk is. Zo geformuleerd heeft het Hof van Justitie oog voor de ernst van de inbreuk.

Er wordt geen expliciete aandacht besteed aan de selectie van de rechten en belangen waarop een inbreuk wordt gemaakt, alsook de rechten en belangen die deze inbreuk zouden (kunnen) rechtvaardigen. De botsing tussen de vrije vestiging en nationale procedureregels met betrekking tot de burgerlijke stand is enerzijds een gegeven. Er wordt geen werk gemaakt van het expliciteren van de belangen die met beiden (de vrije vestiging en de nationale procedureregels) gediend worden. Het is wellicht mede daarom moeilijk te bepalen wat de rol van het non-discriminatiebeginsel nu precies is. Het wordt niet gepresenteerd als belang dat gediend wordt met de bescherming van de vrije vestiging. Het beginsel lijkt een rol op de achtergrond te

66 HvJ EG 30 maart 1993, zaak C-168/91, Christos Konstantinidis t. Stadt Altensteig – Standesamt en Ladratsamt CALW – Ordnungsamt (verzoek om een prejudiciële beslissing van het Amtsgericht Tuebingen (Duitsland)), *Jur.* 1993-I, p. 1191.

spelen en los te staan van de toepassing van de idee van afweging. Het speelt vooral een rol bij de aanloop naar het plan van aanpak van het Hof van Justitie, maar verdwijnt dan van het toneel. Ook zonder het beginsel in te roepen het Hof had kunnen concluderen dat de vrijheid van vestiging niet zodanig mag worden aangetast dat de vrijheid de facto verdwijnt. Het non-discriminatiebeginsel lijkt de achterliggende rechtvaardiging te zijn voor het stellen van juist deze grens aan mogelijke beperkingen van de vrijheid van vestiging. Als te grote wijzigingen, zelfs misvormingen van namen als gevolg van regels van een lidstaat inzake de burgerlijke stand worden toegelaten, zullen met name niet-autochtone onderdanen van de betreffende lidstaat hiervan de dupe zijn.

X is reeds een aantal jaar werkzaam geweest bij de Commissie wanneer hij in 1989 opnieuw solliciteert voor een tijdelijke aanstelling als typist. In het kader hiervan wordt X verzocht zich te onderwerpen aan een medisch onderzoek. X gaat hiermee akkoord, zij het dat hij weigert zich aan een HIV-test te onderwerpen. De arts die het de overige onderzoeken verricht concludeert uiteindelijk dat X lichamelijk ongeschikt is om de functie van typist bij de Commissie te kunnen uitoefenen en communiceert zijn bevindingen ook naar de behandelend arts van X. Die laatste stelt dat X aan een verkaptte aidstest is onderworpen en dient hierover net als X zijn beklag in bij de Commissie. De zaak belandt na beoordeling door het Gerecht van Eerste Aanleg uiteindelijk bij het Hof van Justitie (X t. Commissie van de Europese Gemeenschappen (1994)). Voor onderhavig onderzoek is relevant het betoog van X dat sprake is van een schending van het recht op de eerbiediging van het privé-leven, zoals beschermd in artikel 8 EVRM.⁶⁷ Het Hof van Justitie stelt voorop dat grondrechten als artikel 8 EVRM beperkt kunnen worden indien deze beperkingen “daadwerkelijk beantwoorden aan doeleinden van algemeen belang en ten opzichte van het beoogde doel geen bovenmatige en ontoelaatbare ingreep vormen die de kern zelf van het gewaarborgde recht zou aantasten” (r.o. 18). Het Hof overweegt verder dat een medisch onderzoek bij aanwerving van personeel een gerechtvaardigd belang van de Gemeenschap dient “die hun taak moeten kunnen vervullen”, maar dat dit belang niet zo groot is dat dit een test tegen de wil van een betrokkene rechtvaardigt (r.o. 20). Anderzijds mag een instelling bij weigering van een test ervoor kiezen om – in de woorden van het Hof – het risico voor aanstelling van de betrokkene niet te nemen (r.o. 21). Tot een afweging van het Gemeenschapsbelang en het recht op respect van het privé-leven komt het zo niet, omdat het Hof van Justitie in feite een minder ingrijpend middel aandraagt dat de belangen van de Gemeenschap even goed behartigt: het niet aannemen van degene die een test weigert. In plaats van iemand tegen zijn of haar wil aan een aidstest te onderwerpen, kan men degene die wei-

67 HvJ EG 5 oktober 1994, zaak C-404/92 P, X t. Commissie van de Europese Gemeenschappen (Hogere Voorziening), *Jur.* 1994-I, p. 4737.

gert een dergelijke test te ondergaan, berichten dat hij of zij dan niet voor de betreffende functie in aanmerking komt. In casu is de weigering van X tot het ondergaan van een aidstest niet gerespecteerd en vernietigt het Hof van Justitie het arrest van het GvEA (behalve ten aanzien van het verzoek van X om schadevergoeding dat om procedurele redenen ook door het Hof van Justitie wordt afgewezen) en het besluit van de Commissie waarin X wegens lichamelijke ongeschiktheid geweigerd werd als tijdelijke functionaris.⁶⁸

De zaak X t. Commissie is zo in de eerste plaats een voorbeeld van een zaak waarin het Hof zich beperkt tot een subsidiariteitstoets: een minder ingrijpend middel, maar met hetzelfde resultaat, had kunnen en moeten worden aangewend. De zaak is daarnaast exemplarisch voor de zaken tot nu toe besproken in de zin dat niet uitdrukkelijk aandacht wordt besteed aan de selectie en definitie van rechten en belangen. Er staan twee partijen tegenover elkaar en uit wat zij aanvoeren ontstaat het samenstel van de in de afweging te betrekken rechten en belangen. De een beroept zich op zijn privé-leven en de ander op een algemeen belang bij het kunnen vervullen van zijn taak als Gemeenschapsinstelling en dat zijn de belangen die in aanmerking worden genomen. Wat daarbij opvalt, is dat de Gemeenschapsinstellingen op geen enkele wijze nader hoeven te concretiseren waarom zij hun taak niet zouden kunnen vervullen als zij mensen met een iets minder goede gezondheid in dienst zouden nemen. Hun belang behoeft geen verdere toelichting of rechtvaardiging.⁶⁹

Men zou wel kunnen zeggen dat de rechten en belangen enigszins worden gelijkgetrokken. Het recht op bescherming van het privé-leven van X wordt in die zin veralgemeniseerd dat het Hof de algemene regel formuleert dat niemand tegen zijn of haar wil aan een test mag worden onderworpen. Tegelijkertijd gaat het Hof niet zover om een meer algemeen recht aan de zijde van mensen in de positie van X te onderkennen, namelijk het recht om een test te mogen weigeren. Zodra men weigert een test te ondergaan, is het

68 GvEA 18 september 1992, gevoegde zaken T-121/89 en T-13/90, *Jur.* 1992-II, p. 2195.

69 Zonder dat het Hof hiernaar verwijst, biedt de conclusie van de AG wel enige toelichting: "in so far as the obligation for a candidate for appointment to undergo a medical examination prevents his being recruited to a post which might damage his state of health, the examination does indeed serve to protect health. Moreover the appointment of a person who, in view of his state of health, would not be able to perform his duties properly may result in overwork and additional stress for colleagues so that the medical examination may be regarded also as protecting the health of other persons" (conclusie AG Van Gerven van 27 april 1994, *Jur.* 1994-I, p. 4739, par. 27). Daarnaast accepteert de AG het argument dat de inbreuk de rechten en vrijheden van anderen dient: "[i]t is not only the Community institutions which have a direct interest in the proper functioning of their services performing tasks of public utility but the citizens too. Such proper functioning is compromised if the services are performed by employees who are frequently absent on grounds of ill-health" (*ibidem*). Ook nu blijft onbeantwoord de vraag of er niet middelen zouden moeten worden aangewend om ook minder gezonde mensen in staat te stellen een arbeidzaam leven te leiden. Wel verwierpt de AG het argument van de Commissie dat de inbreuk op art. 8 EVRM het economisch welzijn van het land, in dit geval de EG dan, dient (par. 28).

ook over en uit met de kansen op een baan. In hoeverre het privé-leven hier echt gerespecteerd wordt, is nog maar de vraag.⁷⁰

Dat het ook anders kan, laat de conclusie van de AG in deze zaak goed zien. Advocaat-Generaal Van Gerven komt wel degelijk tot een toetsing van de proportionaliteit in strikte zin van het handelen van de Commissie. Interessant is dat de AG hierbij gebruik maakt van de in deel I, hoofdstuk vier beschreven theorie van Sunstein inzake het judicial minimalism. Meer in het bijzonder beperkt de AG zich tot een narrow benadering van het conflict tussen X en de Commissie:

“It seems to me important, before analysing in detail the third part of the appellant’s first plea in law, to define the legal issue which it raises. In my view the only question is whether, when certain facts which might indicate immune deficiency have come to light during a medical examination, the Commission may carry out a T4/T8 test (and, partly on the basis of the negative results obtained, may refuse appointment) in the case of a candidate for recruitment as an official or other member of staff *without* informing the candidate in advance or seeking that person’s consent *and* in the knowledge that the candidate has expressly refused to undergo an HIV test. That is the only question I shall consider here and only in the context of the specific facts of the case as they were established by the Court of First Instance including for example the fact that the appellant was a candidate for a six-month appointment.”⁷¹

Nadat de AG, geheel volgens het stramien ook van artikel 8 EVRM, heeft onderzocht of sprake is van een wettelijke grondslag voor het handelen van de Commissie en of dit handelen een legitiem doel diende, gaat hij over tot de beoordeling van de proportionaliteit in strikte zin. Het is hier dat zijn narrow weergave van het geschil soelaas biedt. Ondanks het feit dat hij belangrijke legitieme doelen heeft geaccepteerd (gezondheid van X, gezondheid van anderen (potentiële collega’s van X) en het belang van de instellingen en de EU-onderdanen bij goed functionerende medewerkers en dus instellingen),⁷² komt hij tot de conclusie dat al deze belangen in dit geval niet opwegen tegen de inbreuk op het privé-leven van X. Doorslaggevend hiervoor is het feit dat X slechts solliciteerde voor een tijdelijke post van zes maanden en uitdrukkelijk zijn toestemming had geweigerd voor een HIV-test (par. 28). Door het conflict eng op te vatten, kan ook het proportionaliteitsoordeel tot de concrete omstandigheden van het geval worden beperkt. Het lijkt erop dat dat in dit geval een goed onderbouwd proportionaliteitsoordeel oplevert.

70 Anderzijds geraakt men hier misschien ook wel op het terrein van de interpretatie van het begrip privéleven en moet men daarbij concluderen dat X klaagde over de test en niet over het mislopen van de baan.

71 Conclusie AG Van Gerven van 27 april 1994, par. 22.

72 *Supra* noot 69.

In de zaak *Familiapress* (1997) klaagt de Oostenrijkse uitgever *Familiapress* over het Duitse *Heinrich Bauer*, een bedrijf dat in Oostenrijk tijdschriften verkoopt die in strijd met Oostenrijkse regelgeving lezers de mogelijkheid bieden om aan prijsvragen deel te nemen.⁷³ De zaak komt via de prejudiciële procedure bij het Hof van Justitie terecht. Net als de hiervoor besproken zaken *Commissie/Nederland*, *Commissie/Duitsland* en *TV10* betreft het een zaak waarin een vrij verkeer bepaling – dit keer het vrij verkeer van goederen – tegenover een fundamenteel recht komt te staan, ook nu via de band van één van de rechtvaardigingsgronden in het betreffende verdragsartikel (in dit geval oud artikel 30 EG-verdrag, huidig artikel 36 VWEU, met de pluriformiteit van de pers als ‘dwingende eis’ in de zin van artikel 30 EG-verdrag).⁷⁴ De Oostenrijkse regering probeert het algemene verbod op het uitschrijven van prijsvragen in tijdschriften te rechtvaardigen met een beroep op het belang van het waarborgen van een pluriforme pers. Kleine uitgevers zouden kunnen worden weggeconcentreerd door grote uitgevers aangezien laatstgenoemden veelal beter in staat zullen zijn prijsvragen uit te schrijven met een hoog prijzengeld.

Er zitten twee interessante aspecten aan de afweging die tussen het Gemeenschapsbelang bij het vrije goederenverkeer en de bescherming van de vrijheid van meningsuiting (specifiek het instandhouden van de pluriformiteit van de geschreven pers) in de zaak *Familiapress*. In de eerste plaats sluit het Hof van Justitie voor de aan te leggen evenredigheidstoets uitdrukkelijk aan bij de formulering op dit punt in de internemarktjurisprudentie. De test in *Familiapress* vereist dat de beperking evenredig is aan het ermee beoogde doel en dat dat doel niet kan worden bereikt door maatregelen die de intracommunautaire handelsverkeer minder belemmeren (r.o. 19). Uiteindelijk zwakt het Hof van Justitie de tegenstelling tussen de vrijverkeerbepaling en de vrijheid van meningsuiting echter toch af. Het merkt namelijk op dat de meningsuiting juist ook door het algemene prijsvragenverbod beperkt kan worden (r.o. 26). In de aanwijzingen die het Hof van Justitie aan de nationale rechter meegeeft inzake de toepassing van de evenredigheidstoets, voeren het geschiktheidsvereiste en het noodzakelijkheidsvereiste

73 HvJ EG 26 juni 1997, zaak C-368/95, *Vereinigte Familiapress Zeitungsverlags- und vertriebs t. Heinrich Bauer Verlag* (verzoek om een prejudiciële beslissing van het Handelsgericht Wien (Oostenrijk)), *Jur.* 1997-I, p. 3689.

74 Deze benadering, waarin mogelijke beperkingen op het vrij verkeer worden uitgelegd in het licht van de algemene rechtsbeginselen en de fundamentele rechten, is ontwikkeld in de ERT-zaak: HvJ EG 18 juni 1991, zaak C-260/89, *Jur.* 1991-I, p. 2925.

(met name subsidiariteit, net als in de andere zaken⁷⁵) de boventoon.⁷⁶ De aanwijzingen zijn verder algemeen geformuleerd en in die zin voor toekomstige gevallen toepasbaar.

Het tweede interessante aspect betreft de beoordelingsvrijheid voor de nationale autoriteiten. In een niet in dit onderzoek betrokken zaak over loterijen, Schindler, heeft het Hof van Justitie uiteengezet wanneer de nationale autoriteiten een dergelijke vrijheid toekomt, namelijk wanneer zij moeten oordelen over wat noodzakelijk is om spelers in loterijen te beschermen, waarbij zij rekening kunnen houden met “de sociale en culturele bijzonderheden van iedere Lid-Staat” (r.o. 20). In de zaak Familiapress speelt deze Luxemburgse margin of appreciation geen rol, omdat het Hof van Justitie de zaak niet vergelijkbaar acht aan deze zaak Schindler.⁷⁷ De beoordelingsruimte in de zaak Schindler werd gerechtvaardigd door te wijzen op de grote schaal waarop de loterijen werden georganiseerd, zodat er aanzienlijke gevaren bestonden voor criminaliteit en fraude (gezien de grote bedragen die in de loterijen omgingen) (r.o. 22). “Dergelijke overwegingen van bescherming van de maatschappelijke orde zijn in de casus in het hoofdgeding evenwel niet aan de orde” (r.o. 23).

Vermeldenswaardig is dat de conclusie van AG Tesauro van 13 maart 1997 leert dat de interveniërende regeringen een hele batterij aan rechtvaardigingsgronden hadden gepresenteerd waardoor de AG door de bomen het bos niet meer zag.⁷⁸ De AG is voornemens orde in de chaos te scheppen en dit is relevant vanuit het perspectief van de selectie van rechten en belangen. De rechtvaardigingsgronden zijn immers de door de regering ingeroepen belangen met het oog waarop een inbreuk wordt gemaakt op de rechten van Familiapress. Het interessante is dat de AG orde in chaos schept door terug te grijpen op de rationale achter de Oostenrijkse regelgeving. Die regelgeving is de bron voor de nu in deze zaak ter discussie staande beperking van het vrij verkeer van goederen. In die regelgeving gaat de AG op zoek naar de

75 Vgl. Panasonic, Van Den Bergh, X t. Commissie, ABNA Ltd e.a., Festersen, Viking Line en Laval.

76 De nationale rechter krijgt de opdracht om de “relevante productmarkt (...) af te bakenen en rekening [te] houden met de marktaandelen van iedere uitgever of persgroep en de evolutie van deze marktaandelen” (r.o. 30). “Op basis van alle factoren die de beslissing tot kopen kunnen beïnvloeden, zoals de aanwezigheid van reclame op de eerste pagina waarin de nadruk wordt gelegd op de mogelijkheid om een prijs te winnen (...) zal de nationale rechter ook dienen na te gaan in hoeverre het betrokken product in de ogen van de consument kan worden vervangen door bladen die niet de mogelijkheid bieden een prijs te winnen” (r.o. 31). Het verbod mag verder niet aan in de weg staan aan de verhandeling van bladen die wel een prijsvraag bevatten, maar waaraan in dit geval in Oostenrijk woonachtigen niet mogen deelnemen (r.o. 32 en 33).

77 HvJ EG 24 maart 1994, C-275/92, Her Majesty's Customs and Excise t. Gerhart Schindler en Jörg Schindler (verzoek om een prejudiciële beslissing van het High Court of Justice, Queen's Bench Division (Verenigd Koninkrijk)), *Jur.* 1994-I, p. 1039, r.o. 61.

78 Conclusie AG Tesauro van 13 maart 1997, *Jur.* 1997-I, p. 3692, par. 13: “To begin with let it be said that there is no shortage of justifications in this case; in the course of the procedure several – perhaps too many – were raised and argued.”

gedachte achter die beperking. De AG bekijkt de memorie van toelichting van de regelgeving en concludeert dat het waarborgen van de diversiteit van de pers de belangrijkste reden is voor het verbod. Daarnaast is een ondergeschikte rol weggelegd voor consumentenbescherming en eerlijke handel. De AG concludeert dat dit de mogelijke rechtvaardigingsgronden zijn die hij in aanmerking zal nemen (par. 14). De andere rechtvaardigingsgronden gaan blijkens de conclusie AG terug op de zaak Schindler. De AG verwerpt net als het Hof de analogie tussen die zaak en de zaak Familia-press. Met het verwerpen van die analogie verwerpt de AG dus ook de andere door de interveniërende staten aangedragen rechtvaardigingsgronden.

Uiteindelijk gaat de AG bij de beoordeling van de evenredigheid van de inbreuk op het vrij verkeer van goederen nog verder. Bij een eerste onderzoek naar de evenredigheid neemt hij de aangedragen doelen van consumentenbescherming en het voorkomen van oneerlijke concurrentie nog eens onder de loep. De uitkomst is dat deze mogelijke rechtvaardigingsgronden en daarmee doelen voor de beperking van het vrij verkeer ondergeschikt zijn aan het doel van het waarborgen van de diversiteit in het medialandschap.

Voor de volledigheid zij opgemerkt dat bij de beantwoording van de vraag of dat doel in een evenredige verhouding staat tot de daaruit voortvloeiende beperking, de AG gebruik maakt van een noodzakelijkheids- en subsidiariteitstoets:

“It remains to be considered whether the prohibition in question is genuinely necessary in order to guarantee press diversity and whether, in order to attain this objective, there are no other measures less restrictive of intra-Community trade.”⁷⁹

De AG spreekt in het vervolg ook over de geschiktheid van de maatregel. Hij lijkt uiteindelijk geen echt onderscheid tussen de twee termen (noodzakelijkheid en geschiktheid) te maken. Het lijkt er nog het meeste op dat hij de beoordeling van de geschiktheid incorporeert in de beoordeling van de noodzakelijkheid. Als de Oostenrijkse regelgeving niet kan bijdragen aan het waarborgen van de diversiteit van de pers, dan is de regelgeving ook niet noodzakelijk. De beoordeling van de geschiktheid/noodzakelijkheid van de Oostenrijkse regelgeving om diversiteit van de pers te waarborgen is echter zo feitelijk van aard (zo is data nodig over, onder andere, de marktaandeelen en de trends daarin) dat dit een taak voor de nationale rechter is (par. 23).

Ook ten aanzien van artikel 10 EVRM – waar de nationale rechter geen vraag over stelde, maar welk artikel in de loop van de procedure wel naar voren kwam – komt de AG niet tot een toetsing van de proportionaliteit in strikte zin en/of een andere vorm van de idee van afweging. De AG volstaat

79 Conclusie AG Tesouro van 13 maart 1997, par. 21 *in fine*.

met verwijzing naar zijn opmerkingen in het kader van het Gemeenschapsrecht over de “suitability and proportionality of the contested measure” (par. 29). Om met een positieve noot af te sluiten, is het wel aardig om te zien dat en hoe de advocaat-generaal in de zaak *Familiapress* keuzes maakt in de door de Oostenrijkse regering in te roepen rechtvaardigingsgronden en daarmee een keuze maakt in de selectiefase.

In de zaak *Connolly t. Commissie van de Europese Gemeenschappen*⁸⁰ (2001) staat de vrijheid van meningsuiting van een Gemeenschapsambtenaar centraal. Tijdens een door de Commissie goedgekeurde verlofperiode publiceert Connolly een boek waarin hij zeer kritisch is over Europese Monetaire Unie. Ingevolge het Statuut van de ambtenaren van de Europese Gemeenschappen (Statuut) had Connolly voor deze publicatie een voorafgaande machtiging moeten aanvragen bij het ‘tot aanstelling bevoegd gezag’. Connolly heeft dit echter nagelaten en wordt ontslagen. Voor het Gerecht van Eerste Aanleg en het Hof van Justitie voert Connolly aan dat het systeem van voorafgaande machtiging uit het Statuut in strijd is met artikel 10 EVRM. Bij de beoordeling van dit argument zoekt het HvJ EG aansluiting bij de EHRM-rechtspraak inzake artikel 10 EVRM (r.o. 39-42). Dit betekent dat het ook de aan te leggen toets om te beoordelen of een gerechtvaardigde beperking van de vrijheid van meningsuiting van het EHRM overneemt: een beperking van de uitingsvrijheid moet “evenredig zijn aan het nagestreefde rechtmatige doel” en de redenen voor de beperking dienen “relevant en afdoende” te zijn (r.o. 41). De drietrapsraket van ‘wettelijke grondslag’, ‘legitiem doel’ en ‘proportionaliteit’ komt in de zaak Connolly niet zo goed uit de verf. Uiteindelijk wordt duidelijk dat het HvJ EG het Statuut een voldoende duidelijke basis voor de inmenging acht en dat het legitiem doel is gelegen in de bescherming van de rechten van anderen, meer in het bijzonder de “rechten van de instellingen die belast zijn met taken van algemeen belang, op de goede uitvoering waarvan de burgers moeten kunnen rekenen” (r.o. 46).

Voorafgaand aan de toetsing van de proportionaliteit van de inmenging benadrukt het HvJ EG de *verplichtingen* die ambtenaren kunnen hebben bij het uitoefenen van hun vrijheid van meningsuiting, waarbij de “draagwijdte van die verplichtingen verschilt naar gelang de aard van het door de betrokkene uitgeoefende ambt of de plaats die hij in de hiërarchie bekleedt” (r.o. 44-45). Onder verwijzing naar Straatsburgse jurisprudentie worden de “plichten en verantwoordelijkheden” van ambtenaren die hun mening willen uiten aangemerkt als reden tot het toekennen van “een zekere” beoordelingsruimte aan de nationale autoriteiten (r.o. 49). Het stelsel in het Statuut wordt vervolgens aangemerkt als voldoende “aan de criteria voor toelaatbaarheid van inmenging in de vrijheid van meningsuiting” (r.o. 56). Dit omdat het Statuut uitgaat van het beginsel dat de machtiging wordt ver-

80 HvJ EG 6 maart 2001, C-274/99 P, *Bernard Connolly t. Commissie van de Europese Gemeenschappen*, *Jur.* 2001-I, p. 1611.

leend (r.o. 53); het verplicht verzoeken om een machtiging alleen ziet op publicaties die een activiteit van de Gemeenschappen betreffen (r.o. 54); er rechterlijke controle openstaat (r.o. 55) en het stelsel hiermee “de vertrouwensrelatie die tussen een werkgever en zijn personeelsleden moet bestaan” weerspiegelt (r.o. 56). Wat opvalt, is dat het Hof van Justitie in zijn uitspraak vooral bezig is uitleg te geven aan betrokken artikel uit het Statuut. Artikel 17, tweede alinea bepaalt dat zonder machtiging niet mag worden gepubliceerd over Gemeenschapsaangelegenheden en dat de machtiging alleen kan worden geweigerd indien de publicatie “de belangen van de Gemeenschappen zou kunnen schaden”. Die Gemeenschapsbelangen worden in de zaak Connolly uiteindelijk zwaar geschaad geacht door “het litigieuze werk [met] verschillende agressieve, denigrerende en vaak beledigende opmerkingen (...)” (r.o. 59). Connolly’s klacht dat het toepassing geven aan het Statuut op dit punt een inbreuk op zijn vrijheid van meningsuiting vormt, is door het Gerecht van Eerste Aanleg dan ook terecht ongegrond verklaard, aldus het Hof.

De wijze waarop het geschil tussen Connolly en de Gemeenschappen beoordeeld wordt, is hiermee uiteindelijk sterk gekoppeld aan de tekst van het Statuut en veel minder aan de tekst van artikel 10 EVRM. Hoewel het HvJ uitdrukkelijk verwijst naar artikel 10 EVRM, hanteert het daardoor een eigen toetsingskader.⁸¹ Er is vervolgens ook veel meer sprake van een beantwoording van de vraag of Connolly’s gedrag aan de ‘delictsomschrijving’ van het Statuut beantwoordt, dan van een werkelijke EVRM-noodzakelijkheidstoets. Voor zover er al sprake is van een afweging zit deze dan ook in de interpretatie van artikel 17 tweede alinea van het Statuut en de vraag of dat artikel voldoende recht doet aan het recht op vrijheid van meningsuiting van ambtenaren. Dit kan verklaren waarom het onderzoek naar de ernst van de inbreuk op het recht van vrije meningsuiting van Connolly geen prominente rol speelt. De uitkomst van dat onderzoek zit verstopt in de overwegingen die uiteenzetten hoe het machtigingsstelsel in het Statuut in elkaar zit (vgl. r.o. 53). Ook het feit dat het gevolg van de toepassing van het stelsel – Connolly’s ontslag – helemaal geen rol speelt in de afweging kan hierdoor verklaard worden. Artikel 17 van het Statuut houdt hier immers ook geen rekening mee.

Gelet op het voorgaande is het niet verwonderlijk dat er nauwelijks ‘afwegingstaal’ wordt gebezigd. Een uitzondering hierop is de overweging

81 Dit komt ook naar voren uit de conclusie van AG Ruiz-Jarabo Colomer van 19 oktober 2000, *Jur.* 2001-I, p. 1617. De bespreking van het eerste middel dat Connolly tegen de uitspraak van het GvEA aanvoert is doorweven met aan art. 10 EVRM gerelateerde opmerkingen en zelfs verwijzingen naar jurisprudentie van het EHRM, maar het Gemeenschapsrecht blijft het uitgangspunt. De AG volgt het bekende stramien van de beperkingsclausule van art. 10 EVRM, gaat vervolgens over tot een analyse van de benadering van het GvEA en concludeert dat hoewel er geen sprake is van expliciete aansluiting bij het EVRM, de benadering van het GvEA geen schending van recht oplevert (par.s 4-28).

van het Hof dat het tot aanstelling bevoegd gezag “bij de toepassing van artikel 17, tweede alinea, van het Statuut, de verschillende op het spel staande belangen moet afwegen en daarbij met name rekening dient te houden met de ernst van de aan de belangen van de Gemeenschappen toegebrachte schade” (r.o. 57). Maar ook nu geldt dat in het vervolg alleen wordt ingegaan op de Gemeenschapsbelangen en de mate waarin deze zijn aangetast. Doordat er niet echt sprake is van een afweging, valt verder weinig te zeggen over de selectie en definiëring van de betrokken rechten en belangen. Het recht op vrije meningsuiting van Connolly wordt wel genoemd, maar dit wordt al snel op een juiste wijze verdisconteerd geacht in het Statuut.

