

Hanna Sevenster
Mr. H.G. Sevenster is
Staatsraad bij de Afdeling
bestuursrechtspraak van
de Raad van State.

DRIELUIK

Hij die zonder zonde is (3)

In deze bijdrage wordt ingegaan op factoren die de inbedding van arresten van het Hof van Justitie van de Europese Unie (HvJ EU) in de nationale bodemzaak kunnen bemoeilijken of juist vergemakkelijken. Geconcludeerd wordt dat de belangrijkste factoren door de verwijzende rechter te beïnvloeden zijn.

Inleiding

Het zeer leesbare en aardige boek van Krommendijk en Loth bevat ook enkele voorbeelden over gebreken bij de inbedding van arresten van het HvJ EU in de nationale rechtsorde (hoofdstuk 2 en 3). Het betreft dan de inbedding door de nationale rechter die verwezen had: kan deze met het arrest uit de voeten voor de beslechting van het geschil? Natuurlijk zal dat niet altijd volledig het geval zijn. Maar uit mijn eigen ervaring en waarneming sprekend wel in het overgrote deel van de zaken. Wat kan die inbedding bemoeilijken?

**Aan de kant van het Hof van Justitie van de
Europese Unie kan inbedding worden bemoeilijkt
door compromisformuleringen, die ruimte laten
voor verschillende uitleg.**

Factoren aan de kant van het HvJ EU

Allereerst factoren aan de kant van het Hof. Aan de kant van het HvJ EU kan inbedding worden bemoeilijkt door compromisformuleringen, die ruimte laten voor verschillende uitleg. Ook kan een gebrekkige vertaling voor onduidelijkheid zorgen. Hoewel de procestaal (de taal van de lidstaat waar de verwijzing vandaan komt) de authentieke versie van het arrest oplevert, kan een onduidelijke vertaling mogelijk met behulp van andere taalversies door de nationale rechter worden opgelost.

Een ogenschijnlijke 'weigering' van het HvJ EU om in te gaan op gestelde vragen komt in de praktijk ook wel eens voor. Dit zou tot inbeddingsproblemen kunnen leiden, maar dat hoeft niet. Het boek noemt als voorbeeld van een dergelijke 'weigering' het arrest *Trijber en Harmsen* (genoemd in het boek in paragraaf 2.2).¹ Daarin koos het HvJ EU voor het niet beantwoorden van de vraag of een zogeheten 'pure interne situatie' (een situatie zonder grensoverschrijdende aspecten) onder het bereik van Hoofdstuk III (vestiging) de Dienstenrichtlijn viel, omdat volgens het HvJ EU in de zaken *Trijber en Harmsen* in ieder geval geen sprake was van een dergelijke interne situatie. Ook de vraag volgens welke criteria moet worden vastgesteld of

sprake is van een interne situatie werd om dezelfde reden niet beantwoord. Deze afdoening leverde voor de verwijzende rechter in de zaken *Trijber* en *Harmsen* zelf echter geen inbeddingsproblemen op; wel moesten deze vragen later nogmaals worden gesteld in de zaken *Visser Vastgoed en X*.² Het HvJ EU beantwoordde de eerstgenoemde vraag toen wel: interne situaties vallen onder Hoofdstuk III van de Dienstenrichtlijn. Het is voor de toepassing van dat Hoofdstuk dus niet meer nodig om vast te stellen óf sprake is van een interne situatie. Volgens welke criteria dat moet gebeuren in andere zaken (vrij verkeer zonder harmonisatierichtlijn, of het dienstenhoofdstuk (Hoofdstuk II) van de Dienstenrichtlijn) is daardoor nog steeds niet duidelijk. Die vraag zal ooit nog wel weer gesteld moeten worden.

Wat inbedding kan vergemakkelijken is een reactie van het HvJ EU op argumenten van de nationale rechter voor een bepaalde uitleg, al dan niet in het kader van een zogenaamd voorlopig antwoord (zie hierna).

Dat een arrest – soms onmiddellijk – vervolgvragen oproept zie ik op zichzelf niet als een factor. Dat is inherent aan rechtsvorming en bemoeilijkt niet per se de inbedding in het betreffende geding. Wel komt het voor dat een arrest vrij algemeen is geformuleerd en de toepassing op het geding zelf al vervolgvragen oproept. Dit kan een factor zijn waaraan het HvJ EU iets kan doen; het kan echter ook te maken hebben met onduidelijkheden in de feiten of in de gestelde vragen (zie hieronder). De nationale rechter moet de ruimte binnen het arrest in mijn ogen in zo'n geval dan maar nemen. Verder heeft het HvJ EU de gewoonte gestelde vragen te herformuleren. Hiermee maakt het HvJ EU duidelijk hoe het de vraag heeft opgevat, en dus welke vraag het vervolgens beantwoordt. Bij die herformulering kan natuurlijk ook weleens iets misgaan, in de zin dat de verwijzende rechter geen antwoord krijgt op de vraag die hij/zij dacht te stellen.

Met deze factor bevinden we ons op de grensovergang naar de factoren aan de kant van de verwijzende rechter. Immers, we kunnen ons afvragen of bij een herformulering die een onbruikbaar antwoord oplevert, de verwijzingsuitspraak wel duidelijk genoeg was. Daarmee kom ik bij de factoren aan de kant van de verwijzende rechter.

