

HANDELINGEN
NEDERLANDSE JURISTEN-VERENIGING

129e JAARGANG/1999-I

Internationale rechtspraak in de Nederlandse rechtsorde

Preadviezen van

Dr. R.A. Lawson
Mr. A.W.H. Meij

1999
W.E.J. Tjeenk Willink
Deventer

Lay-out en omslag Evelien de Vries Robbé

ISBN: 90 271 5085 0

NUGI: 691

© 1999 R.A. Lawson, A.W.H. Meij

Alle rechten voorbehouden. Niets uit deze uitgave mag worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van uitgeverij W.F.J. Tjeenk Willink te Zwolle.

Voor zover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van art. 16b Auteurswet 1912 jo. het Besluit van 20 juni 1974, Stb. 351, zoals gewijzigd bij Besluit van 23 aug. 1985, Stb. 471, en art. 17 Auteurswet 1912, dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 882, 1180 AW Amstelveen). Voor het overnemen van gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (art. 16 Auteurswet 1912) dient men zich tot de uitgever te wenden.

No part of this book may be reproduced in any form, by print, photoprint, microfilm or any other means without written permission from the publisher.

ALGEMENE INHOUD

Preadviezen over het onderwerp:

*Internationale rechtspraak in de
Nederlandse rechtsorde*

VOORWOORD, V

PREADVIES DR. R.A. LAWSON

De internationale rechter en de Nederlandse rechter, 1

PREADVIES MR. A.W.H. MEIJ

*Europese rechtspraak in de Nederlandse rechtspleging: impressies uit
Den Haag en Luxemburg, 133*

Internationale rechtspraak in de Nederlandse rechtsorde

In zijn *Verlichting op de jaarcijfers 1995/1996* heeft de Hoge Raad de aandacht erop gevestigd dat hij – zoals alle Nederlandse rechters – naast zijn functie binnen de Nederlandse rechtsorde ook een rol te vervullen heeft in de rechtsorden van de Europese Gemeenschappen, de Raad van Europa (meer in het bijzonder het EVRM) en de Benelux.

Bij alle onderlinge verschillen hebben de drie rechtsorden een aantal kenmerken gemeen. Allereerst ligt hun basis in een internationaal verdrag, of het nu de supranationale Gemeenschappen betreft of de meer intergouvernementele Raad van Europa. Belangrijker is dat van elk van hen een diepgaande invloed uitgaat op het Nederlandse recht. Elke rechtsorde beschikt tot slot over een internationaal gerecht: het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen, het Europees Hof voor de Rechten van de Mens en het Benelux-Gerechtshof. Het zijn deze gerechten die in laatste instantie beslissen over de uitleg en ontwikkeling van de binnen de betrokken rechtsorde geldende normen, en het zijn deze normen, aldus nog steeds de Hoge Raad, waaraan de Nederlandse rechter voorrang moet geven boven die van het Nederlandse recht. Als gevolg hiervan vormt de verhouding tussen de internationale en de nationale rechter – met alle mogelijkheden en problemen die zij met zich mee brengt – een van de meest boeiende aspecten van de Nederlandse rechtspleging aan het einde van de twintigste eeuw.

Het is misschien wel geen toeval dat het bestuur van de NJV niet heel lang nadien heeft besloten voor de jaarvergadering 1999 als thema te kiezen 'de verhouding tussen enerzijds nationaal recht, nationale rechtspraak en rechtsvorming en anderzijds de rechtspraak en rechtsvorming door inter- en supranationale gerechten'.

Dit potentieel zeer brede thema diende nader te worden afge-

bakend, al was het maar om de omvang van de preadviezen binnen redelijke perken te houden. Ook de keuze van preadviseurs heeft ertoe geleid dat de meeste aandacht zal uitgaan naar de twee gerechten die in de praktijk het belangrijkste zijn: het Europees Hof voor de Rechten van de Mens en het Hof van Justitie van de EG. Toch is getracht ook enkele andere instellingen, zoals het Internationaal Gerechtshof, recht te doen.