Over de definiëring kan eigenlijk alleen maar gezegd worden dat een algemene en abstracte benadering de boventoon voert. Met name de interpretatie van het Statuut als zodanig is van belang voor de afwegingsvraag. Er vindt vervolgens wel een concrete toetsing plaats, maar die heeft als gezegd alleen tot doel om te bekijken of artikel 17, tweede alinea van het Statuut inderdaad van toepassing was op het geval van Connolly.

De handelwijze van het Hof van Justitie komt nog het meest in de buurt van een onvolledige toepassing van de in hoofdstuk vier van deel I besproken methode-Alexy, dan wel de methode-Nieuwenhuis. De laatste is de methode waarin generaliseren en concretiseren worden gecombineerd: na een generaliserend oordeel over de rang van de betrokken grondrechtelijke posities, volgt de beoordeling van de intensiteit van de inbreuk op het betrokken grondrecht in het concrete geval. Naar aanleiding van de generale gewichtsbepaling van de grondrechten is vastgesteld welk van de twee rechten zwaarder weegt en dus in beginsel de voorrang verdient. Op basis van de blik *in concreto* wordt gezien of het algemene oordeel stand kan houden. In de zaak Connolly wordt – via de band van de uitleg van artikel 17 van het Statuut – het Gemeenschapsbelang als zwaarwegend aangemerkt. Na generalisatie verdient dit belang de voorkeur. Ook na een onderzoek op meer concreet niveau oordeelt het Hof dat het generale oordeel stand houdt. Er valt hierbij wel wat af te dingen op het concretiseren door het Hof van Justitie, vandaar dat de toepassing van de methode-Nieuwenhuis als onvolledig kan worden aangeduid. Het Hof kijkt wel concreet naar de inhoud van de uiting van Connolly en oordeelt op basis daarvan dat de Gemeenschapsbelangen zwaar zijn aangetast. In terminologie van de Nieuwenhuis-methode, oordeelt het Hof dat het oordeel na generalisatie geen aanpassing behoeft. Wat echter ontbreekt, is een onderzoek naar de effecten van het blijvend voorrang geven aan de Gemeenschapsbelangen op de belangen van Connolly. Aan de inbreuk op de uitingsvrijheid van Connolly en de daaraan verbonden gevolgen, zoals daar is zijn ontslag, besteedt het Hof geen aandacht.

In de methode-Alexy draait het om het bepalen van mate van de niet-ervulling of afbreuk aan het ene recht of belang en het begroten van het belang van het vervullen van het andere recht of belang. Zoals volgt uit de bespreking van de zaak Connolly ontbreekt het aan de eerste stap en stoomt het Hof meteen door naar de tweede. Opvallend is dat, wanneer de uitspraak van het Hof van Justitie in de zaak Connolly langs de theorie van de

afweging wordt gelegd, meer in het bijzonder getoetst wordt aan de methodes-Alexy en – Nieuwenhuis, de voorkeur van het Hof voor een algemene benadering duidelijk naar voren komt. Hierbij nemen de algemene belangen van de Gemeenschap een voorkeurspositie in.

In de Carpenter-zaak (2002) doet Mary Carpenter, de Filippijnse echtgenote van de heer Carpenter, een beroep op de rechten van laatstgenoemde in het kader van het vrije dienstenverkeer om voor haarzelf een recht op verblijf bij haar man en diens kinderen te vestigen.⁸² De Britse minister van Binnenlandse zaken weigert het verzoek om een verblijfsvergunning echter in te willigen en dreigt zelfs met uitzetting. Hij stelt zich op het standpunt dat de heer Carpenter zijn recht op vrij verkeer van diensten niet uitoefent nu hij het Verenigd Koninkrijk niet verlaat voor het aanbieden van zijn diensten als verkoper van advertentieruimte in medische en wetenschappelijke tijdschriften. Hierdoor kan mevrouw Carpenter geen recht op verblijf ontleen aan het Gemeenschapsrecht. De nationale rechter stelt een prejudiciële vraag aan het Hof van Justitie om te vernemen of mevrouw Carpenter niet toch een verblijfsrecht kan ontleen aan het Gemeenschapsrecht.

Onder verwijzing naar eerdere jurisprudentie stelt het HvJ EG voorop dat de heer Carpenter wel degelijk gebruik maakt van zijn recht op het vrij verrichten van diensten (r.o. 30). Vervolgens merkt het op dat de Gemeenschapswetgever heeft erkend dat het belangrijk is om het gezinsleven van mensen als de heer Carpenter te beschermen zodat er zo min mogelijk belemmeringen zijn om van de fundamentele gemeenschapsrechtelijke vrijheden gebruik te maken (r.o. 38). De uitzetting van mevrouw Carpenter zou schade berokkenen aan het gezinsleven van het echtpaar en daarmee ook “aan de voorwaarden voor het gebruik van een fundamentele vrijheid door de heer Carpenter” (r.o. 39). Het Hof van Justitie roept de algemene regel in herinnering dat een maatregel die het vrij verkeer kan belemmeren slechts gerechtvaardigd kan worden met een beroep op het algemeen belang als die maatregel in overeenstemming is met de fundamentele rechten (r.o. 40). De belemmerende maatregel, de uitzetting, vormt in casu een inmenging in het recht van de heer Carpenter op de eerbiediging van zijn gezinsleven (r.o. 41). Wil het besluit tot uitzetting gerechtvaardigd kunnen zijn, dan zal het moeten voldoen aan de vereisten van artikel 8 EVRM. Er moet dan sprake zijn van een “dwingende maatschappelijke behoefte” voor de maatregel. Daarnaast dient deze “evenredig aan het nagestreefde legitieme doel” te zijn (r.o. 42). Het Hof van Justitie is van oordeel dat uitzetting van mevrouw Carpenter niet evenredig is met het nagestreefde doel van de openbare orde en veiligheid. Dit omdat zij – op het verblijven in weerwil van het verstrijken van haar vergunning als bezoeker na – van onbesproken gedrag is, het huwelijk

82 HvJ EG 11 juli 2002, zaak C-60/00, Mary Carpenter t. Secretary of State for the Home Department (verzoek om een prejudiciële beslissing van het Immigration Appeal Tribunal (Verenigd Koninkrijk)), *Jur.* 2002-I, p. 6279.

tussen haar en meneer Carpenter authentiek is en zij nog steeds een werkelijk gezinsleven leidt in het Verenigd Koninkrijk en daar voor de kinderen van de heer Carpenter zorgt (r.o. 44).

Wat opvalt op het punt van de selectie van relevante rechten en belangen is dat het belang van de Britse regering bij de maatregel tot uitzetting pas expliciet genoemd wordt op het moment dat het meteen ook niet zwaarwegend genoeg wordt geacht, zie r.o. 43:

“Een besluit tot uitzetting van mevrouw Carpenter (...) eerbiedigt niet het juiste evenwicht tussen de betrokken belangen, namelijk enerzijds het recht van haar echtgenoot op eerbiediging van zijn gezinsleven, en anderzijds de verdediging van de openbare orde en veiligheid.”

Om tot een mogelijke verklaring hiervoor te komen, is het zaak te bekijken hoe besloten wordt welk van de betrokken belangen de voorrang verdient. Het HvJ EG gebruikt hiervoor een drietrapsraket. De eerste stap is de herhaling van de reeds uit eerdere arresten voortvloeiende algemene regel inzake de toelaatbaarheid van beperkingen van vrij verkeer bepalingen (r.o. 40: een beperking van het vrij verkeer mag geen inbreuk op een fundamenteel recht maken). De tweede stap is een eerste concretisering van die algemene regel naar de zaak Carpenter (r.o. 41: De maatregel tot uitzetting mag artikel 8 EVRM niet schenden en daartoe dient de maatregel proportioneel zijn in de zin van dat artikel). De derde en laatste stap is de nadere concretisering naar de omstandigheden van het geval en het benoemen van de concrete omstandigheden die maken dat het besluit tot uitzetting niet evenredig is (vgl. hiervoor m.b.t. r.o. 44). Er wordt uiteindelijk een heel zaakspecifieke beoordeling gegeven. Een aantal concrete omstandigheden maakt dat het besluit tot uitzetting in dit geval niet evenredig is. Van een echte afweging kan men echter niet spreken.

In plaats van een afweging is eerder sprake van het stapsgewijs afbakenen van het probleem, tegen de achtergrond van een algemeen uitgangspunt van het Gemeenschapsrecht. Het proces van afbakening begint meteen, nog voordat het Hof is aanbeland bij een (eventuele) belangenafweging. Het begint met het beantwoorden van de vraag of de heer Carpenter gebruik maakt van zijn recht op vrij dienstenverkeer. Wanneer die vraag bevestigend is beantwoord, volgt de vraag of een inbreuk op dat recht wordt gemaakt. Ook hier luidt het antwoord bevestigend, waarna de vraag aan de orde komt wanneer een inbreuk op een vrijverkeerbepaling in het algemeen gerechtvaardigd is, alsook de vragen wat de algemene regel betekent voor het geval Carpenter en of in het concrete geval sprake van een gerechtvaardigde inbreuk. Deze vragen worden beantwoord tegen de achtergrond van een belangrijk gemeenschapsrechtelijk uitgangspunt, namelijk het belang van de bescherming van het gezinsleven van Gemeenschapsonderdanen die gebruik maken van hun fundamentele (vrij verkeer) vrijheden. De beantwoording van de vragen leunt voornamelijk op zaakspecifieke overwegingen, maar het algemene gemeenschapsrechtelijke uitgangspunt is eveneens

belangrijk. De beslechting van het geschil is daarmee gericht op het beantwoorden van steeds specifiekere wordende vragen aan de hand van de omstandigheden van het geval, de algemene regel daarbij in acht nemend. De puzzel behelst het oplossen van de vraag hoe de concrete omstandigheden passen binnen het gemeenschapsrechtelijke kader, niet het toetsen van de proportionaliteit in strikte zin van een beperking van een fundamenteel recht. Hierdoor is veel aandacht voor het schetsen van het gemeenschapsrechtelijke kader, maar niet voor het selecteren van rechten, belangen en omstandigheden als zodanig. Een aantal specifieke kenmerken van 'het geval Carpenter' zijn wel degelijk van belang. Tegelijkertijd blijft de hoofdregel, de vergaande bescherming van de rechten van de echtgenoot van een dienstverlener, belangrijk.

De moeilijkheid van het aangeven hoe het in deze zaak nu zit met de definiëring van de rechten en belangen en de gewichtstoekenning heeft te maken met het feit dat het HvJ EG kiest voor de hiervoor beschreven benadering bij de selectie en de keuze om de zaak van algemeen naar concreet te behandelen (en de zaak – ook al bezigt het Hof op enig moment het woord evenwicht – dus niet behandelt als een zaak waarin meerdere rechten en belangen tegen elkaar afgewogen moeten worden). Specifiek ten aanzien van de definiëring van de rechten en belangen geldt dat zij qua abstractiegraad als het ware meegolven met de abstractiegraad van de vragen, van algemeen naar concreet. Dat van gewichtstoekenning evenmin sprake is, heeft nog een andere oorzaak – naast de hier beschreven benadering van het geschil tussen mevrouw Carpenter en de Britse regering. Het einde van het verhaal lijkt namelijk te zijn dat het belang dat de Britse regering zegt te dienen met de voorgenomen uitzetting van mevrouw Carpenter in het concrete geval helemaal niet aangetast is en dus ook geen verdediging behoeft. Mevrouw Carpenter blijkt geen gevaar te zijn voor de openbare orde en veiligheid. Zo komen helemaal geen belangen tegenover elkaar te staan en is een afweging, en dus ook een gewichtstoekenning, niet vereist.⁸³

83 Een zaak die in dit kader het vermelden waard is, maar geen afzonderlijke bespreking behoeft, is de zaak BRAX t. België (HvJ EG 25 juli 2002, zaak C-459/99 (verzoek om een prejudiciële beslissing van de Raad van State (België)), *Jur.* 2002-I, p. 6591. In deze zaak wordt – onder uitdrukkelijke verwijzing naar de hier besproken zaak Carpenter – gewezen op om het belang van het beschermen van het gezinsleven van Gemeenschapsonderdanen om zo belemmeringen t.a.v. de uitoefening van hun vrij verkeer rechten weg te nemen (zie r.o. 53). De zaak BRAX is daarmee, net als de zaak Carpenter, een voorbeeld van een zaak waarin het HvJ EG een nationale regeling toetst tegen de achtergrond van één of meer gemeenschapsrechtelijke beginselen. De zaak BRAX is daarbij in zoverre bijzonder dat het HvJ EG een tweetal richtlijnen en een verordening niet alleen toetst met het belang van de bescherming van het gezinsleven in het achterhoofd. Het zegt de richtlijnen en de verordening te lezen *in het licht van het evenredigheidsbeginsel* en acht een op die Gemeenschapswetgeving gebaseerde nationale regeling vervolgens disproportioneel. De zaken kennen ook eenzelfde AG, advocaat-generaal Stix-Hackl, wier conclusie in de zaak Carpenter ik hierna nog kort bespreek.

De zaak Carpenter volgt op een prejudiciële vraag van de Britse Immigration Appeal Tribunal. Het antwoord van het Hof van Justitie luidt dat “in een situatie als die in het hoofdgeding” artikel 49 EG (nu artikel 56 VWEU) “gelezen tegen de achtergrond van het fundamentele recht op eerbiediging van het gezinsleven” zo moet worden uitgelegd dat, kort gezegd, mevrouw Carpenter niet mag worden uitgezet. Hier is sprake van een meer concreet oordeel in een prejudiciële procedure dan soms het geval is. De uitleg van een gemeenschapsrechtelijke bepaling wordt uitdrukkelijk in de omstandigheden van het geval geplaatst. Het oordeel van het Hof ligt met andere woorden dicht tegen het feitencomplex van de zaak aan. Interessant is daarbij de poging van het Hof om niet alleen het dictum, maar ook de overwegingen in de zaak Carpenter van algemene aard te houden. Dit doet het door middel van herhaaldelijk wijzen op het algemene gemeenschapsrechtelijke belang bij een goede bescherming van dienstverleners.

Opvallend is het contrast tussen de hier besproken uitspraak van het Hof en de conclusie van advocaat-generaal Stix-Hackl in de zaak.⁸⁴ In die conclusie komt niet alleen het conflict tussen de rechten en belangen beter uit de verf, maar valt ook de concrete benadering van de zaak op. Het laatste volgt uit de opmerking in paragraaf 88 van de conclusie:

“Voor de beoordeling of een inmenging in de uitoefening van grondrechten is toegestaan, moeten dus de omstandigheden van elk concreet geval in aanmerking worden genomen.”⁸⁵

Omdat het aan het Hof is om de nationale rechter de relevante uitleggingsregels te verschaffen, zet de AG daarna uitvoerig uiteen welke criteria de nationale rechter in aanmerking moet nemen. Daarbij schetst de AG als gezegd meteen – en veel helderder dan het Hof – het belangenconflict:

“92. Bij de controle van de evenredigheid, dat wil zeggen de controle van de noodzaak van de inmenging, moet de zwaarte van de inmenging, dat wil zeggen de aantasting van de particuliere belangen, in wezen worden afgewogen tegen het door de immigratiewetgeving nagestreefde doel, dat wil zeggen tegen het belang van de staat.”

84 Conclusie van 13 september 2001, *Jur.* 2002-I, p. 6282. Ik ben mij ervan bewust dat in het hiernavolgende een uitgebreide bespreking van de conclusie volgt. Dat dit tot op heden nog nauwelijks heeft plaatsgevonden (m.u.v. van de conclusie van AG van Gerven in de zaak X t. Commissie), komt omdat de inhoud van de conclusies tot nu toe niet noopte tot een uitgebreide bespreking.

85 En keert terug bij de presentatie van de evenredigheidstoets, ook daar valt de concrete zaaksbenadering op: “91. Bij een dergelijke toetsing van de evenredigheid moet in het bijzonder worden nagegaan, of het evenredig is dat mevrouw Carpenter enkel vanuit het buitenland de noodzakelijke vergunning kan aanvragen. In samenhang daarmee moet de redelijkheid van een dergelijke procedure voor mevrouw Carpenter worden onderzocht, in het bijzonder bijvoorbeeld ook de redelijkheid van de wachttijd voor het verkrijgen van de vergunning. Eveneens moet worden nagegaan, of ingeval mevrouw Carpenter op de Filippijnen bleef, het voor de heer Carpenter – eventueel met zijn kinderen – redelijk zou zijn op de Filippijnen te wonen en aldaar economisch werkzaam te zijn.”

Bij de verdere uitwerking van de aan te leggen evenredigheidstoets wordt duidelijk dat de AG – in navolging van het EHRM – een topoïbenadering het middel acht om het gewicht van de onder artikel 8 EVRM conflicterende belangen te bepalen:

“93. De zwaarte van de inmenging, dus de aantasting van particuliere belangen, moet aan de hand van een reeks factoren worden beoordeeld. Daartoe behoren de familierelaties van mevrouw Carpenter, dat wil zeggen haar familierelaties in het Verenigd Koninkrijk alsook op de Filippijnen. Voorts moet ook de persoonlijke situatie van mevrouw Carpenter worden beoordeeld, dus haar integratie in de maatschappij en cultuur van het Verenigd Koninkrijk.

94. Naast de belangen van mevrouw Carpenter als echtgenote zijn er in casu ook nog de belangen van de stiefkinderen, die eveneens als beginsel door het EVRM worden beschermd. Dienaangaande speelt de intensiteit van de band tussen mevrouw Carpenter en haar stiefkinderen alsook de leeftijd van de kinderen een rol.

95. In casu zou voorts ook rekening moeten worden gehouden met de geografische afstand tussen de Filippijnen en het Verenigd Koninkrijk en met de mogelijkheid respectievelijk onmogelijkheid van bezoek.

96. Ten slotte moet ook in aanmerking worden genomen, of het huwelijk vóór of na de overtreding van de immigratiewetgeving is gesloten. Zoals blijkt uit het dossier, is mevrouw Carpenter na het verstrijken van haar tijdelijke vergunning gehuwd.

97. Aangaande het belang van de staat moet rekening worden gehouden met de doelstellingen die het Verenigd Koninkrijk met zijn immigratiewetgeving, in het bijzonder betreffende het verblijfsrecht, nastreeft. Van de in artikel 8, lid 2, EVRM genoemde doelstellingen komt in de regel de bescherming van de openbare orde in aanmerking. Ten slotte dient ook rekening te worden gehouden met de zwaarte van de overtreding van de immigratiewetgeving, waaraan mevrouw Carpenter zich schuldig heeft gemaakt doordat zij na afloop van haar tijdelijke vergunning in het Verenigd Koninkrijk is gebleven [interne voetnoten weggelaten].”

Gelet op deze uitgebreide bewoordingen lijkt het arrest van het Hof van Justitie in wezen een toepassing te zijn van de benadering van de AG, maar dan wel een verkorte toepassing. Het Hof besteedt immers, veel minder dan de AG, aandacht aan het selecteren van de relevante belangen en gaat helemaal niet in op het bepalen van het gewicht daarvan. De uitgebreide weergave van de conclusie van de AG heeft echter niet alleen tot doel om het verschil tussen de benadering van het Hof en zijn AG te tonen. De conclusie van de advocaat-generaal is ook uitgebreid weergegeven, omdat deze een aantal vanuit afwegingsperspectief interessante punten bevat.

Allereerst is de conclusie enerzijds zaakspecifiek, nu de factoren die de nationale rechter in aanmerking moet nemen, direct samenhangen met de feiten van het geval Carpenter. Misschien is dit omdat sprake is van aanwijzingen van de AG aan de nationale rechter (uiteraard via de band van het Hof, zij het daar uiteindelijk niet zoveel van terecht komt, omdat het Hof de zaak in wezen zelf afdoet), ademt de terminologie van de conclusie AG ech-

ter ook een meer algemene sfeer en is ten aanzien van veel factoren voorstelbaar dat en hoe deze in andere meer of minder vergelijkbare gevallen een rol spelen. De AG problematiseert niet de definitiefase van de idee van afwijzing. Zonder dit nader te problematiseren, presenteert ze het conflict als dat tussen de persoonlijke belangen van mevrouw Carpenter en algemene belangen van de Britse regering. Omdat de AG de nationale rechter opdraagt om rekening te houden met de ernst van de *door mevrouw Carpenter gemaakte* inbreuk op de nationale immigratiewetgeving is echter impliciet sprake van enige concretisering en individualisering van het overheidsbelang, waardoor een mogelijk onevenwichtig conflict alsnog wordt gelijkgetrokken.

Vermeldenswaardig is tot slot dat de typisch Luxemburgse benadering ten aanzien van de beperkingen op het vrij verkeer, die altijd strikt moeten worden opgevat, in de conclusie AG haar weg vindt naar de beperking van een grondrecht:

“88. Aangaande een dergelijke inmenging met betrekking tot de uitoefening van het recht op eerbiediging van het familie- en gezinsleven beschikken de lidstaten weliswaar over een bepaalde beoordelingsvrijheid, doch deze is niet onbeperkt. Zo moeten de voorwaarden die beperkingen op het recht op eerbiediging van het familie- en gezinsleven toestaan, eng worden uitgelegd.”

Dit is vermeldenswaardig, omdat het Hof van Justitie zelf ten aanzien van grondrechten – tegenover de fundamentele vrijheden – de beperkingsmogelijkheden van die grondrechten wenst te benadrukken (zie met name de bespreking van de jurisprudentie met betrekking tot het eigendomsrecht).

In de zaak *Roquette Frères* (2002) zet het HvJ EG – onder meer – uiteen hoe de nationale rechter de evenredigheid kan vaststellen van dwangmaatregelen die de Commissie toepast bij verificaties in het kader van het mededingingstoezicht.⁸⁶ In *Roquette Frères* oordeelt het HvJ EG in navolging van het EHRM dat deze dwangmaatregelen de privésfeer van rechtspersonen raken en daarom niet willekeurig en onevenredig mogen zijn.⁸⁷ In het kader van

86 HvJ EG 22 oktober 2002, zaak C-94/00, *Roquette Frères SA t. Directeur général de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes* (verzoek om een prejudiciële beslissing van het Cour de cassation (Frankrijk)), *Jur.* 2002-I, p. 9011. Het Hof beantwoordt deze vraag in het kader van de overkoepelende vraag van de nationale rechter naar “de omvang van het toezicht waartoe een nationale rechter die krachtens het nationale recht bevoegd is om toestemming te verlenen voor huiszoeking in lokalen van bedrijven die van inbreuk op mededingingsregels worden verdacht, gehouden kan zijn wanneer die rechter wordt aangezocht als gevolg van een door de Commissie (...) ingediend verzoek om bijstand, en op de aard van de gegevens die de Commissie die nationale rechter hoort te verschaffen opdat deze laatste een dergelijk toezicht kan uitoefenen” (r.o. 38).

87 Het HvJ EG presenteert het arrest *Roquette Frères* als een uitlegging van het arrest van 21 september 1989, gevoegde zaken 46/87 en 227/88 (Hoehst/Commissie), waarmee het een meningsverschil met het EHRM over de art. 8 EVRM-rechten van rechtspersonen als non-existent lijkt aan te merken.

de evenredigheidstoets overweegt het HvJ EG dat de nationale rechter eerst dient te bezien of de dwangmaatregelen geschikt zijn om de uitvoering van de verificaties te waarborgen (r.o. 71). Na een aantal overwegingen inzake de vraag wat de toetsing van de geschiktheid van de dwangmaatregelen behelst (r.o. 72-75)⁸⁸, merkt het HvJ EG op dat de maatregelen geen nadelen met zich mogen brengen die “in verhouding tot hetgeen met deze verificatie wordt nagestreefd, onevenredig en onduldbaar zijn” (r.o. 76). De vereisten van een doeltreffend onderzoek zijn hierbij in de eerste plaats van belang.⁸⁹ Het is op dit punt echter dat het recht op de bescherming van de privésfeer zich laat gelden. Bij het onderzoek naar de evenredigheid van de maatregel zal de nationale rechter ook rekening moeten houden “met zaken als de ernst van de vermoedelijke inbreuk, de aard van de betrokkenheid van de betrokken onderneming en het belang van het voorwerp van het onderzoek” (r.o. 79). Als sprake is van een geringe aantasting van het mededingingsrecht, of de onderneming in kwestie slechts in geringe mate betrokken is bij de eventuele onregelmatigheid, of het voorwerp van onderzoek zelf “ondergeschikt” is, moet de nationale rechter de dwangmaatregelen kunnen weigeren stellende dat een inbreuk op de privésfeer van de rechtspersoon in dat geval niet geoorloofd is (r.o. 80).

Uit de verdere uitwerking van de hiervoor geformuleerde evenredigheidstoets blijkt dat aan het vereiste dat de dwangmaatregelen evenredig (geschikt en niet onevenredig en onduldbaar) moeten zijn aan het met de verificatie te dienen doel, vooral informatieverplichtingen voor de Commissie worden gekoppeld (zie r.o. 75, 81, 83 en 85).⁹⁰ Dit moet ook wel, om de nationale rechter in staat te stellen de evenredigheid van de dwangmaatregelen te onderzoeken. Hiermee is sprake van een procedureel element in

88 Waarbij opvalt dat de toetsing van de noodzakelijkheid van de maatregelen nauw verweven is met de toetsing van de geschiktheid. De Commissie moet de nationale rechter namelijk alle informatie geven die hem “in staat stellen zich ervan te vergewissen dat de vaststelling van inbreuken tot mislukken zou zijn gedoemd of aanzienlijk zou worden bemoeilijkt” (r.o. 75, cursivering FMJ) als de Commissie de gevraagde dwangmaatregelen niet zou mogen toepassen.

89 Op zich speelt de doeltreffendheid van het onderzoek vooral een rol bij de beoordeling van de evenredigheid van de verificatiemaatregel zelf (vgl. ook de zaak Panasonic-zaak, waar het Hof ook zelf naar verwijst). Eerder in de zaak Roquette Frères heeft het Hof echter overwogen dat het onderzoek voor de beantwoording van de vraag of de dwangmaatregelen niet willekeurig zijn, in grote mate overeenkomt met het onderzoek voor de beantwoording van de vraag of de verificatiebeschikking zelf niet willekeurig is (r.o. 55). Een uitdrukkelijke verwijzing naar het belang van de doeltreffendheid van het onderzoek bij de beoordeling van de evenredigheid van een verificatiebeschikking lijkt zo ook bedoeld om diezelfde doeltreffendheid van belang te laten zijn bij de beoordeling van de evenredigheid van de dwangmaatregelen.

