

Jasper Krommendijk en Marc Loth

Dr. J. Krommendijk LLM is universitair hoofddocent Internationaal en Europees Recht aan de Radboud Universiteit en werkt aan een VENI-onderzoek naar de interactie tussen het HvJ EU en Nederlandse, Britse en Ierse rechters. Prof. mr. M.A. Loth is hoogleraar Privaatrecht aan Tilburg University en oud-raadsheer in de Hoge Raad der Nederlanden. Eerder wijdde hij zijn Tilburgse oratie aan de dialoog tussen de Hoge Raad en het HvJ EU (De Hoge Raad in dialoog; over rechtsvorming in een gelaagde rechtsorde, Tilburg 2014).

## DRIELUIK

# Europese rechters in gesprek (1)

Op 26 januari is het boek *Europese rechters in gesprek; verhalende annotaties* gepresenteerd tijdens een symposium in de Efteling. Tijdens dit symposium bespraken de auteurs<sup>1</sup> de voornaamste insteek en inzichten uit het boek. Vervolgens is daar vanuit verschillende kanten op gereflecteerd door rechters en gerechtelijke medewerkers van verschillende rechtscolleges en door vertegenwoordigers van de wetenschap. Deze bijdrage bestaat uit een drieluik waarin kort de inhoud van het boek wordt besproken, gevolgd door enkele van deze reflecties.

## Drie schakels

De rechtsvorming door de rechter komt steeds vaker tot stand als gevolg van een dialoog tussen meerdere rechters. *Courts are talking to one another all over the world*, schreef Anne-Marie Slaughter ruim twintig jaar geleden.<sup>2</sup> Ondanks het immer toenemende belang van rechterlijke interacties in een meergelaagde rechtsorde is er betrekkelijk weinig aandacht voor de vraag hoe die dialogen verlopen en of daarin bepaalde patronen zijn te ontwaren. Deze vragen vormden de aanleiding voor het boek *Europese rechters in gesprek*. In dit boek is voornamelijk gekeken naar een van de meest geformaliseerde en gestructureerde dialogen, namelijk die tussen het Hof van Justitie van de Europese Unie (HvJ EU) en nationale rechters in de context van de prejudiciële procedure van art. 267 VWEU. Deze procedure geeft *iedere* nationale rechter de mogelijkheid – en de hoogste rechters zelfs de plicht – om een vraag te stellen aan het HvJ EU over de uitlegging en geldigheid van het Unierecht. Als gevolg van deze verwijzingsbevoegdheid c.q. verplichting zijn nationale rechters dus tegelijkertijd Europese rechters.<sup>3</sup>

**De rechtsvorming door de rechter komt steeds vaker tot stand als gevolg van een dialoog tussen meerdere rechters.**

Het centrale idee van dit boek was om naar de interactie in het kader van de prejudiciële procedure als geheel te kijken in plaats van naar afzonderlijke HvJ EU-uitspraken, zoals vaak in de (Europees)rechtelijke literatuur wordt gedaan. De HvJ EU-uitspraak dient namelijk te worden gezien als een onderdeel van een drieslag: de verwijzingsuitspraak van de nationale rechter, het arrest van het HvJ EU, en de inbeddingsuitspraak van dit arrest door de nationale rechter. Deze drieslag diende als ordeningsprincipe voor het boek. Voor elk van de drie 'schakels' wordt de grote variëteit in de patronen van verwijzen, antwoorden en toepassen gethematiseerd. Per hoofdstuk worden verschillende casus besproken die een bepaalde 'pointe' illustreert die zich ook in andere dialogen kan voordoen. Daarbij is gekozen voor een 'verhalende benadering', volgens het motto *We need stories* van Jan Leijten.<sup>4</sup>