Onderling hebben de preadviseurs de materie aldus verdeeld dat de eerste zijn aandacht richt op een aantal internationale gerechten, waaronder met name 'Straatsburg', en hun betekenis voor de Nederlandse rechtsorde, terwijl de tweede een reeks aspecten van de verhouding tussen het Hof van Justitie en de Nederlandse rechtspraak in kaart brengt.

Leiden
R.A. Lawson

Luxemburg/Den Haag
A.W.H. Meij

DEEL I

DE INTERNATIONALE RECHTER EN DE NEDERLANDSE RECHTSORDE

*preadvies dr. R.A. Lawson**

Universitair docent Recht der internationale organisaties, Europa Instituut, Universiteit Leiden. Tijdens het schrijven van dit preadvies kon ik, mede dankzij het Europa Instituut, gebruik maken van de gastvrijheid van het Leidse E.M. Meijers Instituut voor Rechtswetenschappelijk Onderzoek. Mijn dank gaat uit naar enkele gesprekspartners die de (inter)nationale rechtspleging van nabij kennen, alsmede naar mijn collega's met wie ik een concept-versie van dit preadvies heb besproken. De tekst is voltooid op 1-1-1999.

INHOUD DEEL I

1	INLEIDING	11
1.1	Bij de dood van Angel Breard	11
1.2	Naar een onderwerp	14
1.3	Millennium-problemen	16
1.4	Afbakening en opbouw	20
2	EEN EERSTE BLIK OP ENKELE INTERNATIONALE RECHTERS	24
2.1	Het Internationaal Gerechtshof	24
2.1.1	Inrichting en bevoegdheden	24
2.1.2	Het IGH en Nederland	27
2.2	Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens	28
2.2.1	Inrichting en bevoegdheden	28
2.2.2	Het EHRM en Nederland	31
2.2.3	Een profielschets van het EVRM	32
2.3	Drie VN-organen op het terrein van de rechten van de mens	36
2.3.1	Inrichting en bevoegdheden	37
2.3.2	De drie VN-organen en Nederland	39
2.4	Het Internationale Strafhof	41
2.5	Enkele afsluitende opmerkingen over de internationale rechter	44
3	OVER DE VERHOUDING TUSSEN DE INTERNATIONALE RECHTER EN DE NATIONALE AUTORITEITEN	48
3.1	Een Amerikaans schot voor de boeg	48
3.2	Het EHRM: laveren tussen subsidiariteit en individuele rechtsbescherming	49

3.2.1	Geen vierde instantie	49
3.2.2	Drie redenen voor terughoudendheid	51
3.2.3	Cassatie bij het EHRM	54
3.2.4	Toch een vierde instantie	56
3.2.5	Uitputting van nationale rechtsmiddelen	60
3.3	Vooruitblik	61
4	EXCURSIE: PROLIFERATIE VAN PREJUDICIËLE PROCEDURES?	69
4.1	Inlciding	69
4.2	Een prejudiciële procedure in Straatsburg – tijd voor een nieuwe poging?	71
4.3	Een prejudiciële procedure voor het Internationaal Gerechtshof?	75
4.4	Alternatieven	76
4.5	Besluit	78
5	EFFECTEN VAN INTERNATIONALE RECHTSPLEGING	79
5.1	Schendingen van volkenrechtelijke verplichtingen	79
5.2	Directe rechtsgevolgen van internationale rechterlijke uitspraken	81
5.2.1	Bindende uitspraken	81
5.2.2	'Views'	86
5.3	Toezicht op de tenuitvoerlegging van arresten	87
5.3.1	Internationaal Gerechtshof	87
5.3.2	Europees Hof voor de Rechten van de Mens	88
5.3.3	De VN-mensenrechtenorganen	91
5.4	Indirecte rechtsgevolgen van internationale rechterlijke uitspraken: de 'derdenwerking' van arresten	92
5.4.1	Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens	92
5.4.2	Het Internationaal Gerechtshof	96