90 Daarnaast wijdt het HvJ EG een aantal overwegingen aan de beantwoording van de vraag wat de nationale rechter moet doen wanneer deze de door de Commissie verstrekte gegevens ontoereikend acht. Op grond van de verplichting tot loyale samenwerking mag de nationale rechter in dat geval het verzoek om gebruik van dwangmaatregelen niet zonder meer weigeren (r.o. 91-94).

de toetsing aan het evenredigheidsbeginsel. Voor die evenredigheidstoets zelf geldt dat deze wordt uitgevoerd aan de hand van een viertal gezichtspunten: de doeltreffendheid van het onderzoek, de ernst van de vermoede inbreuk, de aard van de betrokkenheid van de onderneming en het belang van het voorwerp van onderzoek. De zaak is daarmee een duidelijk voorbeeld van het gebruik van de topoïbenadering. Aan de onderlinge verhouding van de vier gezichtspunten worden verder geen overwegingen gewijd. Of alle vier de gezichtspunten evenveel gewicht in de schaal leggen, blijft onduidelijk. Het zou kunnen zijn dat – mede gelet op het Panasonic-arrest – de doeltreffendheid van het onderzoek een groot gewicht in de schaal legt (vgl. r.o. 77). Anderzijds worden de overige drie gezichtspunten gepresenteerd om de nationale rechter in staat te stellen het fundamentele recht op de bescherming van de privé-sfeer te beschermen, wat net zo goed een flink gewicht in de schaal kan leggen. De uitbouw van de mogelijkheden van de nationale rechter lijkt aan de andere kant ook ingegeven door de wens om de nationale rechter niet al te zeer op achterstand van de Commissie te zetten. Het is in beginsel aan de Commissie om te oordelen over de noodzaak om bepaalde inlichtingen te vergaren. Hier heeft de nationale rechter dus weinig over te zeggen. Het Hof van Justitie presenteert de onderzoeksbevoegdheden van de nationale rechter aan de hand van de drie gezichtspunten ook met de mededeling dat voorkomen moet worden dat aan het door de bevoegde nationale instantie te verrichten onderzoek elk belang wordt ontgenomen. Een oordeel over de drie gezichtspunten gezamenlijk moet dus misschien even veel gewicht in de schaal leggen als het oordeel van de Commissie over de doeltreffendheid van het onderzoek, de noodzakelijkheid van het vergaren van inlichtingen en daarmee ook de doeltreffendheid (en misschien ook wel noodzakelijkheid) van de dwangmaatregelen. Zonder verdere helderheid van het Hof hierover, blijft dit alles echter giswerk.⁹¹

91 De conclusie van AG Mischo biedt op dit punt geen nadere toelichting. De AG houdt zich vooral bezig met de vraag wat de rechten zijn van rechtspersonen ex art. 8 EVRM en of ontwikkelingen binnen de communautaire rechtsorde alsook in de jurisprudentie van het EHRM t.a.v. art. 8 EVRM een herinterpretatie van het Hoechst-arrest noodzakelijk maken. Het enige evenredigheidsoordeel dat de AG velt, heeft betrekking op de aan de verificaties ten grondslag liggende verordening (en het antwoord luidt dat daarop gebaseerde verificaties in beginsel als noodzakelijk kunnen worden aangemerkt). De conclusie is wel interessant vanwege het feit dat AG Mischo net als AG Stix-Hackl in de zaak Carpenter het uitzonderingskarakter van de beperking van art. 8 EVRM benadrukt, onder verwijzing naar de jurisprudentie van het EHRM (conclusie AG Mischo van 20 september 2001, *Jur.* 2002-I, p. 9015, par. 44). Voorts is interessant dat de AG hierna ook een zaakspecifieke benadering voorschrijft in alle gevallen waarin de noodzaak van een verificatie ter beoordeling voorligt (*ibidem*). De AG volstaat op dit punt met de opmerking dat in toetsing door de rechter voorzien is en dat dat voldoende is (en niet per se voorafgaand aan de verificatie hoeft plaats te vinden, al zou hij dat wel beter vinden).

Op grond van een bepaling uit het *Bundesverfassungsgesetz über die Begrenzung von Bezügen öffentlicher Funktionäre* dienen de Österreichischer Rundfunk en nog een aantal andere overheden en overheidsbedrijven de Oostenrijkse rekenkamer de namen en salarissen te geven van werknemers wier inkomens boven een in dezelfde wet bepaalde grens uitgaan.⁹² Doel achter de regeling is het waarborgen dat niet te kwistig wordt omgesprongen met overheidsgelden. De instellingen (en ook een tweetal personen wiens zaken met die van instellingen worden gevoegd) stellen dat de hen opgelegde informatieplicht in strijd is met a) een Europese richtlijn inzake het vrij verkeer van persoonsgegevens⁹³, b) artikel 8 EVRM en c) het vrij verkeer van personen (werknemers). De rekenkamer betwist dit en de Oostenrijkse rechter besluit prejudiciële vragen te stellen aan het HvJ EG om hierover duidelijkheid te verkrijgen (Österreichischer Rundfunk (2003)). Het HvJ EG overweegt dat de beantwoording van de twee vragen van de nationale rechter in beginsel in de sleutel staat van richtlijn 95/46 en de daarin neergelegde eisen aan de verkrijging en verwerking van persoonsgegevens (r.o. 64 e.v.). De richtlijn dient echter te worden uitgelegd “op basis van de grondrechten” (r.o. 68-70) en dit brengt weer met zich dat voordat de richtlijn wordt toegepast op de Oostenrijkse wettelijke bepaling, deze laatste moet worden getoetst op zijn verenigbaarheid met het recht op de bescherming van de persoonlijke levenssfeer (r.o. 72).⁹⁴ Bekend uit de hiervoor besproken zaken is inmiddels de manier waarop het HvJ EG het EVRM-artikel parafraseert: uiteraard is daarin een recht toegekend, maar dit mag worden beperkt indien bij wet voorzien en in een democratische samenleving noodzakelijk om één van de legitieme doelen te behartigen (r.o. 71).⁹⁵ Onderhavige zaak is echter de eerste in de hier besproken reeks waarin het HvJ EG een conflict, in ieder geval taalkundig, echt benadert vanuit het perspectief van de idee van afweging. Meer in het bijzonder gaat het daarbij om de

92 HvJ EG 20 mei 2003, gevoegde zaken C-465/00, C-138/01 en C-139/01, Rechnungshof t. Österreichischer Rundfunk e.a. en Christa Neukomm en Joseph Lauer mann t. Österreichischer Rundfunk (verzoek om een prejudiciële beslissing van het Verfassungsgerichtshof en het Oberste Gerichtshof (Oostenrijk)), *Jur.* 2003-I, p. 4989.

93 In de context van het communautaire recht een wat ongelukkige term, bedoeld wordt de verwerking van persoonsgegevens.

94 Ik vind het een wat gekke manier van redeneren: de link tussen het grondrechten/EVRM conform uitleggen van de richtlijn en het ‘dus’ toetsen van de nationale bepaling aan art. 8 EVRM begrijp ik niet, i.i.g. niet zoals het HvJ EG het opschrijft. Ik krijg de indruk dat het Hof van Justitie bedoelt te zeggen dat nu de richtlijn EVRM conform dient te worden uitgelegd, nationaalwettelijke bepalingen die onder deze richtlijn vallen, ook EVRM conform dienen te worden uitgelegd. In r.o. 91 merkt het op dat als de nationale regelgeving niet strookt met art. 8 EVRM, deze ook niet kan voldoen aan de richtlijn. Die laatstgenoemde kan nimmer worden uitgelegd als rechtvaardiging voor een met art. 8 EVRM strijdige inbreuk op de persoonlijke levenssfeer. Zolang de nationale bepaling niet in strijd is met art. 8 EVRM zijn zij ook niet in strijd met de richtlijn, aldus het HvJ EG in r.o. 94.

95 Vgl. de ‘recht als uitzondering’ benadering in de eigendomsrechtelijke zaken Nold en Hauer en in de zaak Panasonic. Dit in tegenstelling tot de AGs in de zaken Carpenter en Roquette Frères.

Alexy-benadering, waarbij het belang van het vervullen van het nagestreefde doel tegenover de ernst van de inbreuk op een recht/belang van een ander(en) komt te staan.⁹⁶ Het HvJ EG overweegt dat:

“het belang van de Republiek Oostenrijk bij een optimaal gebruik van de overheidsgelden, in het bijzonder de plafonnering van salarissen tot redelijke bedragen, [moet] worden afgewogen tegen de zwaarwichtigheid van de aantasting van het recht op persoonlijke levenssfeer van de betrokken personen” (r.o. 84).

In het vervolg van het arrest benadrukt het HvJ EG de waarde van het overheidsbelang en geeft het aan wat nodig is om het te verwezenlijken (r.o. 85). Hierna concretiseert het de openbaarmakingsplicht en daarmee de aantasting van het privacybelang van de betrokken werknemers wiens naam en salaris bekend zou moeten worden gemaakt (r.o. 86 en 87). Het maakt hierbij op twee manieren een onderscheid: ten eerste tussen het openbaar maken van de personeelskosten in het algemeen en het met naam en toenaam bekend maken van de betrokken personen en hun inkomen en ten tweede tussen het verstrekken van de gegevens aan de Oostenrijkse rekenkamer en het op ruime schaal onder het publiek verspreiden. Zowel het eerste, als het tweede onderscheid lijkt in het vervolg van doorslaggevend belang voor de opdracht aan de nationale rechter inzake de te maken afweging. De nationale rechter moet toetsen of de openbaarmaking zoals voorgeschreven in de Oostenrijkse regelgeving noodzakelijk is voor en evenredig aan de doelstelling (salarissen binnen aanvaardbare grenzen te houden). In bijzonder dient het daarbij na te gaan of de doelstelling “niet op even doeltreffende wijze had kunnen worden bereikt door enkel gegevens te verstrekken aan de toezichthoudende organen.” En:

“Daarbij is het ook de vraag of het niet voldoende zou zijn het grote publiek enkel gegevens te verstrekken over de salarissen en andere geldelijke voordelen waarop personeelsleden van de betrokken overheidsorganen (...) aanspraak kunnen maken, maar niet over bedragen die elk personeelslid (...) heeft ontvangen” (r.o. 88).

De opdracht behelst dus een toetsing van de noodzakelijkheid en met name de subsidiariteit van de nationaalrechtelijke bepaling. Tot de openbaarmaking mag bovendien alleen worden overgegaan als dat “zowel noodzakelijk als passend is ter bereiking van het doel (...)” (r.o. 90).⁹⁷ Uit het vervolg blijkt dat een toetsing aan het beginsel van proportionaliteit in strikte zin inderdaad niet wordt opgedragen. Het HvJ EG onderstreept en concretiseert de

⁹⁶ Vgl. H4.

⁹⁷ Waarbij passend overigens niet lijkt te doelen op de geschiktheid van de maatregel. Een oordeel daarover zou men verdisconteerd kunnen achten in r.o. 85, waar het HvJ EG als gezegd uiteenzet hoe het overheidsbelang verwezenlijkt kan worden, de openbaarmakingsplicht is daartoe in beginsel geschikt. Kernvraag is of het bekendmaken van de namen van de werknemers aan het grote publiek niet te ver gaat (passend, in de zin van betamelijk is).

ernst van de aantasting van de privacybelangen van de werknemers nog wel (openbaarmaking heeft negatieve gevolgen voor vooruitzichten voor toekomstige banen, r.o. 89). Maar de opdracht aan de nationale rechter is te onderzoeken of niet sprake zou zijn van een minder grote inbreuk op de privacyrechten van betrokkenen wanneer gekozen zou worden voor een minder ingrijpend middel. Dat is wat anders dan een opdracht tot het beantwoorden van de vraag of ook bij een 'beter' (dus minder ingrijpend) middel de privacybelangen van betrokkenen niet alsnog te zeer worden aangetast.⁹⁸

De zaak Schmidberger (2003) draait om de vraag of een staat een inbreuk op één van de vrij verkeer bepalingen kan rechtvaardigen met een beroep op een fundamenteel recht.⁹⁹ Schmidberger is een internationale transportonderneming uit Duitsland. In juni 1998 staan vijf van zijn vrachtwagens vier opeenvolgende dagen stil op de Brennerpas. Dit is het directe gevolg van een bijeenkomst van een natuurbeschermingsvereniging op diezelfde Brennerpas. Als gevolg van deze bijeenkomst is de pas voor meer dan 24 uur voor alle verkeer afgesloten. Schmidberger stelt hiervan schade te hebben ondervonden en wendt zich tot de Oostenrijkse rechter met een verzoek om schadevergoeding. Hij stelt dat de *Bezirkshauptmannschaft Innsbruck*, bij wie de manifestatie was aangemeld, de manifestatie had moeten verbieden, nu deze een ongerechtvaardigde inbreuk op het vrij verkeer van goederen maakte. Zijn klachten worden in eerste aanleg afgewezen, met name omdat hij niet zou hebben voldaan aan de op grond van het nationale recht geldende stel- en bewijsplichten. Schmidberger gaat in hoger beroep en de hoger beroepsrechter stelt prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie. Het Hof van Justitie is het met Schmidberger eens dat sprake is van een beperking van het vrij verkeer van goederen. De vraag is vervolgens of deze beperking gerechtvaardigd kan worden. Het Hof verwijst met instemming naar de conclusie van de advocaat-generaal waarin deze stelt dat de specifieke doelstellingen van de bijeenkomst (bescherming van het milieu en de volksgezondheid of i.i.g. het vragen van aandacht voor deze thema's) in het kader

98 De conclusie AG is in deze niet relevant, omdat de AG concludeert dat het handelen van de Oostenrijkse autoriteiten niet onder het bereik van de richtlijn valt en daarmee evenmin onder het Gemeenschapsrecht valt. Dan is er ook geen ruimte om te onderzoeken of het handelen in strijd is met de richtlijn, danwel de algemene beginselen van Gemeenschapsrecht waaronder art. 8 EVRM: conclusie AG Tizzano van 14 november 2002, *Jur.* 2003-I, p. 4994. Opvallend is overigens dat dezelfde AG en het Hof op precies hetzelfde punt van mening verschillen in de ook in dit onderzoek betrokken zaak Lindqvist waarin dezelfde richtlijn een rol speelt.

99 HvJ EG 12 juni 2003, zaak C-112/00, Eugen Schmidberger, Internationale Transporte und Planzüge t. Republik Österreich (verzoek om een prejudiciële beslissing van het Oberlandesgericht Innsbruck (Oostenrijk)), *Jur.* 2003-I, p. 5659. Vgl. Commissie/Nederland (1991), Commissie/Duitsland (1992), en de zaken TV10 en Familiapress en Omega Spielhallen.

van vraag naar de gerechtvaardigdheid van de inbreuk niet doorslaggevend zijn. Het gaat erom het optreden of nalaten van de lidstaat te beoordelen en daarmee is alleen de doelstelling van de lidstaat om de bijeenkomst niet te verbieden, relevant (r.o. 66-68). De desbetreffende Oostenrijkse autoriteiten lieten de bijeenkomst doorgaan om het recht op de vrijheid van meningsuiting en het recht op de vrijheid van vergadering te eerbiedigen (r.o. 69). De vraag van ook de nationale rechter is of het vrij verkeer van goederen voor deze rechten moet wijken (r.o. 70).

Onder verwijzing naar de vaste jurisprudentie waarin het heeft bepaald dat de grondrechten integraal onderdeel uitmaken van de algemene rechtsbeginselen “welke eerbiediging het Hof verzekert”, stelt het Hof van Justitie voorop dat de Gemeenschap en de lidstaten verplicht zijn de grondrechten te eerbiedigen en dat deze plicht in beginsel een beperking van één van de fundamentele vrijheden kan rechtvaardigen (r.o. 71-74). De vraag is echter hoe de vereisten van het vrij verkeer en het vereiste van de bescherming van de grondrechten precies met elkaar in overeenstemming moeten worden gebracht. Zowel de vrijverkeerbepalingen, als de grondrechten in kwestie hebben geen absoluut karakter en kunnen onder omstandigheden beperkt worden (r.o. 78, resp. 79-80). Het Hof van Justitie overweegt dat het niet-absoluut karakter van de vrijheden en de grondrechten noopt tot een afweging van de betrokken belangen, waarbij aan de hand van alle omstandigheden van het elk afzonderlijk geval moet worden nagegaan of een goed evenwicht tussen de belangen is geëerbiedigd (r.o. 81). Hierbij het Hof van Justitie voor wat betreft de grond-/EVRM-rechten vast dat deze niet zodanig mogen worden ingeperkt dat sprake is van een “onevenredige en onduidelbare ingreep waardoor de beschermde rechten in hun kern zouden worden aangetast” (r.o. 80).

Interessant is dat het HvJ EG hierna overgaat tot het maken van een vergelijking tussen de zaak Schmidberger met die van de Commissie/Frankrijk (Spaanse Aardbeien)¹⁰⁰. Het ziet minimaal vijf verschillen tussen beide zaken. In het eerste geval is eenmalig een geografisch beperkte actie gehouden, waarvoor vooraf toestemming werd gevraagd en verkregen. Verder zag de bijeenkomst waarover Schmidberger zijn beklag deed onmiskenbaar op de een uitoefening van grondrechten en ging deze gepaard met begeleiden de maatregelen om problemen zoveel mogelijk te voorkomen. Hierdoor is al met al geen algemeen klimaat van onveiligheid teweeggebracht. Dit alles lag in de zaak Commissie/Frankrijk heel anders. Het HvJ EG roept de veelvuldige, langs grote delen van de Frans/Spaanse grens voorkomende, ooglui-

100 Deze zaak handelde over de passieve houding van de Franse autoriteiten tegenover door Franse landbouwers en particulieren gepleegd geweld tegen landbouwproducten uit andere lidstaten. Vrachtwagens werden onderschept, hun lading vernietigd en er werd geweld gebruikt tegen chauffeurs, maar ook werden Franse supermarkten die landbouwproducten uit andere lidstaten verkochten, bedreigd en werden de betreffende producten vernield.

kend door de Franse overheid toegestane, gewelddadige acties van Franse boeren die het handelsverkeer zeer belemmerden, in herinnering (r.o. 84-88).

De door het Hof van Justitie gekozen benadering lijkt hiermee een beetje op de door Smith beschreven idee van gevalsafweging.¹⁰¹ In beide gevallen gaat het erom niet over te gaan tot afweging van conflicterende rechten en belangen, maar tot vergelijking van de zaak met hypothetische (Smith) of reeds bestaande (Smits) gevallen. Interessant is dat ook AG Jacobs in zijn conclusie de parallel trekt tussen de zaken Schmidberger en Spaanse Aardbeien, maar dat waar het Hof eerder in de uitspraak instemmend verwijst naar de conclusie AG, het dat op dit punt niet doet.¹⁰²

Toch liggen de zaken in Schmidberger gecompliceerder. In de eerste plaats lijkt het HvJ EG vooral tot de vergelijking van beide zaken over te gaan, omdat Schmidberger zelf de zaak Commissie/Frankrijk als relevant precedent heeft aangevoerd voor zijn tot de Oostenrijkse regering gerichte vordering tot schadevergoeding (vgl. r.o. 83). Met de vergelijking en de uitkomst dat de zaken niet vergelijkbaar zijn, lijkt het Hof van Justitie vooral de precedentwerking van de zaak Commissie/Frankrijk te willen ontkennen voor de zaak Schmidberger. Daarnaast lijkt de methode van afweging wel degelijk een eigenstandige rol te spelen in de argumentatie van het Hof. Het HvJ EG merkt namelijk even later op dat het belang bij een vrij wegverkeer moet worden afgewogen tegen het belang van de betogers “die de aandacht van de publieke opinie willen vestigen op de doelstellingen van hun actie” (r.o. 90). Onder verwijzing naar de beoordelingsvrijheid die de lidstaten in dit soort gevallen toekomt, houdt het Hof van Justitie ons voor dat het verbieden van de betoging, of het stellen van striktere voorwaarden daaraan “had (...) kunnen worden opgevat als een buitensporige beperking waardoor de betoging een wezenlijk deel van haar betekenis werd ontnomen” (r.o. 89-90). Hier lijkt sprake te zijn van een Alexy-achtige benadering: indien de bijeenkomst zou zijn verboden of aan striktere beperkingen zou zijn onderworpen, zou de inbreuk op de vrije meningsuiting te groot zijn.¹⁰³ Het gewicht van het nagestreefde doel komt hieraan overigens minder expliciet te pas. Nog voorafgaand aan de gevalsafweging met de zaak Commissie/Frankrijk besteedt het Hof aandacht aan het doel waarmee de inbreuk op het vrij verkeer wordt gemaakt (r.o. 71 e.v.). Hierbij laat het Hof echter in het midden of ook in dit geval dat doel gediend werd met de beperkende maatregel. Het houdt het bij een algemene uiteenzetting over de beperkings-

101 Zie H4, par. 4.4.2.3 onder iii).

102 Conclusie AG Jacobs 11 juli 2002, zaak C-112/00, *Jur.* 2003-I, p. 5662.

103 De Alexy-achtige benadering komt ook naar voren in de vergelijking van de zaak Schmidberger met de zaak Commissie/Frankrijk. Ten aanzien van de ernst van de inbreuk op het vrij verkeer, merkt het HvJ EG op dat deze in laatstgenoemde zaak veel ernstiger was, dan in eerstgenoemde zaak, vanwege de “de geografische omvang” en de “intrinsieke zwaarwichtigheid van de onlusten” (r.o. 85 en zie ook r.o. 88). Hiermee komt het met een eventueel verbod te dienen doel minder belang toe.

mogelijkheden van de vrij verkeer bepalingen en de beperkingsmogelijkheden van bepalingen zoals artikel 10 en 11 EVRM. De advocaat-generaal is op dit punt uitvoeriger. Hij onderzoekt expliciet of de Oostenrijkse regering een doel van algemeen belang diende met de beperking van het vrij verkeer en concludeert dat dit het geval is.¹⁰⁴

Ook de minder volledige Alexy-toepassing van het Hof mondt uit in de vaststelling dat in zijn algemeenheid betogingen die op rechtmatige wijze een mening kenbaar maken, ongeacht hun ongemakken, de voorrang verdienen boven het vrij verkeer (r.o. 91). Het Hof van Justitie vult de Alexy-benadering daarbij aan met een subsidiariteitsoordeel. De Oostenrijkse regering bracht namelijk nog naar voren dat alternatieve oplossingen juist een risico van moeilijk controleerbare reacties met zich mee brachten, die nog wel eens een grotere verstoring van het handelsverkeer met zich hadden kunnen brengen (in de zin van wilde betogingen, confrontaties tussen voor- en tegenstanders van de natuurbeschermingsvereniging, zie r.o. 92). Dat het Hof überhaupt iets zegt over alternatieven lijkt (weer) te zijn ingegeven door de door Schmidberger aangevoerde argumenten.¹⁰⁵ Het interessante is dat de zaak Schmidberger daarbij goed laat zien hoe een subsidiariteitstoets kan worden ingestoken in de vorm van een gevalsafweging. In feite wordt de in Schmidberger gekozen optie van het toestaan van de betoging vergeleken met een aantal hypothetische gevallen waarin andere keuzes gemaakt zouden zijn. Hoewel dit punt niet echt wordt uitgewerkt ("Dienaangaande voert de Republiek Oostenrijk aan, zonder op dat punt te worden tegengesproken, dat hoe dan ook alle mogelijke alternatieve oplossingen het risico inhielden van moeilijk te controleren reacties die andere, ernstiger verstoringen van het intracommunautaire handelsverkeer en van de openbare orde hadden kunnen veroorzaken (...)"), is duidelijk dat het Hof bedoelt te zeggen dat het ervan overtuigd is dat de hypothetische keuzes – welke deze dan ook precies zijn – een ernstiger belemmering van het vrij verkeer zouden vormen en daarom niet gekozen hadden hoeven worden. Feit is wel dat niet wordt gekeken naar de effecten van de hypothetische keuzes op de uitingsvrijheid. Alleen de verhouding tussen de verschillende middelen en het vrij

104 Conclusie AG Jacobs van 11 juli 2002, zaak C-112/00, par. 96-103. Interessant is nog dat de AG vervolgens overgaat tot toetsing aan het evenredigheidsbeginsel, terwijl het HvJ die term – die in het Luxemburgse discours een toch wat eigen invulling heeft – niet gebruikt. De AG staat vervolgens een minder strikte evenredigheidstoetsing voor nu de inbreuk op het vrij verkeer niet rechtstreeks door de Oostenrijkse regering werd veroorzaakt, maar door particulieren waarvan de regering de fundamentele rechten moet waarborgen (par. 105-106). Het Hof besteedt hieraan geen aandacht en neemt alleen de opmerking van de AG over die de aanwezigheid van een beoordelingsmarge voor de nationale autoriteiten betreft.

105 Het Hof van Justitie vangt de zoektocht naar alternatieven aan met de opmerking "[w]at tot slot de door Schmidberger genoemde andere mogelijkheden betreft moet, (...), worden geconcludeerd dat (...)" (r.o. 89).

verkeer wordt in ogenschouw genomen, niet de verhouding tussen de verschillende middelen en het doel, althans dit wordt niet uitgewerkt. Zo wordt niet duidelijk of de alternatieven de uitingsvrijheid even goed zouden beschermen, überhaupt geschikt zouden zijn deze te beschermen en of de verhouding tussen de gevolgen van de alternatieve middelen voor het vrij verkeer en het met het middel beoogde doel van de bescherming van de uitingsvrijheid evenredig zouden zijn. In die zin is geen sprake van een gevalsafweging in het kader van de toepassing van de idee van afweging, maar alleen in het kader van de beoordeling van de subsidiariteit van het gekozen middel.¹⁰⁶

Al met al geldt dat het in de Schmidberger zaak gekozen betoog complex is. Via een gevalsafweging wordt een eerste oordeel gegeven over de handelwijze van de Oostenrijkse autoriteiten. Gelet op de verschillen tussen de zaak Schmidberger en Commissie/Frankrijk vloeide uit laatstgenoemde zaak geen verplichting voort tot ingrijpen in eerstgenoemde zaak (in de zin van het verbieden van de manifestatie). Het handelen van de Oostenrijkse autoriteiten wordt echter ook getoetst aan de hand van een subsidiariteits-toets. De overheid kon ook niet anders handelen dan zij deed. Alle overwogen alternatieven zouden het intracommunautaire handelsverkeer naar alle waarschijnlijkheid meer hebben beperkt. Ten slotte speelt een Alexy-benadering een rol. Een verbod of het hanteren van striktere voorwaarden zouden een te ernstige inbreuk op het op een vrije meningsuiting met zich brengen.

Er zijn twee punten die hier nog de aandacht verdienen. In de eerste plaats het gegeven dat algemeenheden en specifiek op de zaak Schmidberger betrekking hebbende omstandigheden afwisselend een rol spelen in de motivering van het Hof. De specifieke benadering komt het sterkste naar voren in de gevalsafweging van Schmidberger aan Commissie/Frankrijk (Spaanse aardbeien) die heel feitelijk en concreet is (r.o. 84-88). Het Hof van Justitie overweegt echter ook in heel algemene bewoordingen dat betogingen nu eenmaal ("gewoonlijk") een aantal ongemakken met zich meebrengen voor omstanders, maar dat deze in beginsel kunnen worden aanvaard als het hoofddoel "het op rechtmatige wijze in het openbaar verkondigen van een mening" is (r.o. 91). De uitkomst van de zaak Schmidberger is hierdoor zowel algemeen als concreet. Het vrij verkeer kan onder omstandigheden moeten wijken voor de bescherming van grondrechten. Indien in een specifieke zaak de grondrechten kunnen worden beschermd middels een minder grote inbreuk op het "intracommunautaire handelsverkeer" dan dient van het minder ingrijpende middel gebruik te worden gemaakt.

106 Het laat overigens zien hoe ingewikkeld de methode van de gevalsafweging kan zijn. Als men een geschil wil beslechten middels de gevalsafweging en in het kader daarvan een alternatief geval evalueert, moet men dit alternatief op alle voor een zaak relevante punten 'doordenken'. Men kan niet volstaan met het bekijken van de gevolgen van de keuze voor het alternatief voor slechts één aspect van de zaak, maar moet dit ten aanzien van alle aspecten van de zaak in ogenschouw nemen. Geen gemakkelijke opgave.

In de tweede plaats wordt aan de lidstaten een ruime beoordelingsvrijheid toegekend. Die vrijheid komt de lidstaten toe bij het afwegen van de betrokken belangen en het aan de hand van de omstandigheden van het geval nagaan of er een juist evenwicht tussen de belangen is bewaard (r.o. 81). Die beoordelingsvrijheid strekt zich ook uit over het oordeel van een lidstaat over eventuele alternatieve keuzes die het had kunnen maken (r.o. 89). Uiteindelijk blijkt dat het HvJ EG de lidstaten op “het onderhavige gebied” een beoordelingsvrijheid toekent, waarbij dan bedoeld wordt op het gebied van de vrijheid van meningsuiting en oordelen over de gerechtvaardigheid van beperkingen daarop. Hoever de beoordelingsvrijheid precies reikt en waarop deze gebaseerd is wordt echter niet duidelijk uit het arrest. Wel is duidelijk dat het Hof rekening probeert te houden met het element van veelzijdigheid en dat bij de botsing van een vanuit het perspectief van het Unierecht fundamentele vrij verkeer bepaling en een grondrecht als de uitingsvrijheid de lidstaten wel degelijk beoordelingsvrijheid toekomt bij de beslissing hoe het grondrecht het beste te beschermen is. De rollen worden bijna omgedraaid. De bescherming van de fundamentele vrijheden is de primaire verantwoordelijkheid van het Hof, terwijl de bescherming van de grondrechten de primaire verantwoordelijkheid van de nationale rechter lijkt.