## De grote variëteit in de patronen van verwijzen, antwoorden en toepassen

Wanneer het gaat om de eerste schakel, staat de vraag centraal: waarom stellen nationale rechters (eigenlijk) prejudiciële vragen aan het HvJ EU? In het boek worden tien casus besproken waaruit een breed palet aan verwijzingsmotieven naar voren komt. Nagenoeg alle verwijzingen komen voort uit een behoefte van de rechter aan duidelijkheid van het HvJ EU over de uitleg (of geldigheid) van het EU-recht, omdat hij daarover twijfel heeft die in de weg staat aan het oplossen van het geschil, bijvoorbeeld omdat bepalingen in EU-wetgeving vaag of inconsistent zijn. Soms echter verwijst een nationale rechter ook wel eens een zaak naar het HvJ EU zonder (sterke) twijfel en is de kwestie eigenlijk wel *clair*. Een overweging bij nationale rechters om zo'n kwestie naar het HvJ EU te verwijzen is om zo de (nationale) wetgever te dwingen wet- en regelgeving te veranderen vanwege een strijdigheid met het Unierecht.

Zoals ook uit de hiernavolgende bijdrage van Van Glerum en Klomp naar voren komt, waren meerdere verwijzingen van de Internationale Rechtshulpkamer (IRK) gericht op het verkrijgen van een 'steuntje in de rug' richting de hoogste rechter of de wetgever. In het boek worden nog meer casus besproken waarin dergelijke strategische (rechtspolitieke) motieven een rol speelden. In de Spaanse consumentenzaak *Aziz* verwees een 'activistische' lagere Spaanse rechter een zaak naar het HvJ EU, omdat hij kritisch was over de oneerlijke bedingen in hypothecaire leningen die systematisch de positie van de consument verzwakten. Met zijn verwijzing zocht deze rechter steun bij het HvJ EU voor zijn standpunt en passeerde daarmee de eigen hoogste rechter ('*leapfrog*' of '*bypass*').<sup>5</sup> Een Nederlands equivalent van zo'n muitende rechter biedt de zaak *Y.S.* waarin een alleenzittende Middelburgse rechter zijn gelijk omtrent de uitleg van de Privacyrichtlijn probeerde te halen (ten koste van de Afdeling).<sup>6</sup> Tijdens het symposium benadrukten sommige sprekers, zoals De Groot (raadsheer in de HR) echter dat de strategische lezing van verwijzingen niet moet worden overdreven; rechters doen namelijk niet aan politiek.

Het tweede hoofdstuk van het boek bespreekt de verschillende typen antwoorden van het HvJ EU, vooral vanuit het perspectief van de verwijzende rechter. In de meeste uitspraken beantwoordt het HvJ EU de vragen van de verwijzende rechter op heldere en inzichtelijke wijze. Echter, in sommige gevallen gaat er ook iets mis en vooral die situaties staan centraal in ons boek. Staatsraad Sevenster benadrukt in haar hiernavolgende bijdrage terecht dat het vaak de nationale rechter is die ervoor moet zorgen dat de verwijzing helder is. Een belangrijke beperking van het boek, zoals dat ook door sommige sprekers werd benoemd, is dat de besproken 'missers' wellicht een vertekend beeld geven. Zoals werd benadrukt tijdens het symposium gaat het in veel gevallen goed, zoals ook Fierstra (raadsheer in de Hoge Raad) en De Vries (raadsheer in de CRvB) stelden.

## In veruit de meeste gevallen kan de verwijzende rechter met de uitspraak van het HvJ EU goed uit de voeten.

In het derde en laatste hoofdstuk van het boek is gekeken naar de vraag wat de verwijzende rechter met de antwoorden van het HvJ EU doet. In veruit de meeste gevallen kan de verwijzende rechter met de uitspraak van het HvJ EU goed uit de voeten. Rechters zijn over het algemeen tevreden over de antwoorden van het