6	DE RECEPTIE VAN INTERNATIONALE RECHTSPRAAK IN DE NEDERLANDSE RECHTSORDE	97
6.1	Inleiding	97
6.2	Status en bekendheid van internationale uitspraken in de Nederlandse rechtsorde	99
6.3	Receptie van internationale uitspraken door wetgever en bestuur	103
6.4	Receptie van internationale uitspraken door de rechter	105
6.4.1	Aanpassing van de jurisprudentie	105
6.4.2	Het lot van de succesvolle klager	110
6.4.3	Vergelijkbare gevallen	119
7	DE INVLOED VAN DE NATIONALE RECHTSPRAAK OP DE IN- TERNATIONALE RECHTSPLEGING	122
8	SLOT	125

ENKELE AFKORTINGEN

A-...	Publications of the European Court of Human Rights, Series A: Judgments and Decisions, vol. ...
AAe	Ars Aequi
ACRM	Amerikaanse Conventie voor de Rechten van de Mens
AEHRYB	All-European Human Rights Yearbook
AJIL	American Journal of International Law
AWB	Algemene Wet Bestuursrecht
B-...	Publications of the European Court of Human Rights, Series B: Pleadings, Oral Arguments and Documents, vol. ...
BYIL	British Year Book of International Law
Cic.	Europese Commissie voor de Rechten van de Mens
DD	Delikt & Delinquent
D.R.	Decisions and Reports of the European Commission of Human Rights
ECRM	Europese Commissie voor de Rechten van de Mens
ELR	European Law Review
EHMR	Europees Hof voor de Rechten van de Mens
EuGRZ	Europäische Grundrechte Zeitschrift
EVA	Europese Vrijhandelsassociatie
EVRM	Europees Verdrag tot bescherming van de Rechten van de Mens en de Fundamentele Vrijheden
HR	Hoge Raad
HRC	Human Rights Committee (VN-mensenrechtencomité)
HRLJ	Human Rights Law Journal
Hv.	Handvest der Verenigde Naties
HvJEG	Hof van Justitie der Europese Gemeenschappen
ICLQ	International and Comparative Law Quarterly
ICTY	International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia
IGH	Internationaal Gerechtshof
ILC	International Law Commission

IRPL	International Review of Penal Law
IVBPR	Internationaal Verdrag inzake Burgerrechten en Politieke Rechten
JB	Jurisprudentie Bestuursrecht
Jur.	Jurisprudentie van het Hof van Justitie der Europese Gemeenschappen
KG	Kort Geding
LJIL	Leiden Journal of International Law
MJ	Maastricht Journal of European and Comparative Law
NILR	Netherlands International Law Review
NJ	Nederlands Jurisprudentie
NJB	Nederlands Juristenblad
NJCM	Nederlands Juristen Comité voor de Mensenrechten
NJV	Nederlandse Juristen-Vereeniging
NQHR	Netherlands Quarterly of Human Rights
NTIR	Nederlands Tijdschrift voor Internationaal Recht (later NILR)
NVIR	Nederlandse Vereniging voor Internationaal Recht
NYIL	Netherlands Yearbook of International Law
OAS	Organisatie van Amerikaanse Staten
OM	Openbaar Ministerie
Ph.	Publicatieblad van de EG
PHIJ	Permanent Hof van Internationale Justitie (voorloper van het IGH)
RJD	Reports of Judgments and Decisions of the European Court of Human Rights (de opvolger per 1-1-1996 van A-...)
Rv.	Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering
RvdW	Rechtspraak van de Week
RW	Rechtskundig Weekblad
SEW	Sociaal-Economische Wetgeving
Sr.	Wetboek van Strafrecht
Sv.	Wetboek van Strafvordering
TCR	Tijdschrift voor Civiele Rechtspleging
Trb.	Tractatenblad van het Koninkrijk der Nederlanden
VaJIL	Virginia Journal of International Law
VN	Vereenigde Naties
WRR	Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid
Wrra	Wet rechtspositie rechterlijke ambtenaren
YBILC	Yearbook of the International Law Commission

Alkema (1985)

E.A. Alkema, *Toepassing van de ECRM in Nederland* (preadvies voor de Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland, 1985)

Alkema (1995)

E.A. Alkema, 'De reikwijdte van fundamentele rechten – De nationale en internationale dimensies', *Handelingen NJV* jrg. 125 (1995-I)