Een wat vreemde eend in de bijt is het arrest *Secretary of State for the Home Department t. Hacene Akrich* (2003).¹⁰⁷ In dit arrest wordt op geen enkele wijze een belangenafweging gemaakt en vanuit dat opzicht is een bespreking van het arrest hier niet relevant. Opvallend is echter het gemak waarmee het Hof van Justitie het maken van een belangenafweging in de schoenen van de nationale rechter schuift, zonder deze verder enige aanwijzing mee te geven. Dat rechtvaardigt een korte blik op de zaak *Akrich*.

Hacene Akrich komt van buiten de Europese Unie en wil graag in het Verenigd Koninkrijk verblijven bij zijn Britse vrouw Helina Jazdzewska. Zij maakt op enig moment gebruik van haar recht op vrij verkeer als werknemer door ruim een jaar in Ierland te gaan werken. Akrich voegt zich bij haar in Dublin en wil dan samen met haar het Verenigd Koninkrijk inreizen. Dat laatste gaat niet, omdat er nog een door de Britse minister van Binnenlandse Zaken uitgevaardigd uitzettingsbevel op hem van toepassing is. Volgens Brits recht kan Akrich pas toegang krijgen, wanneer dat uitzettingsbevel is opgeheven. Het echtpaar Akrich stelt echter dat Hacene Akrich ook zonder dat toegang moet krijgen tot het Britse grondgebied en wel op basis van het Gemeenschapsrecht inzake het vrij verkeer van werknemers en hun familieleden. De Britse autoriteiten stellen hier tegenover dat het echtpaar het Gemeenschapsrecht misbruikt om het nationale recht te omzeilen. Het HvJ EG heeft eerder in

107 HvJ EG 23 september 2003, zaak C-109/01, *Secretary of State for the Home Department t. Hacene Akrich* (verzoek om een prejudiciële beslissing van het Immigration Appeal Tribunal (Verenigd Koninkrijk)), *Jur.* 2003-I, p. 9607.

het arrest Singh overwogen dat “de door het Verdrag geschapen mogelijkheden niet ertoe mogen leiden, dat degenen die daarvan profiteren, deze kunnen misbruiken om zich aan de werking van het nationale recht te onttrekken, en dat zij de lidstaten niet beletten om de nodige maatregelen te nemen om dergelijke misbruiken te voorkomen.” Het Britse *Immigration Appeal Tribunal* stelt prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie, waarmee het wil weten of in de zaak Akrich sprake is van misbruik in de zin van Singh.

Het HvJ EG oordeelt dat de redenen van een Unieburger om in een andere lidstaat werkzaamheden te verrichten niet relevant zijn. Wat telt is, ten eerste, dat geen sprake is van een schijnhuwelijk. Daarnaast moet de derdelander-echtgenoot wel al wettig verblijf houden in één van de lidstaten wanneer hij of zij met de Unieburger mee emigreert naar een andere lidstaat. Indien de derdelander-echtgenoot geen wettig verblijf hield en met de Unieburger mee terug naar diens lidstaat van herkomst wil reizen, dienen de betrokken autoriteiten een verzoek om toelating van de derdelander-echtgenoot te beoordelen in het licht van artikel 8 EVRM. Interessant voor onderhavig onderzoek is dat het HvJ EG de beperkingssystematiek van artikel 8 lid 2 EVRM vermeldt, maar verder voor de toetsing aan het proportionaliteitsbeginsel (via de band van het vereiste dat een inbreuk “noodzakelijk in een democratische samenleving” moet zijn) niets meer doet dan verwijzen naar de uitspraak van het EHRM in de zaken *Boultif t. Zwitserland* en *Amrollahi t. Denemarken* (r.o. 60). Wat het Hof niet uitspreekt, maar impliciet als opdracht aan de nationale rechter (overigens alle nationale autoriteiten) meegeeft, is dat deze bij het maken van de afweging tussen de belangen van de staat, respectievelijk de echtgenoot, de *Boultif*-criteria zal moeten toepassen.¹⁰⁸ Binnen het kader van het veelzijdige Europese rechtssysteem behoort het verzekeren van de grondrechten van migrerende werknemers

108 De conclusie van AG Geelhoed werpt geen nader licht op de zaak en de overwegingen van het Hof. Dit is vooral te wijten aan het feit dat de AG voor een andere insteek kiest. De AG vertrekt van de premisse dat een lidstaat gerechtigd is een derdelander-onderdaan die met een Unieburger meereist naar het thuisland van die Unieburger, maar die daar eerder geen rechtmatig verblijf had, pas toegang tot zijn grondgebied te verlenen na een voorafgaande individuele beoordeling. “De bevoegdheid van een lidstaat deze persoon aan een zodanige beoordeling te onderwerpen is noodzakelijk in verband met de uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid van de immigratiewetgeving”, aldus Geelhoed (par. 137). De individuele beoordeling dient voornoemd en legitiem doel. Er is ook volgens de advocaat-generaal een grens aan het nastreven van dit doel: “Volgens de rechtspraak van het Hof moet de maatregel geschikt zijn om de verwezenlijking van het nagestreefde doel te waarborgen en niet verder gaan dan voor de bereiking van dat doel noodzakelijk is” (par. 143). Nadat de AG de geschiktheid van de maatregel heeft beoordeeld en heeft vastgesteld dat deze noodzakelijk is in de zin dat hij niet verder gaat dan noodzakelijk, merkt de AG op dat art. 8 EVRM in dit geval geen rol kan spelen. Indien Akrich en zijn echtgenote de toegang tot het Verenigd Koninkrijk wordt onzegd, worden zij niet gescheiden, omdat zij in Ierland kunnen blijven wonen. Hiermee komt de AG niet tot een toepassing van de idee van afweging. Conclusie AG Geelhoed 27 februari 2003, zaak C-109/01, *Jur.* 2003-I, p. 9610.

en/of hun derdelander echtgenoten in concrete gevallen kennelijk tot de taak van het nationale niveau. Het Hof schrijft voor dát die rechten bescherming verdienen en dat die bescherming geboden moet worden via het maken van een afweging tussen het belang van de staat om iemand niet toe te laten en de artikel 8 EVRM-rechten van de betreffende persoon. Het is aan de nationale rechter om hierover in concrete gevallen een oordeel te vellen. Nu het Hof zich zo op de vlakte houdt over de precieze inhoud van de “grenzen van hetgeen in een democratische samenleving noodzakelijk is” (r.o. 60), laat het ruimte aan het nationale niveau bij het trekken van die grenzen. Uiteraard is de grens gelegen in de jurisprudentie van het EHRM, maar ook het Hof van Justitie zal weten dat die grenzen ook niet altijd even scherp zijn. Zonder het nationale niveau expliciet een beoordelingsmarge toe te kennen, geeft het Hof deze het nationale niveau mijns inziens *de facto* wel mee.

RTL Television (2003) draait om een dispuut tussen de televisieomroep RTL en de Nedersaksische toezichthouder op de media over het toegestane aantal reclameonderbrekingen in op televisie uitgezonden speelfilms.¹⁰⁹ De toezichthouder tikt RTL op de vingers voor het overtreden van het *Rundfunkstaatsvertrag* door een tweetal films van rond de 90 minuten vier keer te onderbreken met reclameboodschappen. De kwestie komt via prejudiciële vragen bij het Hof van Justitie terecht. Een groot deel van de zaak gaat om de interpretatie van een voor het *Rundfunkstaatsvertrag* relevante richtlijn en is voor dit onderzoek niet interessant.¹¹⁰ RTL voert echter aan dat de gekozen interpretatie van de richtlijn een te vergaande beperking van haar recht op vrije meningsuiting vormt. Het Hof van Justitie overweegt dat de beperking gerechtvaardigd lijkt krachtens het tweede lid van de verdragsbepaling. Het rechtmatige doel van de beperking is de bescherming van de rechten van anderen, in het bijzonder de bescherming van de “televisiekijkers als consumenten, en hun belang om toegang te hebben tot programma’s van goede kwaliteit” (r.o. 70). Deze doelen kunnen volgens het Hof maatregelen tegen

109 HvJ EG 23 oktober 2003, zaak C-245/01, RTL Television GmbH t. Niedersächsische Landesmedienanstalt für privaten Rundfunk (verzoek om een prejudiciële beslissing van het Niedersächsische Oberverwaltungsgericht (Duitsland)), *Jur.* 2003-I, p. 12489.

110 Het gaat dan om de vraag of voor films die speciaal gemaakt zijn voor televisie en waarin al bij het maken is voorzien in reclameonderbrekingen dezelfde (in relatie tot andere programma’s vrij strenge) regels m.b.t. reclameonderbrekingen gelden als voor bioscoop- en televisiefilms (waarbij de laatste term enigszins verwarrend is, bedoeld wordt een speelfilm denk ik). Ook aan de orde is de vraag of een cluster van wekelijks rondom een bepaald thema uitgezonden speelfilms ook kan worden aangemerkt als een serie. Series mogen namelijk vaker worden onderbroken voor reclameblokken dan bioscoop- en televisiefilms (door mij in de hoofdtekst dus als speelfilms aangeduid).

overdadige reclame" rechtvaardigen (idem).¹¹¹ Voor het Hof weegt mee het eigen oordeel in eerdere zaken dat de bescherming van de consument en – in het kader van cultuurbeleid – ook de wens tot het waarborgen van een zekere kwaliteit van de programma's, beperkingen van het vrije dienstenverkeer kunnen rechtvaardigen (r.o. 71).

Over de daadwerkelijke toetsing van de evenredigheid van de beperking is het Hof kort. Het specificiert de beperking en het uiteindelijke beeld van de beperking lijkt doorslaggevend voor het oordeel dat deze niet in strijd is met artikel 10 EVRM. De beperking ten aanzien van de reclameboodschappen heeft geen betrekking op de inhoud van de reclameboodschappen en behelst geen verbod, maar een voor iedere omroeporganisatie geldende grens aan de frequentie, waarbij het tijdstip en in beginsel ook duur van de onderbrekingen door de omroeporganisatie vrij te bepalen zijn. Het Hof zegt het zeker niet met zoveel woorden, maar suggereert toch dat de uiteindelijke beperking te licht wordt bevonden om van een onevenredige inbreuk op artikel 10 EVRM te kunnen spreken (r.o. 72). Hiermee lijkt sprake van een toepassing van de Alexy-benadering van de methode van belangenafweging, zij het in een rudimentaire vorm. Het Hof velt hierbij overigens een algemeen oordeel over de evenredigheid van de door richtlijn toegestane reclameonderbrekingen in het licht van artikel 10 EVRM. Dit kan waarschijnlijk juist nu de beperking op de toegestane reclameonderbrekingen niet op de inhoud zien en voor alle omroepen gelijk zijn. In die hoedanigheid kunnen ze, gelet op het doel van consumentenbescherming, in hun algemeenheid geen schending van artikel 10 EVRM opleveren. Strikt genomen zou het Hof na de abstracte toetsing nog kunnen overgaan tot een toetsing van het effect van de maatregelen *in concreto*. Wellicht dat een omroep bijzondere omstandigheden zou kunnen aanvoeren op basis waarvan het regime in de richtlijn met betrekking tot de reclameonderbrekingen in zijn geval onevenredig zou uitwerken. Toegegeven zij echter dat dat moeilijk voorstelbaar is en dat het in ieder geval niet aan het Hof is om, zonder dat die bijzondere omstandigheden door een partij naar voren worden gebracht, daar op in te gaan. Bovendien is dit bij een prejudiciële procedure allicht eerder iets voor de nationale rechter om te beoordelen.

111 De conclusie van AG Jacobs laat mooi zien hoe de selectie van rechten en belangen een punt van aandacht is: "38. Ik ben er niet van overtuigd dat het vaststellen van regels aangaande televisiereclame noodzakelijkerwijs en in alle gevallen een beperking van het grondrecht van omroeporganisaties en producenten op vrijheid van meningsuiting en artistieke vrijheid met zich brengt. Ook indien echter de bijzondere regel een beperking van deze rechten zou betekenen en dus gerechtvaardigd zou moeten worden, stelt RTL mijns inzien ten onrechte dat het enige belang dat een beperking zou kunnen rechtvaardigen, het belang is van de makers van de films waar het hier om gaat. Naar mijn mening is het evenzeer gerechtvaardigd rekening te houden met de belangen van de televisiekijkers als consumenten. De bijzondere regel is derhalve verdedigbaar op grond van het feit dat hij dient ter bescherming van kijkers tegen overdadige reclame." Conclusie AG Jacobs 22 mei 2003, *Jur.* 2003-I, p. 12491. Het zou kunnen dat het HvJ stellig is over de relevante rechten en belangen, omdat de AG hier al meer woorden aan heeft gewijd.

De margin of appreciation-doctrine is echter minstens zo belangrijk in de zaak *RTL*. Het HvJ EG maakt melding van een bepaalde beoordelingsmarge die de nationale autoriteiten hebben wanneer zij moeten bepalen of de vrijheid van meningsuiting gerechtvaardigd kan worden beperkt. Het toekennen van een beoordelingsmarge is “bijzonder noodzakelijk op commercieel gebied en met name op een dermate ingewikkeld en fluctuerend terrein als de reclame” (r.o. 73).¹¹² Die beoordelingsmarge komt blijkbaar ook de Gemeenschapsinstellingen toe wanneer zij artikel 10 EVRM-beperkingen neerleggen in een richtlijn. En zeker wanneer de beperking niet al te ingrijpend wordt geacht, wat in casu het geval is, valt deze binnen de beoordelingsmarge van de bedenkers van de beperking.

Tot slot moet worden opgemerkt dat de summiere evenredigheidstoets ook zijn oorzaak kan vinden in het feit dat de richtlijn en dan in het bijzonder de op de reclameonderbrekingen betrekking hebbende bepaling daaruit:

“gericht is op het instellen van een evenwichtige bescherming van de financiële belangen van de televisieomroeporganisaties en de adverteerders enerzijds, en de belangen van de houders van rechten, te weten de auteurs en de ontwerpers, en van de televisiekijkers als consumenten anderzijds” (r.o. 62).

De opstellers van de richtlijn hebben met andere woorden al een evenwicht proberen te vinden tussen de belangen van RTL en andere omroeporganisaties en de consumenten (en filmproducenten). Hoewel het HvJ EG dit niet expliciet overweegt, wijst zijn bespreking van de bewoordingen en met name de voorgeschiedenis van de bepaling erop dat het de bepaling als een geslaagd middel ziet tot het bereiken van eerdergenoemd evenwicht. Het willen toepassen van een methode van belangenafweging kan de rechter nopen tot het overdenken van de eigen positie ten opzichte van de andere actoren (zie deel I, hoofdstuk drie). In de zaak *RTL Television* lijkt een besef van de eigen positie, hoewel dit niet wordt geëxpliciteerd, het uitgangspunt te zijn. Het middel dat ter toetsing voorligt, is voortgekomen uit een afweging tussen andere belangen dan de vrijheid van meningsuiting en moet dus nog wel getoetst worden aan artikel 10 EVRM, maar de redenen om voor het middel te kiezen (consumentenbelangen) wegen op voorhand zwaar.

Mevrouw Lindqvist werkt enthousiast aan de promotie van de plaatselijke kerkgemeente waar zij catechisatie geeft. Zij creëert eigenhandig een aantal internetpagina's waarop zij informatie over haarzelf en 18 van haar collega's plaatst. Die informatie betreft niet alleen de (voor)namen van de betrokken personen, maar soms ook “in licht humoristische bewoordingen” hun werkzaamheden en liefhebberijen. Zodra mevrouw Lindqvist verneemt dat een aantal van haar collega's hier niet van gediend zijn, haalt zij de pagina's van het net. Toch wordt zij strafrechtelijk vervolgd wegens schending van de

112 Vgl. AG Jacobs in zijn conclusie par. 54.

Personuppgiftslag, de Zweedse wet waarmee een ter zake doende Gemeenschapsrichtlijn is omgezet in Zweeds recht. De Zweedse rechter twijfelt over de uitleg van de betrokken richtlijn en stelt prejudiciële vragen (Lindqvist (2003)).¹¹³ Daarbij komt onder meer aan de orde de kwestie of de bepalingen van de richtlijn een ongerechtvaardigde inbreuk maken op de vrijheid van meningsuiting (r.o. 72 e.v.).

Het Hof van Justitie begint met het duiden van een conflict dat zichtbaar is binnen de richtlijn zelf. De richtlijn heeft tot doel bij te dragen aan de totstandbrenging en werking van de interne markt, maar beoogt ook de fundamentele rechten van personen te beschermen. Die twee doelstellingen kunnen met elkaar in conflict komen (r.o. 79). De baten van de interne markt en de daarmee gepaard gaande economische en sociale integratie en stroom van persoonsgegevens zullen moeten worden afgewogen tegen de terechtwens van de personen achter de gegevens voor een doeltreffende bescherming daarvan. De mogelijkheid tot afweging wordt enerzijds geboden door de richtlijn zelf. Daarnaast vloeien afwegingsmogelijkheden voort uit de nationale bepalingen waarmee de richtlijn is omgezet en de eventuele toepassing daarvan door de nationale autoriteiten, aldus het Hof van Justitie (r.o. 80-82). Deze 'speelruimte' in de richtlijn en de nationale toepassingspraktijk blijkt uiteindelijk ook van belang voor het afwegingsvraagstuk met betrekking tot de vrijheid van meningsuiting en de persoonlijke levenssfeer.

De richtlijn bevat in de woorden van het Hof "betrekkelijk" algemeen geformuleerde bepalingen. Dat is noodzakelijk, omdat de richtlijn voor veel uiteenlopende gevallen moet gelden, aldus het HvJ EG.¹¹⁴ Het betekent echter niet dat de regeling in de richtlijn onvoldoende voorzienbaar is (r.o. 83-84). Het betekent wel dat "veeleer in het stadium van de concrete toepassing op nationaal niveau van de regeling tot omzetting van richtlijn 95/46, (...) een juist evenwicht tussen de betrokken rechten en belangen moet worden gevonden" (r.o. 85). Dit maakt het mogelijk om ook een grondrecht als de vrijheid van meningsuiting in de oordeelsvorming te betrekken. De nationale autoriteiten, inclusief de nationale rechter, moeten hun nationale recht immers niet alleen richtlijnconform uitleggen, maar moeten er ook voor waken dat die uitleg niet in strijd is met door de communautaire rechtsorde

113 HvJ EG 6 november 2003, zaak C-101/01, Strafzaak tegen Bodil Lindqvist (verzoek om een prejudiciële beslissing van het Göta hovrätt (Zweden)), *Jur.* 2003-I, p. 12971.

114 De overgang tussen de ruimte die de richtlijn laat voor afwegingen op Europees en nationaal niveau naar de oorzaak van de algemene bewoordingen van de richtlijn is wat abrupt. Het lijkt erop dat het HvJ EG i.i.g. op dit punt vooral wil reageren op de stelling van Lindqvist dat de regeling in de richtlijn niet voldoende voorzienbaar is en daarom ingaat op de redenen voor de algemene bewoordingen (een te algemeen geformuleerde regeling zou de voorzienbaarheid immers te zeer kunnen beperken). Logischerwijs verwacht de lezer echter dat de algemene bewoordingen van de richtlijn ook verklaard worden door te wijzen op de wens om een afwegingsruimte over te laten. Die link wordt echter niet gelegd tussen r.o. 82 en 83-84.

beschermde grondrechten en beginselen als het evenredigheidsbeginsel (r.o. 87).¹¹⁵ Over de wijze waarop een afweging kan of moet worden gemaakt, geeft het HvJ EG nauwelijks aanwijzingen. Het wijdt enkele woorden aan de vereisten van de doelmatigheid en de evenredigheid van de sancties, maar niet aan het antwoord op de vraag hoe de rechter verder in een concreet geval over het opleggen van dergelijke sancties moet oordelen in het licht van het recht op de vrijheid van meningsuiting (r.o. 88). Het volstaat met de vaststelling dat de bepalingen van de richtlijn “als zodanig geen beperking bevatten die in strijd is met het algemene beginsel van vrijheid van meningsuiting of met andere in de Europese Unie geldende rechten en vrijheden die onder meer overeenkomen met artikel 10 van het EVRM.” Net als in de zaak *Akrich* is het aan de nationale rechter om in gevallen als in *Lindqvist* in concrete gevallen het juiste evenwicht tussen de conflicterende rechten en belangen te treffen. Zoals geformuleerd in het dictum:

“Het staat aan de nationale autoriteiten en rechterlijke instanties die belast zijn met de toepassing van de nationale regeling tot omzetting van richtlijn 95/46, een juist evenwicht te verzekeren tussen de betrokken rechten en belangen, met inbegrip van de door de communautaire rechtsorde beschermde grondrechten.”

De enige aanwijzing die de nationale autoriteiten meekrijgen, is dat de duur van de schending van het nationale recht tot uitvoering van richtlijn en het belang van de betrokkenen bij de bescherming van de bekendgemaakte gegevens “met name” relevant zijn (r.o. 89).¹¹⁶

De zaak *Karner* (2004) draait om de verkoopcatalogus van de firma *Troostwijk*.¹¹⁷ Deze firma heeft de boedel van een failliete bouwonderneming verworven en wil daaraan via een openbare veiling wat verdienen. In de verkoopfolder van de veiling meldt *Troostwijk* dat de goederen uit een faillissement afkomstig zijn. De firma *Karner* had de boedel ook graag willen verwerven, maar viste achter het net. *Karner* klaagt voor de Oostenrijkse rechter dat de verkoopfolder van *Troostwijk* in strijd is met het Oostenrijkse *Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, meer specifiek de bepaling daarin die het verbiedt om te verwijzen naar het feit dat goederen uit een failliete boedel afkomstig zijn, wanneer zij daar geen deel meer van uitmaken (m.a.w. niet door de curator zelf verkocht worden). Het *Oberlandesgericht*

115 Vgl. de zaak *Österreichischer Rundfunk*, *supra* noot 94.

116 De conclusie van AG Tizzano van 19 september 2002 in zaak C-101/01, *Jur.* 2003-I, p. 12976 biedt in dit geval in het geheel geen nadere toelichting, omdat de AG van mening is dat de handelingen van mevrouw *Lindqvist* niet binnen het bereik van de richtlijn vallen.

117 HvJ EG 25 maart 2004, zaak C-71/02, *Herbert Karner Industrie-Auktionen GmbH t. Troostwijk GmbH* (verzoek om een prejudiciële beslissing van het Oberste Gerichtshof (Oostenrijk)), *Jur.* 2004-I, p. 3025.

Wien stelt prejudiciële vragen om te vernemen of de gewraakte bepaling verenigbaar is met artikel 28 EG-verdrag (nu: artikel 34 VWEU). Troostwijk meent namelijk dat de reclamebeperking een ongerechtvaardigde beperking vormt op haar recht op het vrij verkeer van goederen.

Het Hof van Justitie merkt de reclamebeperking aan als een verkoopmodaliteit in de zin van het arrest Keck en Mithouard.¹¹⁸ De verkoopmodaliteit in kwestie valt niet onder het verbod van artikel 28 EG-verdrag, omdat deze zonder onderscheid op alle marktdeelnemers van toepassing is én zowel rechtens als feitelijk dezelfde invloed heeft op de handel in nationale producten en de handel in producten uit andere lidstaten (r.o. 37-43). Troostwijk heeft nog een ijzer in het vuur en dat betreft haar klacht dat de reclamebeperking een inbreuk op haar vrijheid van meningsuiting vormt. Het Hof van Justitie beoordeelt de klacht volledig onder de vigeur van artikel 10 EVRM. Dit betekent dat ook de proportionaliteitstoets op de leest van het EVRM geschoeid is. De reclamebeperking is gerechtvaardigd indien deze bij wet is voorzien, een legitiem doel dient en noodzakelijk is in een democratische samenleving. De voor dit onderzoek interessante kwestie is de beantwoording van de vraag of de reclamebeperking een dwingende maatschappelijke behoefte dient en evenredig is aan het nagestreefde legitieme doel (r.o. 50).¹¹⁹ Het Hof van Justitie noemt hierbij de margin of appreciation die “de bevoegde autoriteiten” toekomt wanneer zij het juiste evenwicht tussen de vrijheid van meningsuiting en andere belangen moeten vaststellen (r.o. 51). Vervolgens geeft het daarbij de volgende overweging:

“Als de uitoefening van de vrijheid geen bijdrage levert voor een debat van algemeen belang en bovendien sprake is van een context waarin de lidstaten een zekere beoordelingsmarge hebben, wordt slechts getoetst of de inmenging redelijk en evenredig is.”

In de zaak Karner is sprake van een “commercieel gebruik van de vrijheid van meningsuiting” waardoor een beperking van reclame zoals in de natio-

118 HvJ EG 24 november 1993, gevoegde zaken C-267/91 en C-268/91, Strafzaak tegen Bernard Keck en Daniel Mithouard (verzoeken om een prejudiciële beslissing van het Tribunal de grande instance de Strasbourg (Frankrijk)), *Jur.* 1993-I, p. 6097.

119 Dat doel is overigens in de eerste plaats consumentenbescherming. De nationaalwettelijke bepaling gaat uit “van de veronderstelling dat consumenten bij voorkeur goederen kopen die door een curator in een faillissement worden verkocht, in de hoop goederen voordelig te kunnen kopen. (...) De betrokken bepaling zou ten doel hebben te verhinderen dat de marktdeelnemers deze neiging van consumenten uitbuiten.” (r.o. 30). Daarnaast speelt de eerlijkheid van handelstransacties een rol (r.o. 52).

naalwettelijke bepaling bedoeld, redelijk en evenredig is aan de met de bepaling nagestreefde doelen (r.o. 52).¹²⁰

De vraag is wat er gezegd kan worden over de motivering van het Hof van Justitie met betrekking tot het afwegingsvraagstuk. Kern van de redenering is de vaststelling dat er een inbreuk wordt gemaakt op een wat minder belangrijk aspect van de vrijheid van meningsuiting. Het belang bij de bescherming van dat aspect is met andere woorden niet zo groot. Hiermee is geen sprake van een Alexy-benadering. Daar staat immers de ernst van de inbreuk centraal. Aan de selectie en definiëring van belangen wijdt het Hof van Justitie geen overwegingen. Dit is ook niet nodig nu, zoals vaker, de selectie voortvloeit uit de interpretatie van het recht en de door partijen aangevoerde argumenten. De zaak Karner lijkt hiermee een voorbeeld van een zaak waarin de selectiefase niet nodeloos geproblematiseerd hoeft te worden.

Het is iets ingewikkelder om aan te geven welke benadering het HvJ EG kiest als het gaat om de definiëring van de rechten en belangen. Voor het bepalen van de margin en de bijbehorende toetsingsintensiteit zijn de vrijheid van commerciële uitingen, consumentenbelangen en de eerlijke handel als zodanig relevant. Vervolgens toetst het Hof *in concreto* of de beperking van de reclame-uitingen van Troostwijk door de beugel van artikel 10 EVRM kan. Toch blijft sprake van een enigszins algemene benadering, omdat juist ook de juridische omstandigheden en daarmee de algemene keuze van de Oostenrijkse wetgever als relevant worden aangemerkt. De verwarring is misschien het gevolg van het feit dat het HvJ EG een oordeel lijkt te willen vellen over twee verschillende zaken: de houdbaarheid van de nationaalwettelijke bepaling onder het Gemeenschapsrecht én onder artikel 10 EVRM. Voor het eerste dient de Oostenrijkse regeling vooral *in abstracto* te worden bezien. Ook voor het tweede kan men volstaan met te bezien of de bepaling zich verdraagt met artikel 10 EVRM. Het HvJ EG lijkt echter meer concreet te willen stellen dat in dit geval de uitingsvrijheid van Troostwijk gerechtvaardigd wordt beperkt.