HvJ EU, zoals ook tijdens het symposium bleek. Voor nationale rechters is het daarbij primair van belang of de HvJ EU-uitspraak het voor hen mogelijk maakt om einduitspraak te doen. Voor de verwijzende rechter zijn meer academische discussies of een HvJ EU-uitspraak goed gemotiveerd is en consistent is met zijn eerdere rechtspraak veel minder van belang.<sup>7</sup> Zo kon de Afdeling bijvoorbeeld zonder probleem einduitspraak doen in de zaken *Trijber en Harmsen*, hoewel het HvJ EU de principiële vraag had ontweken. Ondanks de omstandigheid dat de rechter in de grote meerderheid van zaken einduitspraak kan doen op grond van de antwoorden van het HvJ EU, zijn er ook andere situaties denkbaar die in het boek de revue passeren. Wederom moeten deze uitzonderingen in perspectief worden geplaatst, zoals ook Prechal, de Nederlandse rechter in het HvJ EU, benadrukte tijdens het symposium.

### Zelfreinigend vermogen en vervolgvragen

Vlak voordat het boek naar de drukker ging deed de Grote Kamer van het HvJ EU uitspraak in de zaak *Taricco II*. In die uitspraak ging het HvJ EU een confrontatie met het Italiaanse Grondwettelijk Hof uit de weg door aan de zorgen van dat hof tegemoet te komen. Daags na de presentatie van het boek kwam het HvJ EU met een vergelijkbare oplossing in het vervolg op de zaken *Trijber en Harmsen*. Met zijn uitspraak in de Appingedamse *Visser Vastgoed* zaak liet het HvJ EU zien dat het dit keer wel goed had geluisterd naar de Afdeling. Terwijl een kamer van vijf rechters de eerste keer de vraag nog met één overweging afdeed, werden de vervolgvragen na een hoorzitting door de Grote Kamer op uitgebreide en inzichtelijke wijze beantwoord.<sup>8</sup> Beide zaken laten zien dat het prejudiciële systeem een 'zelfreinigend' vermogen *kan* hebben en dat vervolgvragen nuttig kunnen zijn. In beide gevallen kan ook eerder worden gesproken van een 'echte' dialoog, aangezien het HvJ EU een reactie krijgt op de eerste uitspraak en op basis daarvan moet bijsturen of nadere duiding geven. Deze twee casus illustreren dat een nationale rechter wellicht eerder moet overwegen om vervolgvragen te stellen als hij niet geheel tevreden is met een HvJ EU-uitspraak of nog aanvullende vragen heeft.

<sup>1</sup> J. Krommendijk en M. Loth, *Europese rechters in gesprek; Verhalende annotaties*, Den Haag: BJU 2018.

<sup>2</sup> A.-M. Slaughter, 'A typology of transjudicial communication', *University of Richmond Law Review* 1994, p. 99-137, p. 99.

<sup>3</sup> Vgl. HvJ EU 9 maart 1978, zaak 106/77, ECLI:EU:C:1978:49 (*Simmenthal*).

<sup>4</sup> J. Leijten, *We need stories* (afscheidsrede), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1991.

<sup>5</sup> HvJ EU 14 maart 2013, C-415-11, ECLI:EU:C:2013:164 (*Aziz*).

<sup>6</sup> HvJ EU 14 juli 2014, gevoegde zaken C-141/12 en C-372/12, ECLI:EU:C:2014:2081 (*Y.S. tegen Minister voor Immigratie, Integratie en Asiel* (C-141/12) en *Minister voor Immigratie, Integratie en Asiel tegen M en S* (C-372/12)).

<sup>7</sup> Zie J. Krommendijk, 'Luxemburg heeft gesproken; wat nu? De antwoorden van het HvJ door de ogen van de hoogste Nederlandse bestuursrechters', *Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht*, 2018, p. 57-65.

<sup>8</sup> HvJ EU 30 januari 2018, gevoegde zaken C-360/15 en C-31/16, ECLI:EU:C:2018:44 (*X en Visser Vastgoed*).