Compliance

M. Bulterman & M. Kuijer (red.), *Compliance with Judgments of International Courts* (M. Nijhoff, 1996)

The Dynamics

R.A. Lawson & M. de Blois (red.), *The Dynamics of the Protection of Human Rights in Europe* [Essays in Honour of H.G. Schermers, dl. III] (M. Nijhoff, 1994)

European System

R.St.J. Macdonald, F. Matscher & H. Petzold (red.), *The European System for the Protection of Human Rights* (M. Nijhoff, 1993)

The Execution

T. Barkhuysen, M.I. van Emmerik & P.H. van Kempen (red.), *The Execution of Strasbourg and Geneva Human Rights Decisions in the National Legal Order* (Kluwer Law International, 1999)

Leading Cases

R.A. Lawson & H.G. Schermers, *Leading Cases of the European Court of Human Rights* (Ars Aequi, 1997)

The Nation-State

M. Castermans, F. van Hoof & J. Smith (red.), *The Role of the Nation-State in the 21st Century* [Essays in Honour of P.R. Baehr] (1998)

40 jaar EVRM

speciale aflevering van het *NJCM-Bulletin*, jrg. 15 (1990)

45 jaar EVRM

speciale aflevering van het *NJCM-Bulletin*, jrg. 21 (1996)

INLEIDING

§ 1.1 Bij de dood van Angel Breard

1. Op 1 september 1992 werd Angel Francisco Breard, Paraguayaans staatsburger, in de Amerikaanse deelstaat Virginia gearresteerd op verdenking van moord en poging tot verkrachting. Een jaar later werd hij schuldig bevonden en ter dood veroordeeld. In 1996 kwam de veroordeling ter kennis van het consulaat van Paraguay. Breard bleek, in strijd met het Verdrag van Wenen inzake Consulaire Betrekkingen van 1963, niet te zijn gewezen op zijn recht te verzoeken om consulaire bijstand. Evenmin was het consulaat op de hoogte gesteld van de procedure tegen Breard. De Amerikaanse autoriteiten erkenden de schending van het Weense Verdrag en boden Paraguay officiële verontschuldiging aan – maar pogingen om het proces te heropenen hadden geen resultaat. Breard had zich niet reeds voor de rechter van Virginia op het Weense Verdrag beroepen; nu hij dat had nagelaten achtte de federale rechter hem niet ontvankelijk wegens *procedural default*.

2. Op 3 april 1998, elf dagen voordat Breard zal worden geëxecuteerd, maakt Paraguay een zaak tegen de VS aanhangig bij het Internationaal Gerechtshof (IGH). Paraguay stelt dat de veroordeling van Breard nietig is, nu deze in strijd met het volkenrecht tot stand is gekomen. Daarnaast meent Paraguay gerechtigd te zijn tot *restitutio in integrum*, dat wil zeggen dat de VS gehouden is de situatie te herstellen zoals deze bestond voordat de schending van het Weense Verdrag had plaatsgevonden. In de praktijk zou dat betekenen: heropening van het proces, waarbij Breard alsnog over consulaire bijstand kan beschikken. Op de korte termijn verzoekt Paraguay het Hof een voorlopige maatregel op te leggen teneinde de executie van Breard te voorkomen.

De VS brengt hiertegen in dat Breard schuld heeft bekend en dat consulaire bijstand geen invloed zou hebben gehad op de uitkomst van het proces. Weliswaar is het Weense Verdrag niet nageleefd, maar dat is niet opzettelijk gebeurd; maatregelen zijn geno-

men om soortgelijke situaties in de toekomst te voorkomen. Met de officiële verontschuldiging die Paraguay reeds zijn aangeboden, is de kous af. De Amerikanen wijzen er met nadruk op dat iedere inmenging van het IGH de nationale strafrechtspleging ernstig zal ontregelen; een stortvloed van klachten valt niet uit te sluiten. Door op de Paraguayaanse eis in te gaan zou het Hof zich de positie van '*universal supreme court of criminal appeals*' aanmatigen.