Tot slot laat de zaak Karner vrij aardig zien hoe de margin of appreciation-doctrine de te maken afweging beïnvloedt. Er wordt een minder strikte toetsing uitgevoerd dan het geval zou zijn indien de kern van het uitingsrecht beperkt zou zijn. Het Hof lijkt zich in lijn de hiervoor geciteerde rechts-

120 Dat het HvJ EG aansluit bij het toetsingskader van art. 10 EVRM wijkt af van het standpunt van de AG in de zaak. AG Alber gaat uiteraard ook in op de rol van art. 10 EVRM in de zaak, maar hanteert voor wat betreft de evenredigheidstoets de meer klassieke benadering waarbij juist de toetsing aan proportionaliteit in strikte zin achterwege blijft: “kan een beperking van reclame uit hoofde van de bescherming van de consumenten en de eerlijkheid van de handelstransacties, zoals door § 30 UWG bewerkstelligd, in beginsel geacht worden met artikel 10 EVRM verenigbaar te zijn, mits er geen gelijkwaardig middel ter verwezenlijking van dit doel bestaat dat het fundamentele recht op vrije meningsuiting minder beperkt.” Conclusie AG Alber 8 april 2003, zaak C-71/02, *Jur.* 2004-I, p. 3028, par. 79.

overweging ook echt te beperken tot een meer afstandelijke toets van de redelijkheid en evenredigheid van de inmenging op de uitingsvrijheid.

Georgios Orfanopoulos en Raffaele Oliveri hebben de Griekse, respectievelijk Italiaanse nationaliteit, maar wonen sinds hun jonge jaren, respectievelijk geboorte in Duitsland. Wegens het veelvuldig plegen van strafbare feiten, waarbij hun drugsverslaving een belangrijke rol speelt, hangt hen allebei uitzetting uit Duitsland boven het hoofd. In beide zaken stelt de nationale rechter vragen aan het HvJ EG.¹²¹ Laatstgenoemde doet belangrijke uitspraken over het automatisch uitzetten van EU-burgers en het *ex nunc* toetsen van uitzettingsbesluiten. Voor onderhavig onderzoek is van belang het gedeelte van het arrest Orfanopoulos en Oliveri (2004) waarin het recht op bescherming van het gezinsleven een rol speelt. Daarbij komt het niet tot een afweging onder artikel 8 EVRM. De zaak Orfanopoulos en Oliveri laat echter goed zien waarom dat zo is en verdient alleen om die reden bespreking.¹²² Daarnaast verdient de rol van het gemeenschapsrechtelijke evenredigheidsbeginsel de aandacht.

Het Hof van Justitie stelt vast dat het antwoord moet geven op de vraag of de beperking van het vrije verkeer van de Gemeenschapsonderdaan Orfanopoulos, opgelegd met een beroep op de openbare orde exceptie ex artikel 39 lid 3 EG-verdrag (nu artikel 45 VWEU), in overeenstemming is met het Gemeenschapsrecht nu gelet op zijn persoonlijke gedrag recidive aannemelijk is en van zijn gezin niet kan worden verlangd dat zij met Orfanopoulos mee in Griekenland gaan wonen (r.o. 83). De belangen die in eerste instantie tegenover elkaar staan zijn zodoende het belang van Orfanopoulos bij de bescherming van zijn recht op vrij verkeer en het belang van de Duitse regering bij de bescherming van de openbare orde. Op deze belangen doelt het HvJ EG wanneer het spreekt over “het billijke evenwicht” dat tussen de “betrokken rechtmatige belangen” moet worden getroffen (r.o. 95). Zo geformuleerd is sprake van een conflict dat draait om de regel (vrij verkeer) en de mogelijke uitzondering(en) daarop (in casu openbare orde exceptie). Hiermee staat de interpretatie van de regel en de uitzondering(en) voorop. Van een afweging van een fundamenteel recht en daarmee conflicterende rechten en/of belangen is geen sprake.

121 HvJ EG 29 april 2004, gevoegde zaken C-482/01 en C-493/01, Georgios Orfanopoulos e.a. en Raffaele Oliveri t. Land Baden-Württemberg (verzoek om een prejudiciële beslissing van het Verwaltungsgericht Stuttgart (Duitsland)), *Jur.* 2004-I, p. 5257.

122 De zaak Akrich draait vooral om de vraag wanneer sprake kan zijn van misbruik van het Gemeenschapsrecht. De afwegingsproblematiek komt dan nog slechts op het eind, heel kort, aan de orde. Zo kort dat het moeilijk is het hiernavolgende – op de zaak Orfanopoulos en Oliveri gebaseerde overdenkingen – reeds te baseren op de zaak Akrich.

Uit het vervolg blijkt echter dat de bevoegde nationale autoriteiten bij het bepalen van het billijke evenwicht rekening moeten houden met de “speciale rechtspositie van de onder het gemeenschapsrecht vallende personen” en met het “fundamentele karakter van het beginsel van het vrij verkeer van personen” (r.o. 96). Daarnaast moet rekening worden gehouden met de “grondrechten waarvan het Hof de eerbiediging verzekert” (r.o. 97), in casu het recht op de bescherming van het gezinsleven (r.o. 98). Dat fundamentele recht speelt dus wel een rol bij de te maken afweging tussen het vrij verkeer en de beperking daarvan, al staat het niet zelf centraal; het kleurt hooguit het belang van Orfanopoulos bij zijn recht op vrij verkeer.

Het Hof contrasteert op deze manier duidelijk het uitgangspunt van vrij verkeer met het beginsel van handhaving van de openbare orde. Dichotomie, dus de strijd tussen twee belangen, is daarmee het uitgangspunt, ook al kan de zaak eventueel worden geschetst als een ‘driepotige’ afweging als ook het belang van het gezinsleven wordt meegenomen. Het Hof lijkt er echter bewust voor te kiezen om de belangenafweging eenvoudig te houden door het fundamentele recht op bescherming van het gezinsleven te beschouwen als een ‘kleuring’ van het recht op vrij verkeer. De gevolgen van de beperking voor het gezinsleven zijn alleen relevant voor zover zij het vrij verkeer belemmeren.

Het HvJ EG kan blijven vasthouden aan de tweedimensionale benadering, omdat het kiest voor de toepassing van het gemeenschapsrechtelijke evenredigheidsbeginsel. Daarmee komt het tweede opvallende punt van Orfanopoulos en Oliveri in beeld. Het Hof van Justitie blijft als gezegd vasthouden aan de lijn waarbij de inmenging op het vrij verkeer tegenover het nagestreefde legitieme doel, de bescherming van de openbare orde, geplaatst wordt. Het gemeenschapsrechtelijke evenredigheidsbeginsel is vervolgens leidend. Dat beginsel moet bij het beslechten van het conflict tussen het belang bij de bescherming van het vrij verkeer en het belang bij het handhaven van de openbare orde worden geëerbiedigd. Bij de beantwoording van de vraag of dit gelukt is, zijn relevant:

“de aard en de ernst van het door belanghebbende gepleegde strafbare feit, de duur van zijn verblijf in de lidstaat van ontvangst, de periode die is verstreken sinds het strafbare feit is gepleegd, de gezinssituatie van de belanghebbende en de ernst van de moeilijkheden waarmee de echtgenoot en hun eventuele kinderen in het land van herkomst van de belanghebbende geconfronteerd dreigen te worden” (r.o. 99).

Gezichtspunten of topoi die het EHRM normaliter gebruikt bij de beantwoording van de vraag of sprake is van een gerechtvaardigde of ongerechtvaardigde inbreuk op het recht op bescherming van het gezinsleven, worden door het HvJ EG aangevoerd als gezichtspunten die relevant zijn voor de vaststelling van de evenredigheid van de inbreuk op het vrij verkeer van werknemers.

De door het HvJ EG gekozen benadering (tegenstelling vrij verkeer en openbare orde) is enerzijds helder. Anderzijds maakt deze benadering gebruik van het gemeenschapsrechtelijke evenredigheidsbeginsel noodza-

kelijk, terwijl dit beginsel van oorsprong wordt gebruikt om over de evenredigheid van sancties te oordelen.¹²³ In dit evenredigheidsbeginsel incorporeert het Hof van Justitie vervolgens gezichtspunten die het EHRM gebruikt om een inbreuk op artikel 8 EVRM te beoordelen (zie ook de verwijzing van het HvJ EG naar de EVRM-zaak *Boultif t. Zwitserland*). De precieze rol van het recht op bescherming van het gezinsleven blijft daarbij onduidelijk. Het is enerzijds slechts één gezichtspunt te midden van velen, maar het speelt anderzijds een wel heel belangrijke rol als hoeder van het vrij verkeer van personen. Het HvJ EG kan ergens ook niet anders. Het kan zich nu eenmaal – in ieder geval ten tijde van de uitspraak in onderhavige zaak – niet uitspreken over de bescherming van het gezinsleven als zodanig.¹²⁴ Een link met het Gemeenschapsrecht, in dit geval één van de vrijverkeerbepalingen, is noodzakelijk voor de vestiging van de rechtsmacht van het HvJ EG. Het maakt de rol van en toetsing aan de fundamentele rechten in de jurisprudentie van het HvJ EG er wel complexer op.

In de zaak *Omega Spielhallen* (2004) wensen de Duitse autoriteiten het vrije dienstenverkeer te beperken met het oog op de bescherming van de menselijke waardigheid (een door de Duitse grondwet beschermde fundamentele waarde, zie artikel 1, lid 1, eerste zin van de Duitse grondwet).¹²⁵ De zaak is een bevestiging van de zaak *Schmidberger* als het gaat om het uitgangspunt

123 Zie bijv. HvJ EG 11 juli 2002, zaak C-210/00, *Käserei Champignon Hofmeister GmbH & Co. KG t. Hauptzollamt Hamburg-Jonas* (verzoek om een prejudiciële beslissing van het Bundesfinanzhof (Duitsland)), *Jur.* 2002-I, p. 6453.

124 AG Stix-Hackl lijkt het art. 8 EVRM vraagstuk iets meer los van de vraag naar de gerechtvaardigdheid van de beperking van het vrij verkeer van werknemers te zien. Uit de conclusie van de AG wordt duidelijk hoe ze dat ziet: “[b]ehalve de bepalingen van richtlijn 64/221 dienen de nationale autoriteiten ook de bepalingen van het EVRM na te leven” (par. 53). De AG bespreekt de eisen van art. 8 EVRM in een nieuwe par. van haar conclusie. De AG legt ook uit dat en hoe er ruimte is voor toepassing van de idee van afweging. Nadat de AG het toetsingskader van art. 8 EVRM heeft geduid, merkt ze nl. op: “[v]ervolgens moeten de bij de evenredigheidstoetsing toe te passen criteria worden gepreciseerd. Deze toetsing bestaat uit een afweging per individueel geval van de belangen van de staat die de maatregel ter beëindiging van het verblijf neemt, en die van de betrokkene” (par. 54). Gelet op de taakverdeling tussen de nationale rechter en het HvJ dient de laatstgenoemde zich hierbij wel te beperken tot het geven van “uitleggingsselementen” waarna de nationale rechter definitief over de concrete feiten oordeelt (par. 59). In het vervolg van haar conclusie verschaft de AG de nationale rechter de uitleggingsselementen. Uiteindelijk is ook de AG gedwongen de koppeling te maken tussen art. 8 EVRM en de uitleg van het Gemeenschapsrecht, in dit geval een richtlijn en de vraag of wel of geen sprake kan zijn van een gerechtvaardigde beperking van het vrij verkeer: “[b]ijgevolg moet op de eerste vraag worden geantwoord dat artikel 3 van richtlijn 64/221 aldus moet worden uitgelegd dat het niet in de weg staat aan een beperking van het vrije verkeer die, (...), indien deze maatregel in het licht van artikel 8 EVRM evenredig is (...).” Zie conclusie AG Stix-Hackl van 11 september 2003, *Jur.* 2004-I, p. 5262.

125 HvJ EG 14 oktober 2004, zaak C-36/02, *Omega Spielhallen- und Automatenaufstellungs-GmbH t. Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn* (verzoek om een prejudiciële beslissing van het Bundesverwaltungsgericht (Duitsland)), *Jur.* 2004-I, p. 9609.

dat de bescherming van grondrechten een rechtmatig belang is en een rechtvaardiging kan vormen voor een beperking van één van de fundamentele vrijheden (r.o. 35).¹²⁶ Tot een afweging komt het in de zaak Omega Spielhallen niet. Het Hof van Justitie beperkt zich tot de opmerking dat beperkende maatregelen “slechts hun rechtvaardiging kunnen vinden in de openbare orde indien zij noodzakelijk zijn ter bescherming van de belangen die zij moeten waarborgen, en slechts voorzover die doelstellingen niet met minder beperkende maatregelen kunnen worden bereikt (...)” (r.o. 36). Het Hof van Justitie beperkt zich met andere woorden tot een toetsing van de noodzakelijkheid en subsidiariteit van de beperking van het vrije dienstenverkeer.¹²⁷

Opvallend is dat het Hof in de zaak Omega Spielhallen de bepaling van het gewicht van het belang in wezen aan de lidstaat over laat. In rechtsoverweging 37 merkt het Hof op dat het in het kader van de beoordeling van de beperking op het vrije dienstenverkeer “niet vereist [is] dat alle lidstaten over de door de autoriteiten van een lidstaat vastgestelde beperkende maatregel eenzelfde overtuiging delen met betrekking tot de wijze van bescherming van het betrokken grondrecht of rechtmatig belang.” Het Hof vervolgt:

“Hoewel het Hof in punt 60 van het reeds aangehaalde arrest Schindler melding maakt van overwegingen van morele, religieuze of culturele aard die ertoe leiden dat in alle lidstaten aan de organisatie van loterijen en andere kansspelen beperkingen worden gesteld, heeft het deze gemeenschappelijke overtuiging niet willen hanteren als een algemeen criterium ter beoordeling van de evenredigheid van elke nationale maatregel die aan de uitoefening van een economische activiteit beperkingen stelt.”

Het kent hiermee een relatief karakter toe aan de gewichtsbepaling.¹²⁸ Eerder in de uitspraak heeft het Hof melding gemaakt van de beoordelings-

126 AG Stix-Hackl gaat in haar conclusie van 18 maart 2004, *Jur.* 2004-I, p. 9611 dieper in op de verhouding tussen de fundamentele vrijheden en de grondrechten. Voor nu volstaat de opmerking dat de fundamentele vrijheden ruim worden uitgelegd en beperkingen daarop juist strikt worden uitgelegd. Vgl. r.o. 31 in zaak C-200/02 (HvJ EG 19 oktober 2004, Zhu en Chen, *Jur.* 2004-I, p. 9925): “(...) daar bepalingen waarin een fundamenteel beginsel zoals het beginsel van het vrije verkeer van personen verankerd is, ruim moeten worden uitgelegd.” En Omega Spielhallen, r.o. 30: “Voorts dient het begrip „openbare orde” in gemeenschapsrechtelijke context en in het bijzonder als rechtvaardiging van een afwijking van de fundamentele vrijheid van dienstverrichting, strikt te worden opgevat, zodat de strekking ervan niet zonder controle van de gemeenschapsinstellingen door de onderscheiden lidstaten eenzijdig kan worden bepaald (...)”

127 Het HvJ EG gebruikt later het woord ‘evenredig’ nog wel, maar ook daarna staat de toetsing van de noodzakelijkheid en subsidiariteit centraal, zie r.o. 39. 113. De AG lijkt de proportionaliteit in strikte zin nog wel te toetsen, zie echter de hoofdtekst bij *infra* noot 129.

128 Vgl. conclusie AG Stix-Hackl, par. 101: “het gemeenschapsrecht niet medebrengt dat de lidstaten bij de beoordeling van mogelijkkerwijs met het openbaar belang strijdig te achten gedragingen een uniforme waardenschaal hanteren” onder verwijzing naar HvJ EG 18 mei 1982, gevoegde zaken 115/81 en 116/81, Rezguia Adoui t. Belgische Staat en Stad Luik; Dominique Cornuaille t. Belgische Staat (verzoeken om een prejudiciële beslissing van de Rechtbank van eerste aanleg te Luik (België)) *Jur.* 1982, p. 1665, r.o. 8.

marge die de autoriteiten van de lidstaten toekomt bij het beoordelen van de rechtmatigheid van een beperking van een van de vrij verkeer bepalingen. In rechtsoverweging 30 maakt het melding van “specifieke omstandigheden die een beroep op het begrip openbare orde [de door de Duitse regering ingeroepen beperkingsclausule, FMJJ] kunnen rechtvaardigen” en die “naar land en tijdstip kunnen verschillen.” Bijzonder in de zaak Omega Spielhallen is dat in het kader van beoordeling van de evenredigheid van de beperking van het vrij verkeer de beoordelingsmarge van de nationale autoriteiten zover gaat dat zijzelf het gewicht van het door hen ingeroepen belang mogen bepalen én dat deze gewichtsbepaling naar tijd en plaats kan verschillen.

Een korte blik op de door het Hof uitgevoerde noodzakelijkheids- en subsidiariteitstoets leert eveneens dat de nationale beoordelingsmarge in deze zaak een belangrijke rol speelt. Het Hof doet niet meer dan verwijzen naar het oordeel van de nationale rechter dat het bestreden verbod “beantwoordt aan het niveau van bescherming van de menselijke waardigheid dat de nationale grondwet op het grondgebied van de Bondsrepubliek Duitsland heeft willen verzekeren.” De subsidiariteit van de maatregel wordt niet onderzocht; gegeven wordt de vaststelling dat de maatregel niet verder is gegaan dan noodzakelijk (r.o. 39). Daarmee gebruikt het Hof deze toets duidelijk als een instrument om antwoord te bieden op de ingewikkeldheden die veellagigheid met zich brengt.

Tot slot is de conclusie van advocaat-generaal Stix-Hackl vermeldenswaardig, omdat de AG opmerkt dat “het Hof meer en meer wordt geconfronteerd met zaken die een dergelijk conflict tussen fundamentele vrijheden en door het gemeenschapsrecht erkende grondrechten aan de orde stellen” (par. 44 onder verwijzing naar de conclusie van AG Jacobs in de zaak Schmidberger). Het is voor AG Stix-Hackl aanleiding om de verhouding tussen fundamentele vrijheden en communautaire bescherming van de grondrechten aan een onderzoek te onderwerpen. De analyse van de AG van de wijze waarop grondrechten een rol spelen in de communautaire context is interessant. Over dit punt is al het één en ander opgemerkt en hierop zal ook worden ingegaan in deel III van onderhavig onderzoek (de synthese tussen de bevindingen van de rechtstheoretische analyse en de rechtspraak-analyse). De conclusie van de AG voegt overigens niets toe op het punt van de toepassing van de idee van afweging. De AG zegt nog wel in te gaan op de vraag of de inbreuk evenredig is, nadat ze de geschiktheid en de noodzakelijkheid/subsidiariteit heeft beoordeeld, maar van een toetsing van evenredigheid in strikte zin (die men na een beoordeling van de geschiktheid en noodzakelijkheid/subsidiariteit zou verwachten) is geen sprake:

“de betrokken beschikking betekent evenmin een onevenredige inbreuk op een rechtsgoed van Omega. Aangezien de beperking van de betrokken fundamentele vrijheid bij een individuele maatregel is opgelegd, is de vraag in hoeverre er in andere gevallen al dan niet maatregelen zijn genomen irrelevant voor de gemeenschapsrechtelijke beoordeling van de evenredigheid van deze maatregel, omdat deze beoordeling afhankelijk is van alle omstan-

digheden van het concrete geval, zoals zij door de verwijzende rechter zijn vastgesteld. Uit de stukken blijkt in ieder geval niet dat de Duitse autoriteiten zich ten aanzien van lasersportspelen inconsequent hebben gedragen.”¹²⁹

In de zaken *Viking Line* (2007) en *Laval* (2007) staat de verhouding tussen het recht van vrije vestiging, respectievelijk het vrij verkeer van diensten en het sociale grondrecht, het recht op collectieve acties centraal.¹³⁰ In lijn met de wat bredere zaakselectie zoals aan het begin van dit deel II toegelicht, zijn beide zaken in onderhavig onderzoek betrokken. Hierbij speelde mee dat beide zaken een ‘Schmidberger-’ en ‘Omega’-karakter hebben in de zin dat de centrale vraag is of de beperking van de fundamentele vrijheden in kwestie gerechtvaardigd kan worden door een beroep op de bescherming van grondrechten.¹³¹ Het is ook daarom interessant de zaken te bekijken.

Net als in de zaak *Omega Spielhallen* draagt het HvJ EG de nationale rechter in de zaken *Viking Line* en *Laval* op de beperkingen van de fundamentele vrijheden aan een geschiktheidstest en een noodzakelijkheidstest te onderwerpen, waarbij de laatstgenoemde in feite slechts een oordeel van de subsidiariteit van de beperking inhoudt (zie r.o. 75 in *Viking Line* en r.o. 101 in *Laval*). In de zaak *Viking Line* geeft het HvJ EG de nationale rechter aanwijzingen mee omtrent de toepassing van de tests (r.o. 85). Opvallend daarbij is de opmerking van het HvJ EG ten aanzien van de geschiktheidstoets. De geschiktheid van dergelijke acties lijkt vast te staan na de opmerking dat collectieve acties één van de voornaamste middelen zijn om werknemersbelangen te beschermen, waarbij het HvJ EG verwijst naar een uitspraak van het EHRM.¹³² Over de door de nationale rechter uit te voeren subsidiariteitstoets zegt het Hof van Justitie niets meer dan dat deze moet onderzoeken of er minder beperkende middelen voorhanden waren en of deze middelen waren uitgeput alvorens werd overgegaan tot de collectieve acties (r.o. 87).

In de zaak *Laval* presenteert het HvJ EG dezelfde toetsingsmaatstaf als in *Viking Line*. Het komt in *Laval* echter niet tot aanwijzingen aan de nationale rechter omtrent de toepassing ervan. Hoewel het Hof de collectieve actie van de betrokken vakbond (een blokkade jegens *Laval*) accepteert als

129 Conclusie AG Stix-Hackl van 18 maart 2004, par. 113.

130 HvJ EG (GK) 11 december 2007, zaak C-438/05, *International Transport Workers’ Federation en Finnish Seamen’s Union t. Viking Line ABP en OÜ Viking Line Eesti* (verzoek om een prejudiciële beslissing van de Court of Appeal (Civil Division (England & Wales))), *Jur.* 2007-I, p. 10779 en HvJ EG (GK) 18 december 2007, zaak C-341/05, *Laval un Partneri Ltd t. Svenska Byggnadsarbetareförbundet, Svenska Byggnadsarbetareförbunds avdelning 1, Byggettan en Svenska Elektrikerförbundet* (verzoek om een prejudiciële beslissing van het Arbetsdomstol (Zweden)), *Jur.* 2007-I, p. 11767.

131 Vgl. daarnaast de in dit onderzoek betrokken zaken Commissie/Nederland (1991), Commissie/Duitsland (1992), TV10 en Familiapress.

132 Het nastreven van de bescherming van die belangen was eerder door het HvJ EG aangemerkt als “een van de reeds door het Hof erkende dwingende redenen van algemeen belang” r.o. 77 en het recht om collectieve acties te voeren ter bescherming van werknemersbelangen als “een legitiem belang dat in beginsel een beperking van een van de door het Verdrag gewaarborgde fundamentele vrijheden kan rechtvaardigen” r.o. 77.

een actie die in beginsel kan bijdragen aan de bescherming van werknemers, is het van oordeel dat “de belemmering die deze actie vormt, niet kan worden gerechtvaardigd door een dergelijke doelstelling”(r.o. 108). Wat het Hof hierbij echter in het midden laat, is wat nu precies het probleem is. De motivering van het Hof kan betekenen dat het doel dat wordt nagestreefd te licht wordt bevonden voor de collectieve actie zoals in Laval aan de orde. Het kan ook betekenen dat het Hof bedoelt dat de collectieve actie een te ver gaand middel is voor het nastreven van een in beginsel voldoende zwaarwegend doel. Het Hof gebruikt echter nergens meer de terminologie van het evenredigheidsbeginsel en geeft nergens aan of en hoe doel en middel tot elkaar in verhouding staan.¹³³ Dit doet suggereren dat er iets mis is met het doel op zich, maar de vraag blijft dan waarom het Hof dit doel in beginsel als een ‘legitiem doel’ erkent.

Het wordt nogal technisch-inhoudelijk, maar het lijkt erop dat het HvJ een onderscheid maakt tussen twee doelen die vakbonden voor ogen hebben. Voor wat betreft de verplichting die zij Laval willen opleggen om specifieke verplichtingen uit de bouw-cao op zich te nemen, lijkt het Hof te overwegen dat de collectieve acties hun doel voorbijschieten nu er al minimumnormen gelden op grond van richtlijn 96/71 als gevolg waarvan werknemers in geval van grensoverschrijdende dienstverrichting voldoende beschermd worden (r.o. 108). Met betrekking tot de looneisen van de vakbonden overweegt het Hof dat als in het nationale recht te weinig duidelijkheid wordt geboden over de loonverplichtingen, zodat Laval onmogelijk of uiterst moeilijk kan inschatten welke verplichtingen zij op dat gebied moet nakomen, collectieve acties niet gerechtvaardigd kunnen zijn om Laval toch te dwingen de loonverplichtingen na te komen. Het lijkt er dan op dat aan de specifieke doelstellingen van de vakbonden (de doelstellingen die als het ware achter het algemene doel van bescherming van werknemers schuil gaan) een gebrek kleeft, omdat deze ofwel niet nodig, ofwel voldoende duidelijk zijn en dat daarom het handelen van de vakbonden niet gerechtvaardigd is (r.o. 109). In ieder geval blijkt hieruit mijns inziens hoe belangrijk het is dat duidelijkheid wordt verschaft over de precieze rechten en belangen die in aanmerking worden genomen. Naar mijn mening had iets meer duidelijkheid over wat nu precies in de weegschaal ligt, dus de selectiefase, op dit punt geen kwaad gekund. Tegelijkertijd kan de feitelijke en juridische complexiteit, of misschien beter gezegd het hoge technische gehalte van de zaken waar het Hof mee wordt geconfronteerd, hier soms aan in de weg staan.

Vermeldenswaardig is nog hoe AG Mengozzi in de zaak Laval de noodzaak tot het bereiken van een evenwicht tussen conflicterende vrij verkeer bepalingen en grondrechten verwoordt:

133 Gelet op de bewoordingen van de aan te leggen evenredigheidstoets als zodanig is het niet verwonderlijk dat van een toetsing aan evenredigheid in strikte zin in het geheel geen sporen zijn terug te vinden in de uitspraak.

“84. In alle gevallen de vrijheden van verkeer van het Verdrag buiten toepassing laten om de bescherming van de grondrechten te kunnen waarborgen, zou in feite neerkomen op erkenning van een hiërarchie tussen de regels of beginselen van primair recht, die weliswaar niet noodzakelijkerwijs irrelevant is, maar bij de huidige stand van het gemeenschapsrecht niet is toegestaan.

85. De toepassing van de in het Verdrag voorziene fundamentele vrijheden van verkeer moet in casu dus niet worden uitgesloten, maar uiteindelijk in evenwicht worden gebracht met de uitoefening van een grondrecht.

86. Juist de noodzaak van het „in evenwicht brengen” van deze vereisten heeft het Hof in aanmerking genomen in het arrest Schmidberger – waarop ik later zal terugkomen –, in een context waarin de nationale autoriteiten, die hadden ingestemd met een manifestatie op een hoofdverkeersader voor het verkeer in de Alpen, zich hadden gebaseerd op de noodzaak zowel de door het EVRM als de door de grondwet van de betrokken lidstaat gewaarborgde grondrechten te eerbiedigen om toe te staan dat een beperking werd aangebracht aan een van de in het Verdrag neergelegde fundamentele vrijheden van verkeer.

87. Het Hof heeft uiteraard niet geoordeeld dat ten gevolge van de grondrechten waarvan de uitoefening in die zaak in het geding was, te weten de respectievelijk in de artikelen 10 en 11 van het EVRM bedoelde vrijheid van meningsuiting en vrijheid van vergadering, de verdragsbepalingen inzake het vrij verkeer van goederen niet van toepassing waren.”¹³⁴

De advocaat-generaal constateert dat in het geval van Laval sprake is van beperkingen van het vrije dienstenverkeer. Hij onderzoekt of de beperkingen “hun rechtvaardiging kunnen vinden in dwingende redenen van algemeen belang, (...) en voor zover die regels geschikt zijn om de verwezenlijking van het nagestreefde doel te waarborgen, en zij niet verder gaan dan nodig is voor het bereiken daarvan.”¹³⁵ De toets is dezelfde die het Hof later aanlegt. Anders dan het Hof komt de advocaat-generaal wel toe aan de evenredigheidstoets en geeft hij de nationale rechter aanwijzingen mee die hij bij het aanleggen van de toets in acht dient te nemen.