**Het HvJ EU moet als het ware 'klem' worden gezet:
zó bediend worden dat het alleen nog maar
antwoord kan geven op de gestelde vraag.**

Factoren aan de kant van de verwijzende rechter

De belangrijkste factor is hier de kwaliteit van de verwijzing. Het HvJ EU moet duidelijk worden gemaakt welke rechtsvraag speelt, welke relevantie die heeft voor het geschil, waarom vragen echt beantwoording behoeven en hoe ze – als het er meerdere zijn – zich tot elkaar verhouden. Daarnaast moet de formulering helder zijn, de feiten duidelijk zijn, het nationale recht zo uiteen worden gezet dat daarover geen ruis kan ontstaan en de consequenties van het ene of het andere antwoord moeten worden geschetst. Het HvJ EU moet als het ware 'klem' worden gezet: zó bediend worden dat het alleen nog maar antwoord kan geven op de gestelde vraag. Dit is voorwaar geen makkelijke klus. Ik zeg weleens gekscherend: een vraag stellen is moeilijker dan hem beantwoorden. Daarbij kan het voor de inbedding zeker helpen om als verwijzende rechter een voorlopig antwoord te formuleren, zoals de Aanbevelingen aan de nationale rechterlijke instanties over het aanhangig maken van prejudiciële procedures willen bevorderen.³ Dat kan het HvJ EU namelijk gebruiken om zijn motivering te versterken. Het weergeven van voor- en tegenargumenten voor een bepaalde afdoening helpt daarbij ook. Als het HvJ EU in zijn arrest – expliciet – reageert op de verschillende argumenten maakt dat de uitleg van het arrest en daarmee de inbedding zoals gezegd ook makkelijker. Het is dan voor de verwijzende rechter ook meteen duidelijk dat bepaalde argumenten – zo daar nog plaats voor zou zijn na het arrest – niet gehonoreerd kunnen worden. Met andere woorden: een goede verwijzing maximaliseert de kans op een bruikbaar antwoord.

Het antwoord wordt doorgaans vervolgens met partijen nog besproken. Daar kan eventueel weer ruis ontstaan; het kan echter ook zijn dat daarmee de laatste onduidelijkheden van tafel gaan. Hiermee heeft de verwijzende rechter een belangrijk instrument in handen voor goede inbedding.

Een goede verwijzing maximaliseert de kans op een bruikbaar antwoord.

In deze fase van de inbedding is de mate van kennis van het Unierecht bij de verwijzende rechter een laatste factor die de inbedding beïnvloedt. Een gedegen kennis van het Unierecht, daaronder begrepen een ruime ervaring met het lezen en duiden van arresten van het HvJ EU, helpt om het arrest te interpreteren en toe te passen op het bodemgeding. Ook arresten op andere terreinen van het Unierecht kunnen daarbij behulpzaam zijn, omdat het HvJ EU zijn leerstukken op allerlei terreinen uiteen kan zetten. Zoals gezegd kan overigens ook taalvergelijking, met name met het Frans (de werktal van het HvJ EU) soms al helderheid verschaffen, mocht een punt onduidelijk zijn in het arrest in de Nederlandse taal (die de procestaal is in een Nederlandse verwijzing en dus wel de authentieke versie).

Vragen verwijzen en beantwoorden is uiteindelijk mensenwerk.

Werpe de eerste steen

Vragen verwijzen en beantwoorden is uiteindelijk mensenwerk. Sommigen formuleren duidelijker dan anderen. Het is ook werk dat in collegialiteit tot stand komt. Het uiteenlopen van meningen binnen de zetel kan tot onduidelijke formuleringen leiden. Zowel in de verwijzingsuitspraak als in het arrest kan daardoor ruis ontstaan, die uiteindelijk ook ruis – of erger – bij de inbedding veroorzaakt. Voorbeelden waaruit blijkt dat het echt mis gaat zijn echter zeer spaarzaam. De zaken die genoemd worden in het boekje *–the usual suspects* – zijn mogelijk de enige voorbeelden. In vrijwel alle zaken kan de nationale rechter prima uit de voeten met het antwoord. Dit geldt niet alleen in Nederland, maar ook in andere lidstaten.⁴

Ik schaar mij dan ook niet bij de critici uit de rechterlijke macht die het HvJ EU verwijten dat het met enige regelmaat niet voldoende duidelijk is. Ook onze eigen uitspraken in Nederland zijn niet altijd even helder of stellen de rechtspraak voor vervolgvragen. Ook wij zijn geneigd rechtsvragen waarvan de beantwoording niet strikt noodzakelijk voor de beslechting van het geschil is niet mee te nemen in de uitspraak, zodat de vraag boven de markt blijft hangen.

Als we dan bezien hoe kort de doorlooptijden bij het HvJ EU inmiddels zijn (in absolute zin wellicht niet, maar wel vergeleken met vroeger én vergeleken met doorlooptijden bij (bepaalde) hoogste rechters in lidstaten), en ons realiseren dat de talenkwestie niet alleen die doorlooptijden beïnvloedt maar ook voor enige ruis in de formulering van de arresten kan zorgen, dan is enig ontzag voor de prestaties van het HvJ EU op zijn plaats. En daarmee een gepaste terughoudendheid met het leveren van kritiek op zijn rechtspraak.

De hierboven geschetste factoren overziend, waag ik mij dan ook tot aan de afrondende conclusie dat het de verwijzende rechter zelf is die de belangrijkste troef in handen heeft om inbedding te vergemakkelijken: het schrijven van een heldere verwijzing.

¹ HvJ EU 1 oktober 2015, gevoegde zaken C-340/14 en C-341/14, ECLI:EU:C:2015:641 (*Trijber en Harmsen*).

² HvJ EU 30 januari 2018, Gevoegde zaken C-360/15 en C-31/16, ECLI:EU:C:2018:44 (*X en Visser Vastgoed*).

³ Pb EU 2016 C439.

⁴ Zie bijvoorbeeld het general report over de ervaringen van hoogste bestuursrechters met de prejudiciële procedure van ACA Europe, seminar gehouden op 7 november 2016. http://www.aca-europe.eu/images/media_kit/seminars/2016_TheHague/General-Report-ENG.pdf