3. Op 9 april treft het Hof, unaniem, de gevraagde voorlopige maatregel.¹ Het Hof constateert dat er een geschil tussen Paraguay en de VS is gerezen en dat de executie van Breard het onmogelijk zou maken om de eis van Paraguay – zo deze zal worden toegekend – te honoreren. De VS wordt opgedragen alle beschikbare maatregelen te nemen teneinde te verzekeren dat Breard hangende de procedure niet zal worden geëxecuteerd.

De federale staatsinrichting van de VS brengt met zich mee dat de beslissing om de executie op te schorten, slechts door twee instanties kan worden genomen: het federale Hooggerechtshof en de Gouverneur van Virginia. Daags na de uitspraak van het Internationaal Gerechtshof verzoekt Breard het *Supreme Court* om de *Order* van het IGH ten uitvoer te leggen. Dit Hof houdt in zijn uitspraak van 14 april echter vast aan de eisen van het Amerikaans strafprocesrecht. Breard wordt opnieuw tegengeworpen dat hij zich voor de rechter van Virginia niet heeft beroepen op het Weense Verdrag; hij is derhalve wegens *procedural default* niet-ontvankelijk in zijn beroep. Dat het IGH een voorlopige voorziening heeft getroffen, doet daar niets aan af:

It is unfortunate that this matter comes before us while proceedings are pending before the ICJ that might have been

1. IGH, 9 april 1998, *Case concerning the Vienna Convention on Consular Relations (Paraguay – USA)*, Order, n.n.g. (samengevat in *NJB* 1998, p. 2082, nr. 4). De volledige tekst is te vinden op de Internet-site van het Hof: www.icj-cij.org. Zie nader E. Rieter, 'Interim Measures by the World Court to Suspend the Execution of an Individual: the *Breard* Case', in *NQHR* jrg. 16 (1998), p. 475-494, alsmede acht bijdragen in *AJIL* jrg. 92 (1998), p. 666-712.

brought to that court earlier. Nonetheless, this Court must decide questions presented to it on the basis of law.²

Op 13 april richt de Amerikaanse *Secretary of State* Madeleine Albright een brief tot James S. Gilmore III, Gouverneur van Virginia, waarin zij om uitstel van executie verzoekt. De Gouverneur vreest echter dat uitstel tot afstel zal leiden:

Should the International Court resolve this matter in Paraguay's favor, it would be difficult, having delayed the execution so that the International Court could consider the case, to then carry-out the jury's sentence despite the rulings of the International Court.³

De Gouverneur besluit dan ook maar niet tussenbeide te komen. Op 14 april wordt Angel Breard door middel van letale injecties om het leven gebracht.

4. Het kan ook anders. Idealiter treedt tussen de nationale autoriteiten, meer in het bijzonder de rechter, en de internationale rechter een wisselwerking op die beiden uiteindelijk tot voordeel strekt. De interpretatie van verdragen harmonieert, het gezag van de ene rechter wordt niet aangetast door conflicterende uitspraken van de ander. Een fraai voorbeeld wordt geboden door een recent arrest van de Hoge Raad over de vraag of een journalist kan worden gedwongen de identiteit van zijn bronnen bekend te maken. Naar vaste jurisprudentie diende deze vraag in beginsel bevestigend te worden beantwoord: het belang van de

2. United States Supreme Court, 14 april 1998, *Brennd – Greene* (pet. for cert. 97-8214). Ook deze uitspraak is te vinden op Internet, bijv. via www.law.cornell.edu. Saillant detail is dat het Ministerie van Justitie bij *amicus curiae* brief te kennen had gegeven dat het verzoek van Breard moest worden afgewezen. Over de *Ordervan* het IGH werd gesteld dat deze niet bindend was. Zelfs als de partijen in een procedure voor het IGH gehouden zouden zijn om voorlopige maatregelen na te leven, dan wilde dat nog niet zeggen dat het *Supreme Court* gehouden was om de executie van Breard te voorkomen. Onder verwijzing naar het verzoek van de *Secretary of State* aan de Gouverneur van Virginia om de executie op te schorten, merkte de *brief* op dat '[t]here is little prospect that the international community will view the United States government's response to the ICJ order as indicating disrespect to that court's processes'.