Bij het geven van die aanwijzingen merkt de AG eerst in zijn algemeenheid op dat artikel 49 EG de vakbonden geen verplichtingen kan opleggen “die het recht op het voeren van collectieve actie in zijn kern zouden aantasten” (par. 251) en daarna dat, omdat het recht niet absoluut is, de uitoefening van dat recht moet “worden verzoend met de eis van algemeen communautair belang die de vrijheid van dienstverrichting in de Gemeenschap vormt” (par. 252). Binnen dat algemene kader plaatst de advocaat-generaal een aantal, zeer gedetailleerde opmerkingen over het noodzakelijke evenwicht tussen de betrokken belangen en hoe dit bereikt kan worden. Ook de AG maakt daarbij een onderscheid tussen de looneisen van de vakbonden en de overige verplichtingen die de vakbonden Laval graag op zich zouden zien nemen. Het blijkt dat de advocaat-generaal hierbij andere keuzes maakt dan

134 Conclusie AG Mengozzi van 23 mei 2007, *Jur.* 2007-I, p. 11772 (interne voetnoten weggelaten).

135 *Ibidem*, par. 241.

het Hof en bijvoorbeeld niet vindt dat Laval niet goed zou kunnen weten welke loonverplichtingen het op zich zou moeten nemen. Wat volgt is een vrij ingewikkeld en in ieder geval technisch betoog over welke lonen de nationale rechter in aanmerking moet nemen bij de beoordeling van de looneisen van de vakbonden en wat Laval zijn werknemers betaalde. Indien daar teveel verschil tussen zou zitten, zouden de acties van de bonden niet onevenredig zijn. Ten aanzien van de overige verplichtingen die de vakbonden Laval wensen op te leggen, zegt de AG (par. 284) dat de rechter om de evenredigheid van de acties van de vakbonden te beoordelen:

“– enerzijds – aangaande de eventuele in de cao van Byggnadsarbetareförbundet voorziene arbeidsvoorwaarden en – omstandigheden die, (...) – [zal] moeten nagaan of, voor zover het daarbij zou gaan om bepalingen van openbare orde in Zweden in de zin van artikel 3, lid 10, van die richtlijn, de onderwerping van Laval aan dergelijke voorwaarden niet verder zou zijn gegaan dan nodig is voor het bereiken van de met de betrokken collectieve acties beoogde doelstellingen;
– anderzijds – aangaande de andere in de cao van Byggnadsarbetareförbundet voorziene voorwaarden – [zal] moeten nagaan of die voorwaarden een reël voordeel inhielden dat in aanzienlijke mate bijdroeg tot de sociale bescherming van de ter beschikking gestelde werknemers en geen kopie waren van een eventuele identieke of wezenlijk vergelijkbare bescherming die hun werd geboden door de op Laval toepasselijke wetgeving en/of cao in de lidstaat waar zij is gevestigd.”

Hierna volgt nog een feitelijke bespreking van een aantal van de voorwaarden, maar de bespreking daarvan voert te ver in het kader van deze studie. De zaak Laval laat bij uitstek zien dat de idee van afweging een procedurele huls is en de rechter, de Europese noch de nationale, ontslaat van soms zeer technische oordelen. De idee schrijft alleen voor dat rechten en belangen moeten worden geselecteerd en afgewogen, maar hoe elk recht en belang geselecteerd wordt en wanneer en waarom deze wel of niet als legitiem wordt aangemerkt en hoe het gewicht van de betrokken rechten en belangen bepaald wordt, is aan degene die de afweging maakt. De conclusie van de AG in de zaak Laval laat daarbij in het bijzonder zien dat van gewichtstoekenning als zodanig niet altijd sprake is, maar dat ook gekozen kan worden voor een heel feitelijke invulling van de evenredigheidstoets. Hier zou de beperking waar ook de AG zich uiteindelijk ‘schuldig’ aan maakt van het evenredigheidsbeginsel tot een subsidiariteitstoets (zich de hiervoor geciteerde paragraaf 284 van de conclusie van de AG) debet aan kunnen zijn.

De zaak *Promusicae* (2008) behelst de vraag hoe het recht op de eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer en anderzijds het recht op bescherming van de eigendom en het recht op effectieve rechterlijke bescherming met elkaar kunnen worden verzoend (r.o. 65).¹³⁶ De vraag komt op in een prejudiciële

136 HvJ EG (GK) 29 januari 2008, zaak C-275/06, *Productores de Música de España t. Telefónica de España SAU* (verzoek om een prejudiciële beslissing van de Juzgado de lo Mercantil n° 5 de Madrid (Spanje)), *Jur.* 2008-I, p. 271.

procedure met de volgende achtergrondgeschiedenis. Promusicae behartigt de belangen van houders van intellectuele eigendomsrechten en wenst van de internetprovider Telefónica de España de namen en adressen te ontvangen van mensen van wie bekend is dat zij KaZaA gebruiken. Middels dat 'peer-to-peer' programma wisselen de gebruikers bestanden uit en verlenen zij anderen toegang tot muzieknummers waarvan de exploitatierechten toebehoren aan leden van Promusicae. Promusicae wil de gegevens gebruiken om tegen de betrokken personen civiele procedures in te kunnen stellen. De Spaanse wetgeving maakt het echter alleen mogelijk om gegevens te vorderen om ze te gebruiken in strafrechtelijke onderzoeken of ter waarborging van de openbare veiligheid en de landsverdediging. De Spaanse rechter wenst van het HvJ EG te vernemen of deze wet in overeenstemming is met een drietal EG-richtlijnen. Het HvJ EG betreft nog een vierde richtlijn bij de zaak, maar concludeert dat op geen van de richtlijnen een verplichting kan worden gebaseerd voor het overhandigen van persoonsgegevens in het kader van een civiele procedure. De Spaanse rechter vroeg zich eveneens af of het ontbreken van een dergelijke verplichting geen schending inhoudt van het recht op eigendom en het recht op effectieve rechterlijke bescherming (r.o. 61). Het HvJ EG stelt daarbij voorop dat in de context waarin de nationale rechter deze vraag stelt het recht op de bescherming van persoonsgegevens en daarmee de persoonlijke levenssfeer ook aan de orde is (r.o. 63). Voor de lezer die een afweging van deze twee conflicterende rechten verwacht, eindigt de zaak in een teleurstelling. De lezer die de zaak Lindqvist nog scherp op het netvlies heeft, komt de hier weer te geven benadering van het Hof van Justitie bekend voor.

Het HvJ EG oordeelt dat de regeling die "het mogelijk maakt om een juist evenwicht te vinden tussen deze verschillende rechten en belangen" te vinden is in de richtlijn "betreffende de verwerking van persoonsgegevens en de bescherming van de persoonlijke levenssfeer in de sector elektronische communicatie" (richtlijn 2002/58), alsmede de drie richtlijnen die zien op de bescherming van de intellectuele eigendom en het auteursrecht (richtlijnen 2000/31; 2001/29 en 2004/48). Daarnaast "dient deze regeling voort te vloeien uit de nationale bepalingen die de lidstaten ter omzetting van deze richtlijn vaststellen, en uit de toepassing ervan door de nationale autoriteiten" (r.o. 66). Nu de bepalingen uit de richtlijnen algemeen zijn (en dat moeten zij ook zijn nu zij voor "een groot aantal uiteenlopende situaties in alle lidstaten moeten gelden"), laten zij ruimte voor een (even noodzakelijke) beoordelingsmarge voor de lidstaten. Zo kunnen deze uitvoeringsmaatregelen stellen die "kunnen worden aangepast aan de verschillende denkbare situaties" (r.o. 67). De lidstaten kunnen en moeten er bij de omzetting van de richtlijnen dan op toezien dat die omzetting is gebaseerd op een uitlegging van de richtlijnen die "een juist evenwicht tussen de verschillende door de communautaire rechtsorde beschermde grondrechten" verzekert (r.o. 68). De vraag hoe de afweging tussen de conflicterende rechten en belangen nu dient te worden gemaakt, blijft onbeantwoord. Hooguit zou men kunnen concluderen dat het HvJ EG een systeem toestaat (of misschien wel voorschrijft)

waarbij het aan de nationale rechter is om per individueel geval te bezien of de persoonlijke levenssfeer in de weg staat aan het vrijgeven van persoonsgegevens, of dat het recht op eigendom het vrijgeven van persoonsgegevens juist vordert. Het HvJ EG doet dan niets meer en minder dan erkennen dat de betrokken rechten en belangen in hun algemeenheid met elkaar kunnen conflicteren en dat elk conflict *in concreto* tot een oplossing zal moeten worden gebracht.

Wat nog opvalt in de zaak *Promusicae* is de loskoppeling van grondrechtenbescherming – in het kader waarvan een proportionaliteitstoets aangewezen kan zijn – en het evenredigheidsbeginsel. De nationale autoriteiten en rechterlijke instanties moeten niet alleen hun nationale recht richtlijnconform uitleggen:

“maar er ook acht op slaan dat zij zich niet baseren op een uitlegging van deze richtlijnen die in conflict zou komen met deze grondrechten of andere algemene beginselen van gemeenschapsrecht, zoals het evenredigheidsbeginsel.”¹³⁷

Advocaat-generaal Kokott besteedt in haar conclusie bij de zaak meer uitgebreid aandacht aan het conflict tussen de bescherming van eigendom en het recht op effectieve rechtsbescherming enerzijds en de bescherming van de persoonlijke levenssfeer anderzijds en de wijze waarop dit laatste recht aan banden kan worden gelegd. Het conflict als zodanig komt daarbij aan het licht bij in het kader van het formuleren van de legitieme doelstellingen:

“In het kader van de legitieme doelstellingen moet in casu rekening worden gehouden met de relevante grondrechten van de auteursrechthebbenden, in het bijzonder met de bescherming van de eigendom en het recht op effectieve rechtsbescherming. Ook deze twee grondrechten behoren volgens vaste rechtspraak tot de algemene beginselen van het gemeenschapsrecht, hetgeen is bevestigd in de artikelen 17 en 47 van het Handvest. In artikel 17, lid 2, van het Handvest wordt in dit verband benadrukt dat ook de intellectuele eigendom onder de bescherming van het grondrecht van de eigendom valt.”¹³⁸

Over de aan te leggen toets merkt de AG op:

“Bovendien moet een inmenging in het privéleven – de verwerking van persoonsgegevens – evenredig zijn aan de nagestreefde doelstellingen. Er moet dus een dringende maatschappelijke behoefte bestaan en de maatregel moet evenredig zijn aan het nagestreefde legitieme doel.”¹³⁹

137 R.o. 70 en dictum. Bij lezing van het dictum kan de vraag opkomen of het Hof van Justitie nu niet toch zelf het conflict heeft beslecht. Het Hof kiest zijn woorden echter secuur: lidstaten zijn “niet gehouden” om de gevraagde gegevens te verstrekken, maar bij het omzetten van de richtlijnen acht op te slaan dat er ruimte blijft om in voorkomende gevallen wel tot gegevensverstrekking over te gaan, nl. als de grondrechten en/of het evenredigheidsbeginsel dit vorderen.

138 Conclusie AG Kokott van 18 juli 2007, par. 55.

139 *Ibidem*, par. 54. Met in de voetnoten verwijzingen naar de jurisprudentie van het EHRM.

De AG besteedt ook aandacht aan de vraag wie een afweging in het belangenconflict dient te maken:

“Het evenwicht tussen de relevante grondrechten moet allereerst door de wetgever van de Gemeenschap worden aangebracht, en bij de uitlegging van het gemeenschapsrecht door het Hof. Ook de lidstaten zijn evenwel verplicht daarmee rekening te houden bij de gebruikmaking van de in het kader van de omzetting van richtlijnen in nationaal recht overgebleven beoordelingsmarges. Bovendien moeten de autoriteiten en rechterlijke instanties van de lidstaten niet alleen hun nationaal recht conform de richtlijnen inzake gegevensbescherming uitleggen, maar er ook op toezien dat zij zich niet baseren op een uitlegging daarvan die in conflict zou komen met de door de communautaire rechtsorde beschermde grondrechten of met de andere algemene beginselen van gemeenschapsrecht.”¹⁴⁰

In haar conclusie gaat de AG zelf op zoek naar het evenwicht tussen gegevensbescherming enerzijds en de bescherming van het eigendomsrecht anderzijds. Ook de AG doet dit uiteindelijk echter door de richtlijnen inzake gegevensbescherming te onderzoeken. Ze beantwoordt achtereenvolgens de vragen of de richtlijnen van toepassing zijn (ja), of ze zich verzetten tegen gegevensverwerking (dus verstrekking van IP-adressen; het antwoord is ja) en of één van de in de richtlijnen neergelegde uitzonderingen op de verwerkingsverboden van toepassing is (nee). Vervolgens luidt de conclusie van de advocaat-generaal:

“Het is met het gemeenschapsrecht verenigbaar wanneer lidstaten het verstrekken van persoons- en verkeersgegevens ten behoeve van civiele procedures wegens inbreuken op het auteursrecht, uitsluiten.” Van een toepassing van de idee van afweging is dan uiteindelijk ook bij de advocaat-generaal geen sprake. De terminologie terzake dient om het conflict helder te krijgen en het belang van het vinden van een afgewogen oplossing voor het conflict, maar die oplossing wordt gevonden middels het interpreteren en uitleggen van in dit geval secundair gemeenschapsrecht.

In de zaak Parlement/Raad (2006) staat de gezinsherenigingsrichtlijn ter discussie (richtlijn 2003/86/EG).¹⁴¹ Het Europees Parlement verzoekt bij het Hof van Justitie om nietigverklaring van een drietal bepalingen uit die richtlijn wegens strijd met het recht op een gezinsleven en het discriminatieverbod. Het HvJ EG toetst de bepalingen aan, onder meer, artikel 8 EVRM. De zaak behelst een meer abstracte toepassing van artikel 8 EVRM, maar is toch interessant vanuit het perspectief van dit onderzoek, omdat het HvJ EG een aantal overwegingen wijdt aan de door de lidstaten te maken belangenafwegingen in zaken betreffende gezinshereniging.

¹⁴⁰ *Ibidem*, par. 56.

¹⁴¹ HvJ EG (GK) 27 juni 2006, zaak C-540/03, Europees Parlement t. Raad van de Europese Unie (beroep tot nietigverklaring), *Jur.* 2006-I, p. 5769. De oplettende lezer bemerkt hier een doorbreking van de chronologische bespreking van de Luxemburgse jurisprudentie. Dit betreft echter niet meer dan een misverstand dat te laat in het productieproces werd ontdekt.

Het HvJ EG geeft eerst weer hoe het EHRM gezinsherenigingszaken beoordeelt.¹⁴² Het EHRM stelt voorop dat in zaken betreffende gezinshereniging “een juist evenwicht (...) tot stand moet worden gebracht tussen de concurrerende belangen van het individu en de samenleving in haar geheel” en dat staten bij het zoeken naar dat evenwicht een ruime beoordelingsmarge toekomt (r.o. 54). Bij het zoeken naar dat evenwicht moet rekening worden gehouden met een aantal beginselen, namelijk de omvang van de verplichting van staten om gezinshereniging toe te laten, afhankelijk is van de situatie van de belanghebbenden en het algemeen belang; dat staten het recht houden om de toegang van niet-onderdanen tot hun grondgebied te controleren en dat artikel 8 EVRM geen verplichting inhoudt om de woonplaatskeuze van getrouwde koppels te eerbiedigen (r.o. 55). Voorts houdt het EHRM bij zijn beoordeling onder artikel 8 EVRM rekening met “de leeftijd van de betrokken kinderen, hun situatie in het land van herkomst en de mate waarin zij van verwanten afhankelijk zijn” (r.o. 56). Hierna bespreekt het HvJ EG heel kort het Verdrag inzake de rechten van het kind en het Handvest Grondrechten. Het concludeert dat alle teksten het belang van het gezinsleven voor het kind benadrukken en staten opdragen rekening te houden met de belangen van het kind, maar dat geen van de teksten een subjectief recht op gezinshereniging schept (r.o. 59). De beoordelingsmarge die de drie gewraakte artikelen uit de richtlijn toekennen aan de lidstaten (en die in bepaalde gevallen een beperking van het recht op gezinshereniging kunnen inhouden) verschilt niet van de marge die het EVRM en de EHRM-rechtspraak de staten toekennen “om in iedere feitelijke situatie de betrokken belangen af te wegen” (r.o. 62). Daarbij is van belang dat de beoordelingsmarge ook wordt ingekaderd door een tweetal andere bepalingen uit de richtlijn, die de belangen van het kind een prominente plaats toebedelen én lidstaten verplicht rekening te houden met criteria als de aard en de hechteheid van de gezinsband, de duur van het verblijf in de lidstaat en het bestaan van familiebanden of culturele of sociale banden in het land van herkomst (r.o. 63-64).

Wat interessant is vanuit het oogpunt van onderhavig onderzoek, is in de eerste plaats dat het HvJ EG aansluit bij de topoi-benadering van het EHRM. Bij de toetsing aan artikel 8 EVRM is het zoeken naar het evenwicht tussen persoonlijke belangen en het algemeen belang het uitgangspunt. Dat evenwicht wordt echter niet gevonden door het afwegen van de betrokken belangen, maar door het acht slaan op een aantal relevante gezichtspun-

142 Dat het HvJ EG niet alleen begint met een analyse van art. 8 EVRM en de jurisprudentie van het EHRM ter zake, maar hier ook één op één bij aansluit komt omdat het Europees Parlement art. 8 EVRM uitdrukkelijk aanvoert als toetsingsmaatstaf. Het eveneens ingeroepen Handvest en Verdrag inzake de rechten van het kind spelen een minder grote rol, maar worden wel gebruikt om het toetsingskader voor de richtlijn vast te stellen. De overige door het EP ingeroepen internationale verdragsbepalingen laat het HvJ EG buiten beschouwing, omdat zij niets aan het beoordelingskader zouden toevoegen.

ten.¹⁴³ In de tweede plaats wordt duidelijk dat het HvJ EG een individuele en concrete benadering voorstaat. Dit vloeit logisch voort uit het voorschrijven van gezichtspunten. In elk afzonderlijk geval zal dan moeten worden bezien wat de leeftijd van het kind is, hoe lang het afzonderlijk van zijn of haar familie in het land van herkomst verbleef, welke banden het met dat land heeft et cetera. Tegelijkertijd geeft het HvJ EG geen enkele indicatie over het gewicht dat elk gezichtspunt afzonderlijk in de schaal legt. In hoeverre de leeftijd zwaarder of juist minder zwaar weegt dan de aard en hechtheid van de gezinsband, wordt niet duidelijk. Over de oorsprong en juistheid of geschiktheid van de criteria vermeldt het HvJ EG niet meer dan dat deze voortkomen uit de jurisprudentie van het EHRM. Hier wordt de nationale autoriteiten dus behoorlijk wat vrijheid gegund.

Een laatste opmerking is dat de zaak Parlement/Raad goed laat zien dat bij gebruik van de topoi-methode, het gevaar bestaat dat het selecteren van relevante rechten en belangen naar de achtergrond verdwijnt. Enerzijds lijkt dit logisch voort te vloeien uit het gebruik van topoi. Het is ook duidelijk welk fundamenteel recht aan de orde is (artikel 8 EVRM) en meer precies ten aanzien van welk recht of belang bescherming wordt gezocht (het belang van iemand om zich bij zijn of haar gezin te voegen). Het is duidelijk welke gezichtspunten relevant zijn voor een beoordeling van een beroep op artikel 8 EVRM. Het in kaart brengen van de informatie die betrekking heeft op de gezichtspunten, is dan voldoende. Dit is echter een te eenvoudige voorstelling van zaken. Voorafgaand aan het 'aflopen' van de gezichtspunten dient immers wel te worden vastgesteld dat een inmenging met de onder artikel 8 EVRM beschermde rechten een door het Gemeenschapsrecht erkende doelstelling van algemeen belang dient (in de bewoordingen van het HvJ EG), dan wel een in het tweede lid genoemd legitiem doel dient (in de bewoordingen van het EHRM). Door meteen over te gaan tot het presenteren van relevante gezichtspunten, dreigt het nadenken over de vraag welk overheidsbelang nu precies gediend is met de inmenging op het grondrecht, naar de achtergrond te verdwijnen. In de zaak Parlement/Raad heeft dit heel concreet tot gevolg dat het HvJ EG in het midden laat onder welk van de in artikel 8 lid 2 EVRM vermelde legitieme doelen het bevorderen van de integratie van een minderjarig kind (het doel van één van de litigieuze bepalingen) kan worden geschaard. Wat hierdoor tot slot evenmin goed uit de verf komt, is de vraag of het gekozen middel wel in een proportionele relatie tot het beoogde doel staat. Het gebrek aan een afweging kan dan wellicht nog worden gecompenseerd door toepassing te geven aan de topoi-benadering, maar ook de geschiktheid, noodzakelijkheid en subsidiariteit van de maatregel blijven hierdoor in principe buiten beschouwing.

143 Naast de hiervoor genoemde punten, noemt het HvJ EG nog een aantal gezichtspunten die voor specifieke bepalingen in de richtlijn relevant zijn, zie bijv. r.o. 65. Dit maakt het arrest in die zin onoverzichtelijk dat een complete lijst van relevante gezichtspunten een puzzeltochtje is.

9.4.1 *Resumé – afweging in de overige grondrechtenjurisprudentie*

Op basis van de hiervoor weergegeven resultaten van de analyse van de rechtspraak van het Hof van Justitie kunnen de volgende rode draden in de Luxemburgse toepassing van de idee van afweging worden ontwaard. In de eerste plaats blijkt uit een eerste groepje zaken dat het Hof van Justitie veel belang hecht aan de beoordeling van het doel waarmee een inbreuk op een fundamenteel recht wordt gemaakt. In de zaken *Carpenter* en *BRAX* slagen de betrokken autoriteiten er niet in het Hof ervan te overtuigen dat de inbreuk op het familieleven van de betrokken personen een voldoende zwaarwegend doel dient. Deze laatste formulering luistert nauw in de zin dat het Hof niet per se van oordeel is dat er geen legitiem doel wordt gediend met de inbreuk, maar dat het Hof van oordeel is dat dat doel in dit geval onvoldoende gewicht in de schaal legt. De ‘doel-benadering’ werkt daarbij ook de andere kant op. In de zaak *Connolly* oordeelt het Hof dat de belangen van de Gemeenschap zo zwaar zijn aangetast dat de inbreuk op de vrijheid van meningsuiting van *Connolly* gerechtvaardigd is.¹⁴⁴

In de al genoemde zaak *Carpenter* is het vrij verkeer van diensten aan de orde en waar de beperking van een fundamenteel recht nog wel eens als uitgangspunt wordt gepresenteerd¹⁴⁵, is de beperking van een fundamentele vrijheid de uitzondering.¹⁴⁶ Hierin kan ook een reden zijn gelegen voor het feit dat de nationale autoriteiten in de zaak *Carpenter* met hele goede redenen moeten komen om de rechten van de familie *Carpenter* te beperken. In lijn hiermee ligt een tweede belangrijke waarneming: de waarborging van het Gemeenschapsrecht staat altijd voorop en zodra het Hof kan, zal het overgaan tot het interpreteren van het Gemeenschapsrecht en het fundamentele rechtenvraagstuk daarin zal incorporeren.¹⁴⁷ In de zaak *Connolly*

144 Zie verder de zaak *RTL Television* waarin de bescherming van consumentenbelang op voorhand als een zwaarwegend doel wordt aangemerkt, zij het dat de beperking van het grondrecht (de uitingsvrijheid) in deze zaak waarschijnlijk ook door de beugel kan, omdat het Hof de beperking niet groot acht. In de zaken *Panasonic* en *Dow Chemical* benadrukt het Hof het belang dat gediend wordt met verificaties (handhaving van de mededingingsrechtelijke regels) en kent dat groot gewicht toe.

145 Zie de zaken *Panasonic*, *Österreichischer Rundfunk* en *ABNA Ltd e.a.* Dat het ook anders kan blijkt overigens uit de zaak *Commissie/Duitsland* waarin het Hof de door de Duitse regering ingeroepen aan art. 8 EVRM verbonden rechten nu eens niet parafraseert op een wijze die de beperkingsmogelijkheden van het recht vooropstellen. Ook de AG in de zaak *Carpenter* benadrukt het recht en niet de beperkingsmogelijkheid. Zij doet dit overigens op een bijzondere wijze door de typisch Luxemburgse formule m.b.t. de beperkingen op het vrij verkeer (dat deze strikt moeten worden opgevat) te transponeren naar de beperking van een grondrecht. De AG in de zaak *Roquette Frères* doet hetzelfde.

146 Hetzelfde geldt voor bepalingen die de afwijking betreffen van een in een richtlijn neergelegd individueel recht, zie *Johnston*, r.o. 36 en 44.

147 In de zaken *Parlement/Raad* en *ABNA Ltd e.a.* ligt de aandacht voor het uitleggen van het Gemeenschapsrecht en het incorporeren van de grondrechtelijke vraag daarin voor de hand nu in die zaken de geldigheid van het Gemeenschapsrecht aan de orde is.

staat in feite de uitleg van het Statuut voor ambtenaren centraal. In de zaken Johnston, Österreichischer Rundfunk, RTL Television, Karner, Lindqvist, Promusicae staat steeds de uitleg van een richtlijn centraal. Steeds wordt het grondrechtelijke vraagstuk in de 'slipstream' van de uitleg van het Gemeenschapsrecht behandeld. In de zaken Familiapress, Commissie/Nederland, Commissie/Duitsland, TV10, Ter Voort, Viking Line en Laval speelt het feit dat een fundamentele vrijheid in het geding is, een grote rol. In deze laatste groep zaken fungeren de grondrechten als mogelijke beperking van een vrij verkeer bepaling en houdt de vrijverkeerbenadering mijns inziens de overhand. In de zaak Familiapress wint de 'internemarktformule' het ook echt van de grondrechtelijke benadering. Onder verwijzing naar standaard-arresten inzake de interne markt, presenteert het Hof de algemene toets die gebruikt wordt bij de beoordeling van de gerechtvaardigdheid van beperkingen op de fundamentele vrijheden als toets die ook in de zaak Familiapress gaat uitmaken of artikel 10 EVRM noodzaakt tot de beperking van het vrij verkeer. In de zaak Akrich valt op dat de nationale rechter eigenlijk om de uitleg van een eerder door het Hof van Justitie gewezen arrest vraagt, maar dat het Hof zelf de prejudiciële vragen zo beantwoordt dat de uitleg van het relevante (secundaire) Gemeenschapsrecht centraal komt te staan. En zelfs in zaken waarin artikel 8 EVRM een prominente rol speelt, blijft het gemeenschapsrechtelijke belang bij het waarborgen van één van de vier fundamentele vrijheden minstens zo belangrijk, zo blijkt uit de zaken Carpenter en Orfanopoulos en Oliveri.

Terugvertaald naar de theorie zoals besproken in deel I van deze studie, zou het voorgaande de suggestie kunnen wekken dat gemeenschapsrechtelijke belangen ook meer gewicht in de schaal leggen. Het idee zou kunnen zijn ontstaan dat het zijn van gemeenschapsrechtelijk belangen als een soort 'thumb in the scale' fungeert. Ik heb niet de indruk dat dat zo is. Het lijkt er meer om te gaan dat in de wijze waarop een grondrechtelijk geschil wordt benaderd, het eigene aan het Gemeenschapsrecht voorop blijft staan. Het Hof van Justitie zou er voor hebben kunnen kiezen om voor wat betreft de grondrechtenjurisprudentie de op continentaal-Europa overheersende grondrechtenbenadering eigen te maken, waarbij geredeneerd wordt vanuit een fundamenteel recht als uitgangspunt en de beperkingen daarvan alleen zijn toegestaan indien deze proportioneel zijn. Duidelijk is echter dat het Hof van Justitie strikt vasthoudt aan de eigen taakopvatting van uitlegger van het Gemeenschapsrecht, die ook voorop blijft stellen en daarbij de centrale positie van de fundamentele *vrijheden* niet opgeeft. De benadering van het Hof heeft overigens wel gevolgen voor de selectiefase in die zin dat mogelijk multipolaire conflicten worden teruggebracht tot bipolaire conflicten. Het grondrecht en het belang bij de bescherming daarvan wordt ofwel in de gemeenschapsrechtelijke bepaling ofwel in de beperkingsmogelijkheid daarvan geïncorporeerd.