3. *Statement by Governor Jim Gilmore concerning the execution of Angel Breard*, persbericht van 14 april 1998.

processuele waarheidsvinding stond voorop. In 1996 ging de Hoge Raad echter om. In de zaak *Van den Biggelaar-Dohmen* overwoog de Hoge Raad dat hij deze problematiek 'moest' beoordelen tegen de achtergrond van het arrest dat het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) anderhalve maand eerder had gewezen in de zaak *Goodwin tegen het Verenigd Koninkrijk*. Na een samenvatting van dit arrest vervolgde de Hoge Raad:

Voormeld arrest van het EHRM heeft ten gevolge dat de Hoge Raad *moet* terugkomen van de in zijn arrest van 11 november 1977 [...] neergelegde opvatting [...].⁴

In lijn met de *Goodwin*-uitspraak oordeelde de Hoge Raad vervolgens dat de journalist in beginsel een verschoningsrecht toekomt, tenzij bijzondere omstandigheden de rechter nopen daarop een uitzondering te maken.

§ 1.2 Naar een onderwerp

5. Noch de executie van Angel Breard, noch het journalistieke verschoningsrecht vormt het onderwerp van dit preadvies. Het is de reactie van de nationale rechtsorde, bij monde van de nationale rechter, op uitspraken van de internationale rechter die ons hier intrigeert. Gaat het Amerikaanse *Supreme Court* schouderophalend voorbij aan de voorlopige voorziening van het IGII, de Nederlandse Hoge Raad neemt een bijzonder loyale houding in ten opzichte van de Straatsburgse jurisprudentie – de *Goodwin*-uitspraak vormde het *enige* argument van de Hoge Raad om van koers te veranderen. Zonder nu verder in te gaan op de merites van de beide zaken, kunnen wij constateren dat zij enkele fundamentele vragen aan de orde stellen.

Allereerst: welke positie neemt de internationale rechter in ten opzichte van de nationale rechter? De VS verzet zich tegen een '*universal supreme court of criminal appeals*', zetelend in het Vredespaleis. Is dat dan de ambitie van het Internationaal Gerechtshof? Het EHRM wordt wel verweten als 'vierde instantie' op te treden. Hoe reëel is dit verwijt?

Een andere voor de hand liggende vraag betreft de tenuitvoer-

4. HR, 10 mei 1996, *Nf* 1996, nr. 578, m.nt. EJD, r.o. 3.3 (curs. toegev.). De verwijzing betreft HR, 11 november 1977, *Nf* 1978, nr. 399, m.nt. WHH.

legging van internationale uitspraken. Hoe wordt een veroordeling geëffectueerd? Nauw verwant hiermee zijn de vragen welke rechtskracht deze uitspraken toekomt, en welke gevolgen voortvloeien uit de constatering dat een internationale verplichting is geschonden. De VS heeft zijn verontschuldigingen aangeboden aan Paraguay en maatregelen genomen om herhaling te voorkomen. Breard zelf kwam daar niet verder mee. Heeft (of had) Paraguay recht op *restitutio in integrum*, en brengt dat heropening van de strafzaak tegen Breard met zich mee? Gesteld dat het IGH tot die conclusie komt, hoe vindt dan de executie – van 's-Hofs uitspraak, wel te verstaan – plaats? De discussie die in Nederland ontstond naar aanleiding van het *Van Mechelen*-arrest laat zien dat dezelfde vragen zich ook onder het EVRM voordoen.

De 'receptie' van internationale uitspraken raakt ook de positie van derde staten. De VS en Paraguay zijn niet als enige partij bij het Weense Verdrag. Integendeel: thans zijn 160 staten tot ratificatie overgegaan.⁵ Wat betekent het oordeel van het Hof voor de 158 staten die niet bij dit geschil zijn betrokken? Zijn zij gebonden aan de uitleg die het Hof in *Paraguay-VS* geeft aan het Weense Verdrag? Het feit dat de Hoge Raad toepassing geeft – zegt te *moeten* geven – aan een EHRM-arrest dat tegen het Verenigd Koninkrijk is gewezen, suggereert dat derde landen dergelijke uitspraken niet naast zich kunnen neerleggen. Is de Nederlandse rechter inderdaad *verplicht* om de uitspraken van het EHRM op een dergelijke wijze te volgen? Zo ja, hoe ver reikt die verplichting en bestaat zij ook onder andere verdragen? Zo niet, welke verplichtingen vloeien dan wel voort uit de Straatsburgse jurisprudentie vis-à-vis derde landen?