Een derde rode draad betreft de voorkeur van het Hof van Justitie voor een geschilbeslechting middels het geven van algemene, bij herhaling toepasbare regels. Zoals aan het begin van dit hoofdstuk opgemerkt, ligt een dergelijke benadering voor de hand in de oordelen die het Hof velt in het kader van de prejudiciële procedure. Hoewel concrete feiten en omstandigheden ten grondslag liggen aan een vraag van de nationale rechter over de betekenis van een bepaald onderdeel van het Gemeenschapsrecht, wordt het Hof om de uitleg van Gemeenschapsrecht gevraagd, waarbij een meer algemene benadering op zijn plaats is.¹⁴⁸ Bovendien blijft zo de concrete besluitvorming de taak van de nationale rechter.

Toch blijkt het voorgaande er niet aan in de weg te staan dat het Hof in sommige prejudiciële zaken een meer zaaksgerichte benadering kiest. Bij de bespreking van de zaak *Carpenter* bleek dat algemene overwegingen en het benadrukken van het algemene belang bij de bescherming van de rechten van dienstenverrichters niet in de weg staan aan een concrete blik op en oordeel over het 'geval *Carpenter*'. Gelet op de aan de orde zijnde feiten en omstandigheden mag mevrouw niet worden uitgezet.¹⁴⁹ Ook de zaak *Schmidberger* leert dat het Hof een algemene en concrete zaaksbenadering kan combineren. In de uitspraak geeft het Hof in algemene bewoordingen aan dat betogingen, ondanks het ongemak dat zij met zich meebrengen, een gerechtvaardigde beperking van het vrij verkeer kunnen vormen. De nationale autoriteiten zullen echter *in concreto* steeds opnieuw moeten beoordelen of er niet minder ingrijpende middelen zijn om de grondrechten te beschermen. De benadering in de zaak *Schmidberger* blijft een mix van een algemene en concrete benadering nu het Hof zelf het oordeel velt dat de Oostenrijkse autoriteiten geen minder ingrijpend middel voorhanden hadden.

In de afsluitende paragraaf 9.5 zal nog iets dieper worden ingegaan op de toepassing van de idee van afweging in prejudiciële procedures. In onderhavige samenvattende paragraaf dient nog te worden gewezen op zaken waarin geen prejudiciële vraag aan de orde is, maar een individu of een instelling klaagt over handelen van een (andere) instelling en waarin ook een voorkeur van het Hof kan worden waargenomen voor een algeme-

148 Zie de zaken *Johnston* (hoewel de zaak wel sterk gericht is op de binnenlandse veiligheidssituatie in Noord-Ierland, volgt toch de algemene regel dat in elk land dat te kampen krijgt met een "door veelvuldige aanslagen gekenmerkte binnenlandse situatie" de algemene politietaken mogen worden voorbehouden aan met vuurwapens uitgeruste mannelijke agenten); *Ter Voort* (zij het dat het oordeel over art. 10 EVRM ook specifiek kan worden genoemd, nu het oordeel luidt dat het artikel in casu niet geraakt wordt), *Christos Konstantinidis*, *TV10*, *Familiapress*, *Roquette Frères*, *Österreichischer Rundfunk*, *Akrich*, *RTL Television*, *Lindqvist*, *Karner*, *Orfanopoulos en Oliveri*, *Omega Spielhallen*, *Promusicae*. Met name in de zaken *Akrich* en *Lindqvist* valt op hoeveel ruimte en hoe weinig aanwijzingen de nationale rechter krijgt voor het vellen van een proportionaliteitsoordeel.

149 Over het feit dat het HvJ een dergelijk concreet oordeel zelf velt in een prejudiciële procedure (en zich niet beperkt tot het geven van algemene regels en het concrete oordeel aan de nationale rechter overlaat), kom ik in par. 9.5 nog te spreken.

ne benadering. In de zaak Prais staat de algemene regel centraal die aangeeft hoever de bescherming van de religieuze vrijheid reikt. Het is vanuit de toepassing van de algemene regel (de kandidaat moet problematische examendata vooraf melden en de examenafnemende instantie moet rekening houden met vooraf gemelde problematische examendata) dat het Hof concludeert dat de Raad in het concrete geval van mevrouw Prais niets te verwijten valt.¹⁵⁰ Hierbij bewijst het Hof zichzelf ook wel weer een dienst, omdat het juist door het schakelen naar de concrete omstandigheden van het geval niets meer hoeft op te merken over de lastige vraag wat de verhouding tussen artikel 9 EVRM en de belangen van de Raad zou zijn als mevrouw Prais de Raad wel tijdig op de hoogte had gebracht van het feit dat het voorgenomen examen op een voor haar belangrijke religieuze feestdag viel.¹⁵¹

Bij de algemene benadering in Prais is vrij duidelijk dat dit tot een wat shallow of apodictief oordeel leidt. In andere zaken waarin het Hof een algemene benadering volgt, is de shallowness van het Hof niet zozeer gelegen in de wijze waarop het zelf het geschil beslecht, maar in de wijze waarop het Hof het geschil doorschuift naar de nationale niveau (meestal de rechter). Het Hof volstaat dan met het formuleren van de opdracht tot een afweging, maar laat de afweging zelf over aan het nationale niveau. Dit doet het soms met meer, soms met minder aanwijzingen over hoe de afweging uit te voeren. Voor het Hof zelf heeft dit als voordeel dat het aan de orde zijnde geschil niet in zijn geheel ('deep') behoeft te worden beslecht. In feite is ook de hiervoor beschreven focus op de uitleg van het Gemeenschapsrecht – en dus niet het grondrechtelijke conflict – een manier om een volledige beantwoording van ingewikkelde afwegingsvragen te vermijden. Zonder te zeggen dat dit een bewuste keuze is van het Hof, is de algemene en abstracte benadering, al dan niet in combinatie met het primaat dat het Hof geeft aan de uitleg van het Gemeenschapsrecht, een manier om diepgravende en verstrekkende grondrechtendiscussie te voorkomen en zich in plaats daarvan te beperken tot meer oppervlakkige en soms sterk op de feiten van een zaak gerichte geschilbeslechting.

150 Vgl. de zaak Dow Chemical. Zie verder de algemene opmerkingen van het HvJ over de gerechtvaardigheid van het handelen van de Commissie in de zaak X t. Commissie. Zie ook de algemene benadering in de zaak Connolly t. Commissie. De algemene benadering is in de zaak Connolly mijns inziens gekoppeld aan de uitleg van het Gemeenschapsrecht, zie daarover het begin van onderhavige paragraaf. Ook de procedurele benadering in de zaak Kadi en Al Barakaat is algemeen en abstract van aard. De algemene benadering in Parlement/Raad ligt voor de hand nu het beroep tot nietigverklaring van het Parlement gestoeld is op de algemene stelling dat een aantal bepalingen van de gezinsherenigingsrichtlijn zich niet verdragen met art. 8 EVRM.

151 Vgl. het snelle schakelen naar het concrete geval ter voorkoming van het moeten vellen van een meer algemeen oordeel over de verhouding tussen een fundamentele vrijheid en een grondrecht in de zaken Commissie/Duitsland en Ter Voort.

De vierde rode draad ziet op zaken waarin de idee op een andere manier en misschien nog wel verder naar de achtergrond verdwijnt dan de hiervoor besproken zaken. Het gaat dan om zaken waarin het nooit tot een daadwerkelijke afweging komt, omdat de zaak al in de interpretatiefase wordt afgedaan. In de zaak Panasonic oordeelt het Hof bijvoorbeeld dat geen sprake is van een inbreuk op het ingeroepen fundamentele recht (artikel 8 EVRM), omdat de handelingen van de Commissie betrekking hebben op iets dat ook voor de onderneming zelf van belang is, sterker nog, omdat de Commissie iets beschermt wat de onderneming zelf ook zou moeten beschermen. Daarom is een inbreuk op artikel 8 EVRM niet aan de orde. Toepassing van de idee van afweging wordt achterwege gelaten (en in geval van prejudiciële procedure de nationale rechter dus ook niet opgedragen om toepassing te geven aan dat idee), omdat de feiten waarover geklaagd wordt niet maken dat sprake is van een schending van een fundamenteel recht.¹⁵²

In de zaak Ter Voort is de ontkenning van de noodzaak tot afweging nog explicieter, omdat het Hof aangeeft dat:

“De vrijheid van meningsuiting van een derde die, zoals hiervóór omschreven in rechts-overweging 31, geheel onafhankelijk van de fabrikant of de verkoper handelt, wordt evenwel direct noch indirect geraakt door de toepassing van richtlijn 65/65. De wijze waarop die derde een produkt aandient, is [niet]¹⁵³ relevant voor de vraag of dit produkt onder de definitie van de richtlijn valt” (r.o. 36).

In de zaak Ter Voort staat dit er niet aan in de weg voor het Hof om nog op te merken dat als artikel 10 EVRM wel in het geding zou zijn, dat de uitingsvrijheid beperkt kan worden, onder meer met het oog op de bescherming van de gezondheid. Het blijft op dit punt echter bij deze algemene opmerking, het Hof licht niet toe of en zo ja op grond van welke argumenten bepaald kan worden dat in een geval als nu aan de orde een beperking van de uitingsvrijheid gerechtvaardigd is.

Een vijfde rode draad in de jurisprudentie van het Hof van Justitie is dat het Hof wel degelijk – zij het soms erg impliciet – aandacht besteedt aan het gewicht of belang van de conflicterende rechten en belangen. De zaak RTL Television bijvoorbeeld wordt de beperking van de uitingsvrijheid als niet zwaarwegend aangemerkt en wordt van daaruit geconstateerd dat geen sprake is van schending van een grondrecht. In de zaak Karner wordt niet zozeer de beperking als minder ernstig aangemerkt, maar komt de uitingsvrijheid zelf weinig gewicht toe, omdat een commerciële uiting voorwerp

152 Vgl. de zaak TV10 waarin de beperking op het vrij verrichten van diensten wordt gesauveerd, omdat deze beperking juist bijdraagt aan de bescherming van het betrokken fundamentele recht, de uitingsvrijheid (waar TV10 juist klaagde over de beperking van de uitingsvrijheid). Andersom wordt in de zaak Familiapress het beroep op art. 10 EVRM als reden voor beperking van het vrij verkeer kritisch ontvangen, omdat de beperking ook de uitingsvrijheid zou kunnen beperken in plaats van bevorderen.

153 Zie de Engelstalige versie van de uitspraak, FMJ.

van geschil is. De aandacht van het Hof voor de fase van gewichtstoekenning krijgt vorm zonder dat één van de conflicterende (groep van) rechten en belangen meteen zeer veel of juist zeer weinig gewicht wordt toegekend, zoals hiervoor besproken ten aanzien van de zaak Connolly, respectievelijk de zaken Carpenter en BRAX.¹⁵⁴ In de hiervoor genoemde zaak Panasonic valt echter op dat het Hof op basis van het doel van de inbreuk concludeert dat geen sprake kan zijn van een inbreuk. Zuiverder zou zijn om niet de inbreuk te ontkennen, maar om het belang van het doel te benadrukken en op basis daarvan de bescherming van dat doel de voorkeur te geven boven de bescherming van het fundamentele recht. Dit al dan niet in combinatie met het naar beneden bijstellen van de ernst van de inbreuk op het betrokken fundamentele recht. Het Hof kiest dus niet altijd voor problematisering van de fase van de gewichtstoekenning. Het Hof licht echter niet toe waarom het in de zaak Panasonic kiest voor het vermijden van het afwegingsvraagstuk (en daarmee de gewichtstoekenning) middels het 'weginterpreteren' van het geschil als zodanig.

Een zesde terugkerend element in de jurisprudentie van het Hof van Justitie betreft het gebruik van de methode ter voorkoming van intrinsieke gewichtsbepaling: de methode-Alexy. Het Hof blijkt daarbij met name geneigd een conflict vanuit de ernst van de inbreuk te benaderen, dus om een Alexy-benadering te kiezen, als sprake is van een inbreuk op een fundamentele vrijheid (één van de vrij verkeer bepalingen) ten behoeve van de bescherming van een fundamenteel recht.¹⁵⁵ In andere zaken blijkt het Hof een voorkeur te hebben voor het benoemen van het doel waarmee een beperking op een fundamenteel recht wordt gemaakt, waarbij het doel

154 Zie verder Österreichischer Rundfunk waarin het HvJ EG de nationale rechter opdraagt oog te houden voor de ernst van de inbreuk op de privacybelangen van de werknemers wiens inkomensgegevens geopenbaard gaan worden.

155 Zie Commissie/Nederland en Familiapress. Als niet de ernst van de inbreuk op een fundamentele vrijheid wordt benadrukt, dan geeft het Hof op een andere manier aan dat de fundamentele vrijheden van belang zijn, anders gezegd het vertrekpunt van de beslechting van het geschil vormen en wel door de beantwoording van het grondrechtenvraagstuk geheel te plaatsen in de sleutel van het vrij verkeer. In Commissie/Duitsland wordt het grondrecht geïncorporeerd in de beperkingsclausule van de betreffende vrij verkeer bepaling, zodat ook nu de vrij verkeer benadering de overhand heeft over de grondrechtenbenadering. Vgl. de benadering in de zaken Viking Line en Laval. Ook in Christos Konstantinidis staat het belang van het vrij verkeer voorop en is vooral oog voor de ernst van de inperking van die vrijheid. Het betrokken grondrecht wordt daarbij gebruikt als argument voor de bescherming van het vrij verkeer. Ook in Carpenter wordt het belang bij het vrij verkeer benadrukt en net als in Christos Konstantinidis wordt het betrokken grondrecht gebruikt als argument ter bescherming van het vrij verkeer. In Orfanopoulos en Oliveri wordt eveneens het "fundamentele karakter" van het vrij verkeer van personen benadrukt en ook nu moet bij de beperking daarvan acht worden geslagen op het fundamentele recht, in casu art. 8 EVRM.

steeds op de belangen van de Gemeenschap betrekking heeft.¹⁵⁶ Er zijn wel uitzonderingen, naast de al genoemde zaken RTL Television en Karner, zijn dit de zaken Österreichischer Rundfunk, Schmidberger en Omega Spielhallen. Hierin is wel aandacht voor de ernst van de inbreuk op een grondrecht. In Österreichischer Rundfunk is de aandacht voor de ernst van de inbreuk op het grondrecht vooral het gevolg van het feit dat het Hof een subsidiariteitstoets belangrijk acht. In die zin komt de aandacht voor de ernst van de inbreuk niet voort uit de idee van afweging, maar uit de daaraan voorafgaande doel/middel toets. In Schmidberger verschuift de aandacht van de ernst van de inbreuk op het vrij verkeer naar het grondrechtelijk belang dat met de inbreuk is gediend, waarbij zelfs aandacht is voor de ernst van de inbreuk op het grondrecht zou voor andere, vanuit het oogpunt van het vrij verkeer minder beperkende maatregelen zijn gekozen. In Omega Spielhallen, waarin de 'normale' benadering met aandacht voor de ernst van de inbreuk op het vrij verkeer voor de hand zou liggen, is veel aandacht voor het doel van de beperking van de vrij verkeer bepaling. Als gevolg hiervan staat een niet-communautair doel centraal als rechtvaardiging voor de beperking van een zeer communautair recht, één van de vier fundamentele vrijheden. Dat is in de jurisprudentie van het Hof opvallend te noemen.

Een zevende rode draad betreft de precieze invulling van de idee van afweging door het Luxemburgse Hof. De toetsing van de geschiktheid en/of noodzakelijkheid neemt een belangrijke plaats in, in de jurisprudentie van het Hof, soms zelfs in weerwil van verwijzingen naar evenredigheid in strikte zin. In de zaak Commissie/Nederland beperkt het Hof zich tot de beoordeling van de verhouding tussen het met de inbreuk beoogde doel en het gehanteerde middel, meer precies een subsidiariteitstoets. Waar het Hof in deze zaak niet spreekt over proportionaliteit in strikte zin, wordt daarop wel gezinspeeld in de zaak Panasonic, zowel door de klagers, als het Hof zelf door middel van de referentie aan artikel 8 tweede lid EVRM. Ook in de zaak Panasonic beperkt het Hof zich echter tot een doel/middel-toets. In de prejudiciële zaak Österreichischer Rundfunk is de verwijzing naar de toepassing van de idee van afweging nog nadrukkelijker in de zin dat het Hof aanstuurt op een Alexy-benadering. De opdracht die de nationale rechter echter uiteindelijk meekrijgt, bestaat ook nu uit een noodzakelijkheidstoets (wederom in de vorm van een subsidiariteitstoets).¹⁵⁷

156 Panasonic, Dow Chemical (beide naleving mededingingsregels), X t. Commissie (functioneren Commissie), Connolly (vertrouwen dat de Commissie in haar ambtenaren mag hebben, alsmede de goede naam en imago van de instelling), Carpenter, BRAX (beide vrij verkeer van personen), Roquette Frères, (naleving van de mededingingsregels).

157 Zie verder de zaken X t. Commissie (subsidiariteit), Familiapress (geschiktheid en noodzakelijkheid in de zin van m.n. subsidiariteit), Schmidberger (subsidiariteit), Omega Spielhallen (noodzakelijkheid en subsidiariteit), Viking Line en Laval (geschiktheid en subsidiariteit).

In de zaak Commissie/Duitsland maakt het Hof melding van de idee van de kernrechtbenadering, een benadering die – buiten de eigendomsrechtelijke jurisprudentie – overigens zeldzaam is in de grondrechtenjurisprudentie van het Hof. Er volgt geen toepassing door het Hof van Justitie, maar de algemene opmerking dat de bescherming van de volksgezondheid en het leven van personen gerechtvaardigde doelen vormen. Het is verder aan de nationale rechter om te zorgen dat het nastreven van die doeleinden niet te ver gaat, maar verdere aanwijzingen om zich hierover een oordeel aan te meten ontvangt de nationale rechter niet van het Hof. Zo blijft onduidelijk of het Hof in de kernrechtbenadering plaats ziet voor toetsing van evenredigheid in strikte zin en zo ja op welke wijze.

Een vorm van de idee van afweging die heel langzaam terrein lijkt te winnen in de grondrechtenrechtspraak van het Hof van Justitie, is het afwegen aan de hand van verschillende gezichtspunten. De zaak Roquette Frères vormt hiervan een voorbeeld. Het Hof laat zich daarbij niet uit over de herkomst of de onderlinge verhouding van de gezichtspunten.¹⁵⁸ Het gebruik van de topoi-benadering komt echter zo weinig voor dat ik nog niet van een rode draad of terugkerende trend zou durven spreken.

In dezelfde zaak Roquette Frères is sprake van toetsing aan het communautaire evenredigheidsbeginsel, waarbij niet helemaal duidelijk is of de evenredigheidstoets niet toch onderdeel uitmaakt van de artikel 8 EVRM toetsing. Een combinatie van een evenredigheidstoets onder een grondrecht en een evenredigheidstoets onder het communautaire evenredigheidsbeginsel komt in meer zaken voor.¹⁵⁹ In andere zaken speelt alleen het evenredigheidsbeginsel als een algemeen beginsel van Gemeenschapsrecht een rol.¹⁶⁰ Dat het Hof ook in zijn grondrechtelijke jurisprudentie niet echt een keuze lijkt te maken voor een op grondrechtelijke leest geschoeide toepassing van het evenredigheidsbeginsel, lijkt de al eerder gedane signalering te onder-

158 Vgl. de zaken Orfanopoulos en Oliveri en Parlement/Raad. Sporen van een topoi-benadering treft men aan in de zaak Carpenter. In de zaak Akrich is nog impliciet sprake van een topoi-benadering, namelijk d.m.v. de verwijzing naar de Boulton-uitspraak van het EHRM.

159 Vgl. de zaken Panasonic (met dus zowel r.o. m.b.t. het evenredigheidsbeginsel als inzake de gestelde schending van de fundamentele rechten), Orfanopoulos en Oliveri (met dien verstande dat in deze zaak het evenredigheidsbeginsel wordt gelezen als bevattende een verplichting tot het meewegen van de art. 8 EVRM rechten van de betrokkenen), Promusicae (net als Panasonic een zaak waarin sprake is van een combinatie van een toetsing aan het evenredigheidsbeginsel met een toetsing aan de grondrechten). In de zaak Schmidberger toetst de AG ook aan het evenredigheidsbeginsel, maar neemt het Hof van Justitie dit niet over. In de zaak Dow Chemical beroepen de bedrijven zich nog apart op het communautaire evenredigheidsbeginsel, maar wordt dit niet geaccepteerd door het Hof omdat het argument van de bedrijven in feite neerkomt op toetsing van het Gemeenschapsrecht aan het nationale recht en dat is uit den boze.

160 De zaken Van den Bergh, ABNA Ltd e.a., Festersen, die hiervoor in een aparte paragraaf zijn besproken.

bouwen dat het Hof voorlopig niet voornemens is de eigen aard van het Gemeenschapsrecht noch de daarin ontwikkelde beginselen los te laten.

Een laatste punt dat vermelding verdient, betreft de verhouding tussen het Hof en de nationale autoriteiten, de verhouding tussen het Europese en het nationale niveau. In de eerste plaats besteedt het Hof lang niet altijd aandacht aan de verhouding tussen het Europese en het nationale niveau in de veellagige rechtsorde. Als het Hof dat wel doet dan kan dit twee vormen aannemen. In prejudiciële zaken kan het Hof van Justitie leunen op het nationale niveau, waarmee bedoeld wordt dat het Hof het beslechten van het geschil met meer of minder fingerwijzingen overlaat aan de nationale rechter.¹⁶¹ Het Hof kan ook wijzen op een beoordelingsruimte die de nationale instanties toekomt bij het beantwoorden van de vraag of bepaald handelen door de gemeenschapsrechtelijke beugel kan.¹⁶² Die beoordelingsvrijheid kan uiteraard ook de instellingen van de Unie toekomen als zij het zijn wier handelingen ter beoordeling voorliggen.¹⁶³ Het Hof geeft eigenlijk nooit aan hoe groot de beoordelingsruimte is en het is meestal niet duidelijk of en hoe een bepaalde beoordelingsruimte invloed uitoefent op de toepassing van de idee van afweging door het Hof. Het is opvallend te noemen dat een zo belangrijk onderdeel van het systeem van grondrechtenbescherming, de veellagigheid van de rechtsorde waarbinnen dit gebeurt, zo weinig aandacht krijgt. Uiteraard is in dit onderzoek de blik scherpgesteld op de toepassing van de idee van afweging en daardoor zouden opmerkingen op dit punt gemist kunnen zijn. Daar staat tegenover dat ook voor de toepassing van de idee van afweging de verhoudingen tussen het Europese en nationale niveau relevant zijn en het geen kwaad kan als duidelijkheid wordt verschaft over wie wat doet en wat dat 'wat' – qua afwegingstechniek – precies inhoudt. Ook als het Hof tot uitgangspunt neemt, dat de invulling van de idee van afweging aan het nationale niveau is voorbehouden, kan men zich afvragen of een meer expliciete benoeming van dat uitgangspunt niet op zijn plaats is.

9.5 SLOTBESCHOUWING

Hiervoor is geen heel groot aantal Luxemburgse uitspraken besproken. Toch is ook op basis van een niet al te groot aantal zaken een beeld ontstaan dat maar moeilijk in een aantal woorden te vangen is. Dit heeft mijns inziens twee oorzaken. In de eerste plaats is in maar weinig zaken sprake van een daad-

161 Zie de zaken *Österreichischer Rundfunk*, *Akrich*, *RTL Television*, *Lindqvist*, *Promusicae*.

162 Zie de zaken *Schmidberger* en *Karner*.

163 Zie de zaak *Parlement/Raad*. Vgl. de zaak *RTL Television* waarin het Hof zich bewust van de eigen positie ten opzichte van de Gemeenschapswetgever doordat het Hof zich veel gelegen laat aan de reeds door de Gemeenschapswetgever in de richtlijn gemaakte afweging van de in de zaak conflicterende belangen.

werkelijke toepassing van de idee van afweging door het Hof van Justitie. In de tweede plaats – en dit ligt in het verlengde van de eerste constatering – gebeurt er in elke zaak wel iets vermeldenswaardigs, maar is dit zelden goed te herleiden tot en dus te interpreteren/analyseren met behulp van de in deel I van dit onderzoek uiteengezette theorie. Zoals hiervoor al meerdere malen aangegeven, lijkt de eigen aard van het Gemeenschapsrecht, alsook de eigen toetsingsmethodiek van het Hof van Justitie hieraan debet te zijn.

Evenredigheidsstoetsing speelt zeker een rol in de bestudeerde jurisprudentie, maar in alle drie de clusters bestudeerde uitspraken blijft de toepassing van de idee van afweging bijna altijd achterwege. Bij het eigendomsrecht staat de kernrechtbenadering voorop, maar heeft een instrumentele benadering van het geschil tussen het eigendomsrecht en een gemeenschapsrechtelijke handeling of regeling en een doel-middeltoetsing de overhand. In beide andere clusters uitspraken neemt de toetsing van geschiktheid en noodzakelijkheid (al dan niet in combinatie met of louter toetsing van subsidiariteit) nog openlijker de hoofdrol in.¹⁶⁴

Het dichtste bij een vorm van de idee van afweging komt het Hof in alle clusters zaken door middel van gebruik van de methode-Alexy. In de methode-Alexy plaatst men het belang bij het bereiken van een bepaald doel tegenover de ernst van de inbreuk die daarmee op een recht wordt gemaakt. Het Hof maakt gebruik van de methode, maar vaak in onvolledige vorm. Het belang bij het beschermen of verwezenlijken van het communautaire belang wordt namelijk vaak geproblematiseerd, maar niet de ernst van de inbreuk die daarbij op een grondrecht wordt gemaakt. Soms lijkt het Hof wel oog te hebben voor de ernst van de aantasting van een grondrechtelijk belang, maar dit dient soms vooral ter invulling van de subsidiariteitstoets (is er geen minder ingrijpend middel voorhanden). In maar weinig zaken wordt de ernst van de inbreuk uitgediept en uitdrukkelijk in de oordeelsvorming betrokken.

Dat het redeneren vanuit de belangen van de Gemeenschap voorop staat, blijkt in de eigendomsrechtelijke jurisprudentie ook uit uitspraken waarin het Hof oordeelt dat misschien sprake is van een inbreuk op het eigendomsrecht, maar niet als gevolg van het Gemeenschapsrecht, of een uitspraak waarin het gemeenschapsrechtelijke belang zo hoog wordt ingeschaald, dat de inbreuk op het eigendomsrecht gerechtvaardigd is (zonder dat deze nog in concreto wordt geproblematiseerd). In meer algemene zin lijkt het eigendomsrecht slechts in bijzondere gevallen – alleen bij zeer ernstige aantasting ervan (?) – voorrang te krijgen boven het Gemeenschapsrecht. In de terminologie van deel I van dit onderzoek zou men de eerste fase van de methode-Nieuwenhuis hierin terug kunnen lezen: het generale oor-

164 Zie de zaken *supra* noot 157 en Van den Bergh (geschiktheid en subsidiariteit), ABNA Ltd e.a. (geschiktheid en noodzakelijkheid in de zin van subsidiariteit), Festersen (geschiktheid, noodzakelijkheid en subsidiariteit).

deel over de verhouding tussen communautaire (meestal landbouw)belangen en het eigendomsrecht valt uit in het voordeel van het eerstgenoemde.

Het zeer hoog inschalen van een communautair belang komt ook voor in een uitspraak in de overige grondrechtenjurisprudentie van het Hof. Bij de bespreking van dat cluster uitspraken kwam eveneens naar voren dat redeneren vanuit het belang van de Gemeenschap het primaat heeft. In dit cluster zaken is iets bijzonders aan de hand in de zin dat het grondrechtelijke aspect van het conflict vaak wordt geïncorporeerd in een gemeenschapsrechtelijke vraag naar de uitleg van bijvoorbeeld een richtlijn of de vraag of een vrijverkeerbepaling mag worden beperkt. Ook bij de jurisprudentie met betrekking tot het communautaire evenredigheidsbeginsel werd een zaak besproken waarin het grondrechtelijk aspect vooral werd gebruikt om de ernst van de inbreuk op een vrijverkeerbepaling te problematiseren. Interessant is opnieuw dat het Hof de methode-Alexy en het in dat kader bepalen van de ernst van een inbreuk vooral gebruikt om de ernst op een vrijverkeerbepaling te benoemen. Als de inbreuk betrekking heeft op een grondrecht wordt juist eerder het belang van het daarmee te dienen doel benoemd (en wordt dus ook de methode-Alexy gebruikt, maar dan de andere 'helft' daarvan).

Vanuit het perspectief van de theorie zoals beschreven in deel I van dit onderzoek heeft, zoals al eerder opgemerkt, het primaat van het Gemeenschapsrecht vooral zijn weerslag op de selectiefase nu multipolaire conflicten door de incorporatie van het grondrecht in een communautaire bepaling worden teruggebracht tot bipolaire conflicten. Men kan zich echter afvragen wat men precies wint met het terugbrengen van een zaak tot een bipolair conflict. In de zaak *Orfanopoulos en Oliveri* wordt een meervoudig conflict teruggebracht tot de tegenstelling 'vrij verkeer v. handhaving van de openbare orde', waarbij het grondrecht van het recht op gezinsleven de fundamentele vrijheid 'kleurt'. Naast de vraag of deze voorstelling van zaken niet te eenvoudig is, is het de vraag in hoeverre het nu daadwerkelijk behulpzaam is te stellen dat het fundamentele recht de fundamentele vrijheid kleurt. Wordt bedoeld dat het fundamentele recht het belang bij de bescherming van de fundamentele vrijheid gewichtiger maakt? Er is bovendien een andere benadering mogelijk. Daarvoor is het belangrijk vast te stellen dat het recht op de bescherming van het gezinsleven op zichzelf geen onderdeel uitmaakt van het vrij verkeer van personen. Indien het vrij verkeer wordt beperkt, kan dat het gezinsleven van de betrokken persoon raken. Het is echter niet noodzakelijk om het gezinsleven in de vrij verkeer bepaling 'in' te lezen. Het recht op de bescherming van het gezinsleven kan ook geacht worden een zelfstandige rol te spelen. Aan de hand van de inmiddels bekende Alexy-benadering moet in zaken als die van *Orfanopoulos en Oliveri* worden gezien of het belang bij de beperking van het vrij verkeer opweegt tegen de ernst van de beperking, waaronder de gevolgen van de beperking op het gezinsleven. Daarmee ontstaat een 'driepotige' belangenafweging tussen het belang bij de bescherming van het vrij verkeer, de handhaving

van de openbare orde en het respecteren van het gezinsleven. Het is hier evenwel niet de plek om een normatief oordeel over de handelwijze van het Hof te vellen. Geconstateerd kan worden dat de incorporatie in die zin tot voordeel heeft dat men zich in het kader van de Alexy-benadering slechts twee dingen hoeft af te vragen: hoe groot is het belang bij de handhaving van de openbare orde en hoe groot is de eventuele aantasting van het vrij verkeer.

Met uitzondering van zaken waarin het gemeenschapsrechtelijke belang heel erg hoog wordt ingeschaald (en inderdaad zoveel gewicht krijgen toebedeeld dat bijna elke inbreuk op een grondrecht gerechtvaardigd lijkt) heeft het redeneren vanuit het primaat van het Gemeenschapsrecht overigens niet tot gevolg dat dit recht altijd meer gewicht in de schaal legt. Wel is het zo dat het primaat van het Gemeenschapsrecht op nog een andere manier zijn weerslag heeft op de selectiefase, namelijk in de zin dat vaak snel duidelijk is welke communautaire belangen in het geding zijn, maar dat minder snel nog nader wordt gezien welke grondrechtelijke belangen daar tegenover staan.

De benadering van het Hof in zaken waarin sprake is van een beperking van een vrijverkeerbepaling vormt hierop echter een uitzondering. De beperking van een vrijverkeerbepaling is alleen dan toelaatbaar “wanneer zij een rechtmatig, met het Verdrag verenigbaar doel nastreeft en haar rechtvaardiging vindt in dwingende redenen van algemeen belang.”¹⁶⁵ In deze standaardoverweging in het kader van de beperking van één van de fundamentele vrijheden ligt steeds de verplichting besloten om het belang dat met de inbreuk gediend wordt ook daadwerkelijk te articuleren. Vanuit het perspectief van veellagigheid is interessant dat het Hof op dit punt de nationale rechter geen vrijheid laat, maar direct aangeeft dat en welke doelen van algemeen belang met de inbreuk op de vrijheid van vestiging worden gediend.¹⁶⁶ Waar het Hof de nationale rechter de nationale rechter vaak wel de vrijheid laat om – als het de rechter een vorm van evenredigheidstoetsing draagt – deze toets zelf in te vullen, laat het Hof deze vrijheid niet in de selectiefase, in ieder geval niet waar het gaat om het selecteren van het doel of de doelen van een inbreuk op een communautaire fundamentele vrijheid.

De voorkeur van het Hof voor een instrumentele benadering, dat wil zeggen een benadering waarbij de geschiktheid en noodzakelijkheid van doel en middel centraal staan en niet de idee van afweging, lijkt gepaard te gaan met een voorkeur voor een algemene en abstracte benadering. Reden voor deze combinatie zou kunnen zijn dat voor de beoordeling van het middel en

165 Viking Line, r.o. 75. Vgl. de benadering in Commissie/Nederland (1991), r.o. 17; Commissie/Duitsland (1992), r.o. 23; TV10, r.o. 18-19; Familiapress, r.o. 18. Het arrest Omega Spielhallen draait in wezen om de vraag hoe algemeen het algemeen belang moet zijn (gedeelde rechtsopvatting in lidstaten of niet?).

166 Zie in het voorbeeld van de zaak Viking Line, r.o. 76-79.

vooral het op waarde schatten van het daarmee gediende communautaire doel het minder voor de hand ligt om een concrete toets uit te voeren. Het belang van een Gemeenschapsregel of – handeling wint over het algemeen aan belangrijkheid als dit belang in meer algemene termen verwoord en in aanmerking genomen wordt. Tegelijkertijd laat het Hof niet na om soms te schakelen naar het concrete niveau, waarbij de indruk bestaat dat het Hof toch liever een narrow of shallow oordeel velst en verdergaande uitdieping van een grondrechtelijke vraag achterwege wenst te laten.

De voorkeur voor de instrumentele benadering maakt bovendien dat gewichtsbepalingsvraagstukken vaak afwezig zijn in de jurisprudentie van het Hof. Het spreekt soms van het moeten verzoenen van conflicterende fundamentele rechten en belangen, maar kiest hierbij eigenlijk nooit voor een relatieve gewichtsbepaling, of een absolute gewichtsbepaling met daaropvolgende vergelijking van de gevonden waarden. Vraagstukken van incommensurabiliteit zijn al helemaal niet aan de orde. Wat men wel aantreft, is het vooropstellen van gemeenschapsrechtelijke belangen, wat de suggestie kan wekken dat deze belangen ook *a priori* veel gewicht in de schaal leggen. Zoals eerder aangegeven denk ik dat de vooropstelling niet zozeer een gewichtsbepalingskwestie betreft als wel de wijze waarop het Hof van Justitie conflicten tussen fundamentele rechten enerzijds en fundamentele vrijheden anderzijds benandert.

Uit het voorgaande blijkt duidelijk dat het Hof een eigen, communautaire toetsingsmethodiek heeft en dat daaraan ook wordt vastgehouden wanneer aan de te beslechten geschillen een grondrechtelijk aspect kleeft. De eigen aard of in ieder geval het belang bij het beschermen van het Gemeenschapsrecht staat duidelijk voorop. Een procedure die daarbij een bijzondere rol vervult, is die op basis waarvan het merendeel van de in dit onderzoek betrokken uitspraken het Hof van Justitie hebben bereikt: de prejudiciële procedure. Dat veel bestudeerde zaken onderdeel zijn van een dergelijke procedure zou een meer praktische reden kunnen zijn voor het bijzonder kleine aantal daadwerkelijke afwegingen dat op Luxemburg niveau werd aangetroffen. In de zaken waar het de uitleg van het Gemeenschapsrecht betreft, zorgt de aard van de prejudiciële procedure mogelijkerwijs voor wat afstand van het Hof van de zaak en daarmee ook voor het uitblijven van een volledige toepassing van de idee van afweging.¹⁶⁷ Het Hof kan immers uitleg geven aan de betrokken communautaire bepaling zonder zelf over te gaan tot een volledige toepassing van de idee van afweging. Gelet op de taakverdeling tussen het Hof en de nationale rechter in de prejudiciële procedure, *moet* het Hof het vellen van het uiteindelijke oordeel in het concrete geval zelfs overlaten aan de nationale rechter. De veronderstellingen, zoals

167 Voor prejudiciële procedures waarin de geldigheid van het Gemeenschapsrecht ter discussie wordt gesteld, ligt dit wat anders, zie de zaak ABNA Ltd e.a. Nu daarin de geldigheid van een richtlijn centraal staat, velst het Hof zelf een oordeel over de houdbaarheid van een aantal bepalingen van de richtlijn gelet op het evenredigheidsbeginsel.

in hoofdstuk acht en aan het begin van dit hoofdstuk negen geponeerd, waren dan ook dat het Hof in de prejudiciële procedure, gelet op diens rol daarin, zou kiezen voor een meer algemene en abstracte benadering van de conflicten. Daarnaast zou het Hof meer ruimte (kunnen) laten voor de nationale rechter. Gelet op de marginale rol die toch voor de idee van afweging blijkt te zijn weggelegd, verdient de prejudiciële procedure en de mogelijke verklaring die deze procedure biedt voor de toepassing van de idee van afweging een nadere beschouwing.

9.5.1 *De prejudiciële procedure als belangrijk(st)e vormgever van de Luxemburgse afwegingspraktijk?*

Een eerste blik op de prejudiciële zaken die in onderhavig onderzoek zijn betrokken, leert dat er prejudiciële antwoorden zijn waarin het Hof wat meer afstand neemt van het conflict dan een nationale rechter zou (kunnen) doen. Het Hof volstaat dan met het uitleggen van de aan de orde zijnde gemeenschapsrechtelijke bepaling om het verder aan de nationale rechter te laten om antwoord te geven op de vraag of de aan orde zijnde inbreuk op het betrokken fundamentele recht proportioneel is. Het Hof geeft daarbij hooguit aanwijzingen mee voor de nationale rechter die deze in staat moeten stellen dat proportionaliteitsoordeel in de nationale procedure op zo een wijze te vellen dat geen afbreuk wordt gedaan aan het Gemeenschapsrecht en de daaraan door het Hof gegeven uitleg. Een voorbeeld vormt de zaak *Familiapress*. Het Hof geeft de nationale rechter aanwijzingen mee inzake de toepassing van de evenredigheidstoets. De aanwijzingen zijn algemeen geformuleerd en daarmee ook in toekomstige gevallen toepasbaar. Hoewel de aanwijzingen tegelijkertijd gedetailleerd zijn, geeft het Hof niet zelf een antwoord op de vraag of de beperking van de uitingsvrijheid in dit concrete geval proportioneel is.¹⁶⁸

Tegelijkertijd laat het dictum in de zaak *Carpenter*, zoals al eerder opgemerkt, zien dat het Hof ook in een prejudiciële procedure tot een concreet oordeel kan komen waarvoor het zelf al een afweging moet hebben gemaakt. Het antwoord van het Hof van Justitie op de vraag van de Britse rechter luidt dat “in een situatie als die in het hoofdgeding” artikel 49 EG (nu artikel 56 VWEU) “gelezen tegen de achtergrond van het fundamentele recht op eerbiediging van het gezinsleven” zo moet worden uitgelegd dat, kort

168 Vgl. dictum, waarvan de laatste zin boekdelen spreekt: “De nationale rechter dient, op basis van een onderzoek van de betrokken nationale persmarkt, te beoordelen of aan deze voorwaarden is voldaan.” Een vergelijkbare benadering treft men aan in de zaken: *Johnston*, *Christos Konstantinidis*, *TV10*, *Roquette Frères*, *Österreichischer Rundfunk*, *Akrich*, *Lindqvist*, *Orfanopoulos en Oliveri*, *Viking Line*, *Promusicae*. Hierbij moet t.a.v. de zaak *TV10* worden aangetekend dat er ruimte is voor een oordeel van de nationale rechter, maar dat het oordeel m.b.t. het grondrecht, art. 10 EVRM, reeds geveld is door het Hof van Justitie. Dat artikel wordt juist gediend met de nationale regeling die daarom door de Luxemburgse beugel kan.

gezegd, mevrouw Carpenter niet mag worden uitgezet. In niet alle prejudiciële vragen beperkt het Hof zich dus tot het geven van aanwijzingen aan de nationale rechter.¹⁶⁹ Dit zelf de knoop doorhakken staat er overigens niet aan in de weg dat het oordeel in zeer algemene bewoordingen wordt gegoten. Men zou verwachten dat bij minder afstand van het Hof van Justitie er wellicht een voorkeur zou zijn voor een meer concrete benadering van de zaak.¹⁷⁰ In de zaak Festersen bijvoorbeeld wordt een woonplaatsvereiste in strijd met het Gemeenschapsrecht geoordeeld. Hierbij specificeert het Hof wel dat het gaat om het “een nationale wettelijke regeling als die welke in het hoofdgeding aan de orde is”, maar uiteindelijk gaat het in algemene zin om het afschieten van de een regel die “voor de verkrijging van een agrarisch erf als voorwaarde stelt, dat de verkrijger en zijn vaste woonplaats vestigt”.

Voor het verschil in de antwoorden op de prejudiciële antwoorden van het Hof – in de zin dat het geschil dan niet en dan wel *in concreto* wordt beslecht, waarbij dit laatste bovendien niet de taak van het Hof is – is het moeilijk een sluitende verklaring te geven.¹⁷¹ Het Hof zelf benoemt dit verschil niet. Sterker nog, het lijkt in zaken waarin het zelf ‘alvast’ een oordeel velt zijn best te doen om dit oordeel zo weer te geven dat het lijkt alsof het zich heeft beperkt tot het geven van een uitleg aan de betrokken communautaire bepaling.¹⁷² In de genoemde zaak Carpenter zou de concrete uitkomst van het geschil het gevolg kunnen zijn van de topoi-benadering. Als men de voor de toepassing van de idee van afweging relevante gezichtspunten heeft geïdentificeerd en daaromtrent ook over alle informatie beschikt, is het kunstmatig om niet meteen door te pakken en de conclusie aan de nationale rechter te laten. Uit de opdracht aan de nationale rechter in de zaak Familia-

169 Zie naast de zaak Carpenter, de zaken Ter Voort, Bostock, BRAX, Schmidberger, Booker Aquaculture, ABNA Ltd e.a., Festersen, Di Lenardo Adriano, Omega Spielhallen, ERSA, Laval.

170 Dit ook omdat zoals hierna zal blijken bij zaken die door het HvJ ook in prejudiciële procedure zelf worden afgedaan, de feiten een grote rol spelen.

171 T.a.v. een aantal zaken is wel een verklaring op zaakspecifiek niveau te bedenken. Naast de in de hoofdtekst gedane suggesties denk ik daarbij aan het volgende: voor de zaak Ter Voort geldt dat het logisch is dat het Hof zelf al het geschil beslecht nu het Hof concludeert dat art. 10 EVRM niet geraakt wordt. Hetzelfde geldt voor de zaak Bostock waarin het door de klagers geclaimde recht op compensatie niet wordt erkend. Een eigen oordeel van het HvJ in de zaak Laval is te verklaren vanuit het gegeven dat het Hof concludeert dat het op zichzelf legitieme doel het gekozen middel niet kan verantwoorden, waardoor een verdere afweging niet nodig is. In de eigendomsrechtelijke zaken Booker Aquaculture, ERSA en Di Lenardo Adriano is een eigen oordeel van het HvJ ook op zijn plaats, omdat in deze zaken (mede) de geldigheid van het Gemeenschapsrecht centraal staat. Een oordeel daaromtrent behoort tot de absolute competentie van het HvJ en niet de nationale rechter.

172 In de zaak Carpenter probeert het Hof om niet alleen het dictum, maar ook de overwegingen een algemeen karakter te laten hebben. In de overwegingen uit dit zich in het herhaaldelijk wijzen op het algemene, gemeenschapsrechtelijke belang bij een goede bescherming van dienstverleners.

press lijkt naar voren te komen dat voor het vellen van het uiteindelijke evenredigheidsoordeel informatie nodig is die beter en gemakkelijk te vergaren is door de nationale rechter, waarin de reden kan zijn gelegen om deze ook het uiteindelijke oordeel te laten vellen. De noodzaak van nader feitenonderzoek is echter geen allesomvattende verklaring. In de zaak *Christos Konstantinidis* lijkt nader feitenonderzoek niet nodig, maar laat het Hof wel degelijk ruimte aan de nationale rechter voor het vellen van het uiteindelijke oordeel over de houdbaarheid van de transcriptie van de naam van de Griekse zelfstandige *Konstantinidis*. En in de zaak *Österreichischer Rundfunk* wordt het evenredigheidsoordeel blijkens het dictum niet vanwege een nader noodzakelijk feitenonderzoek aan de nationale rechter gelaten. Hetzelfde geldt in de zaak *Akrich*.

Illustratief in dit kader zijn twee zaken die het midden houden tussen het geven van uitleg en het beslechten van een geschil. In de zaak *RTL Television* ziet het dictum in algemene bewoordingen op de vraag wanneer een film als een televisiefilm kwalificeert in de zin van de aan de orde zijn richtlijn. Juist op het punt van de evenredigheid velt het Hof evenwel zelf een oordeel, maar dit moet ook wel, omdat een bepaalde interpretatie van de richtlijn de vraag oproept of dat vanuit het perspectief van artikel 10 EVRM tot evenredige resultaten leidt (zie r.o. 68-73). Hetzelfde geldt voor de zaak *Karner* waar ook in het kader van de interpretatie van artikel 28 EG (huidig artikel 34 VWEU) de vraag moet worden beantwoord of de gekozen interpretatie niet onevenredig is vanuit het perspectief van de uitingsvrijheid, terwijl het dictum op zichzelf genomen in algemene zin de vraag beantwoordt of een bepaalde nationale regeling wel of niet door de gemeenschapsrechtelijke beugel kan. We zien dat een concreet oordeel over het (grondrechtelijk) evenredigheidsvraagstuk het gevolg kan zijn van het feit dat niet de beperking van het grondrecht de centrale kwestie is (of is gemaakt), maar de uitleg van het Gemeenschapsrecht. De grondrecht kwestie is soms ondergeschikt aan de uitlegging van het Gemeenschapsrecht, wat leidt tot een concreet oordeel over de grondrecht kwestie en een algemeen en abstract geformuleerd oordeel over de uitleggingsvraag.¹⁷³ Hier is niet de prejudiciële procedure, maar de wijze waarop het Hof de beslechting van het geschil insteekt die maken dat er op verschillende abstractieniveaus een oordeel geveld wordt. Zo bezien is het niet de procedure, maar de toetsingsmethodiek van het Hof die de keuzes ten aanzien van het abstractieniveau zouden kunnen verklaren.

De vraag is of er in de andere prejudiciële zaken wel een meer direct verband bestaat tussen de meer afstandelijke positie van het Hof van Justitie in de prejudiciële procedure en het abstractieniveau waarop het Hof een zaak beoordeelt. In de zaak *Promusicae* bijvoorbeeld lijkt dit het geval in de zin dat het

173 Vgl. ook de zaken *Hauer*, *Wachauf* en *Bosphorus* (al blijft hier een concreet oordeel achterwege).

Hof de algemene uitleg over de toepasselijke richtlijn geeft en het aan de nationale rechter laat om ervoor te zorgen dat zij zich bij de toepassing van de richtlijn niet 'schuldig maken' aan het maken van een inbreuk op de grondrechten.¹⁷⁴ In de zaken Johnston, Christos Konstantinidis en Roquette Frères daarentegen zijn de aanwijzingen van het Hof, dan wel het dictum wel heel specifiek en gericht op de bijzondere omstandigheden van het geval. In de laatstgenoemde uitspraak moet tegelijkertijd worden toegegeven dat de aanwijzingen weliswaar specifiek zijn, maar nog wel voor herhaling toepasbaar. En bij de twee eerstgenoemde zaken is de aan het Hof voorgelegde vraag zo nauw verbonden met het concrete geval (de vervorming van de naam van de Griekse zelfstandige, waarbij het bijzondere karakter van het Griekse alfabet immers een belangrijke rol speelt, respectievelijk de situatie in Noord-Ierland) dat het ook moeilijk is om te zien hoe de zaken minder concreet hadden kunnen worden beoordeeld. Bovendien blijft ook nu een algemene regel beschikbaar die in volgende, vergelijkbare zaken toepasbaar is.

Zo bezien lijkt er dus wel enig verband te bestaan tussen het karakter van de prejudiciële procedure en de rol van het HvJ enerzijds en de algemene benadering van de zaak (nu de uitzonderingen hierop vrij gemakkelijk zijn te verklaren en misschien niet eens echt uitzonderingen zijn). Hierbij moet worden bedacht dat ook in een niet-prejudiciële zaak het Hof kan leunen op de nationale rechter en zichzelf beperkt tot een oordeel op een algemeen en abstract niveau. In de zaak Dow Chemical presenteert het Hof de volgende werkverdeling: een algemeen en abstract oordeel vanaf het Europese niveau over de proportionaliteit van een ter discussie staande regeling (in casu de gerechtvaardigdheid van een verificatie in het kader van het toezicht op de mededingingsregels) en een concreet vangnet op nationaal niveau dat disproportionaliteit op toepassingsniveau eruit moet filteren.

Belangrijker nog is dat het Hof van Justitie in geen van de bestudeerde uitspraken¹⁷⁵ heeft aangegeven dat het type procedure van doorslaggevend belang is geweest voor de invulling en/of (keuze voor eigenstandige) toepassing van de idee van afweging. Sterker nog, zoals uit het voorgaande reeds duidelijk is geworden, staan het Gemeenschapsrecht voor het Hof van Justitie en de uitleg en de bescherming daarvan centraal. Een grondrechtenvraag wordt vanuit dat perspectief bezien en hoe de zaak precies bij het Hof van Justitie terecht is gekomen en dus van welk type procedure precies sprake is, is voor het Hof niet relevant. Illustratief in dit verband is de verwijzing van het Hof in één van de geanalyseerde uitspraken naar de verplichting tot

174 Vgl. de zaken Viking Line, Orfanopoulos en Oliveri, Lindqvist, Akrich, Österreichischer Rundfunk.

175 Ook niet in de twee overige type procedures, de beroepen tot nietigverklaring (verzoeken van particulieren of bedrijven (en in geval van de zaak Parlement/Raad, het Europees Parlement) om handelingen van één van de instellingen nietig te verklaren; in de in dit onderzoek betrokken uitspraken steeds omdat sprake zou zijn van een schending van een fundamenteel recht) en de zaken waarin de Commissie een lidstaat aanspreekt op de niet-nakoming van het Gemeenschapsrecht.

loyale samenwerking tussen het Europese en nationale niveau. Met name wanneer het Hof benadrukt dat deze verplichting ook betrekking heeft op de rechterlijke instanties van de lidstaten (handelend in het kader van hun communautaire bevoegdheden) en de communautaire instellingen (in hun verplichting tot loyale samenwerking met de lidstaten) wordt eens te meer duidelijk dat het waarborgen van de effectieve werking van het Gemeenschapsrecht wat het Hof betreft voorop staat.¹⁷⁶

Dat de meer afstandelijke rol van het Hof in de prejudiciële procedure, ook bij de toepassing van de idee van afweging, wel leidt tot een grotere rol van de nationale rechter blijkt duidelijk uit de zaak *Akrich*, met daarin de opdracht voor de nationale rechter om bij de beantwoording van de vraag of een derdelander en echtgenoot van een Unieburger het land mag binnenkomen rekening te houden met artikel 8 EVRM. In de zaak *Lindqvist* bevat de opdracht aan de nationale rechter om bij de toepassing van de nationale regeling tot omzetting van de betreffende richtlijn, een juist evenwicht tussen de betrokken rechten en belangen te verzekeren. In de zaken *Johnston*, *Christos Konstantinidis*, *Familiapress*, *Roquette Frères* en *Österreichischer Rundfunk* is het steeds aan de nationale rechter om te beoordelen of – op basis van de door het Hof van Justitie gegeven uitleg aan de betreffende communautaire bepaling – sprake is van een schending van een grondrecht. Als gezegd dient de rechter daarbij in de zaak *Familiapress* nog nader feitenonderzoek te doen. In de zaak *Johnston* keurt het Hof een door de nationale autoriteiten ingeroepen algemeen belang goed, maar laat het het aan de nationale rechter over om te beoordelen of de afwijking van het evenredigheidsbeginsel in overeenstemming met het evenredigheidsbeginsel is (r.o. 38 en 39).

Dat de prejudiciële procedure van invloed is op de verhouding tussen het Europese en het nationale niveau lijkt daarmee een gerechtvaardigde conclusie. Wel moet hierbij worden aangetekend dat er voldoende uitspraken zijn die pleiten tegen het poneren van al te algemene stellingen over de verhouding tussen beide niveaus. Soms is de taakverdeling zodanig dat het Europese niveau de algemene regel geeft en het nationale niveau zorgdraagt voor de concrete toepassing, maar soms ook pakt het Europese niveau door. Het is niet altijd duidelijk wat de oorzaak is voor de verschillende benadering van het Hof. En als de nationale rechter aan zet is, is het Hof van Justitie lang niet altijd duidelijk over wat het precies van de nationale rechter verwacht qua toepassing van de idee van afweging, waardoor ook vanuit dat perspectief onduidelijkheid bestaat over de precieze taakverdeling tussen beide niveaus.

176 *Roquette Frères*, r.o. 31. Vgl. de opmerking in r.o. 32: “[i]n dit verband moet worden beklemtoond dat wanneer, zoals in casu, de nationale en de communautaire autoriteiten door een gecoördineerde uitoefening van hun respectieve bevoegdheden moeten meewerken aan de verwezenlijking van de doelstellingen van het Verdrag, een dergelijke samenwerking van bijzonder essentieel belang is.”

De prejudiciële procedure is mijns inziens evenwel niet de belangrijkste vormgever van de Luxemburgse toepassingspraktijk ten aanzien van de idee van afweging. Het is in ieder geval te kort door de bocht om te stellen dat in de procedure het Hof (qua abstractieniveau en met betrekking tot de problematiek van de veellagigheid) altijd voor een bepaalde invulling van de idee van afweging kiest en/of dat de procedure een bepaalde invulling van de idee voorschrijft, al dan niet op alleen het Europese niveau of ook het nationale niveau. De analyse van de prejudiciële uitspraken laat zien dat de procedure soms bepaalde keuzes in het kader van de toepassing van de idee van afweging kunnen verklaren, maar dat er evengoed zaken zijn die verrassende en minder goed te duiden keuzes tonen. De resultaten van de analyse van de de prejudiciële uitspraken vormen eerder een treffende illustratie van het steeds terugkerende beeld dat de waarborging van het Gemeenschapsrecht voorop staat, terwijl de verschillen in benadering in de prejudiciële uitspraken onderling daarnaast duidelijk laten zien dat het moeilijk is te spreken van een goed ontwikkelde Luxemburgse afwegingspraktijk. Dat de ontwikkeling van zo een praktijk misschien wel juist geremd wordt door de focus van het Hof op de eigen aard van het Gemeenschapsrecht, is meer een onderwerp om in deel III van dit onderzoek nader te beschouwen.