Een laatste vraag: kan de nationale rechter adequaat inzicht krijgen in de juiste beantwoording van de volkenrechtelijke vragen die zich aan hem voordoen? Toen de HR een knoop moest doorhakken over het journalistieke verschoningsrecht, wilde het toeval dat hij kon beschikken over het *Goodwin*-arrest. Maar evenzo goed was het mogelijk geweest dat *Goodwin* enkele maanden later was gewezen. Of: *Goodwin* was gewezen, maar het EHRM had nagelaten een duidelijke regel te formuleren die zich voor een bredere toepassing leent.

5. Nederland ratificeerde het Verdrag op 17 december 1985. Zie voor de tekst van het verdrag *Trb.* 1965, nr. 40.

6. Pasklare antwoorden zal men tevergeefs zoeken in het EVRM. Hetzelfde geldt voor het Weense Verdrag. Praktisch alle verdragen blijken aan hetzelfde gebrek te lijden: de afwezigheid van een effectieve samenwerkingsprocedure tussen de nationale en de internationale rechter. Zo'n procedure is zeer wel denkbaar (de nationale rechter stelt een prejudiciële vraag aan de internationale rechter en handelt zijn zaak af met inachtneming van diens antwoord), maar buiten de Gemeenschappen en de Benelux treffen we haar vrijwel niet aan.⁶

Tegen deze achtergrond heeft het bestuur van de Nederlandse Juristen-Vereniging gemeend dit jaar de betekenis van de internationale rechtspleging voor de nationale rechtsorde centraal te moeten stellen. De keuze illustreert de toenemende invloed van de internationale rechter. In 1969 konden de preadviseurs Donner en Van der Hoeven nog schrijven over de vrijheid van meningsuiting, zonder ook maar een enkele 'Straatsburgse' uitspraak aan te halen. Scherp contrasteert dit met de – letterlijk – honderden verwijzingen die, slechts 14 jaar later, voorkomen in de preadviezen over artikel 6 EVRM.⁷

§ 1.3 Millennium-problemen

7. Het onderwerp voor dit preadvies is geformuleerd aan de vooravond van een nieuw millennium en lijkt mede daardoor te zijn ingegeven. Onze *fin de siècle* wordt immers gekarakteriseerd door grensoverschrijding. Bevoegdheden zijn overgedragen aan internationale organisaties; rechtsvorming vindt plaats in communautair en intergouvernementeel verband. De staat is daarmee niet langer het 'dwingend territoriaal en vanzelfsprekend kader van beslissingen', zo kon Buruma vorig jaar op deze plaats noteren.⁸ Hiermee is niet gezegd dat de grenzen *verdwijnen*: nog altijd vormt de natie-staat een belangrijk kader voor identificatie van de burger, en in Europa is nationalisme zeker sinds het begin

6. Slechts enkele op het HvJEG geïnspireerde regionale hoven waarmee Nederland niet snel in aanraking zal komen, zoals het EVA-Hof en het *Andean Court of Justice*, kennen een prejudiciële procedure. Zie H.G. Schermers & N.M. Blokker, *International Institutional Law* (derde druk, 1995), p. 424 en 434.

7. Zie de preadviezen van Van Dijk, Von Brucken Fock, Hirsch Ballin en Donnering over art. 6 EVRM, *Handelingen NJV* jrg. 113 (1983).

8. Y. Buruma, 'Internet en strafrecht', in *Handelingen NJV* jrg. 128 (1998-I), p. 130.

van de jaren '90 weer nadrukkelijk zichtbaar. Maar hoe hardnekkig het verschijnsel nationale soevereiniteit ook is, de realiteit is er een waarin nationale grenzen bij voortduring worden overschreden.⁹ Ook door de burger zelf trouwens, zo constateert Boeles:¹⁰ als toerist en als asielzoeker, en als gebruiker van de nieuwe informatie- en communicatietechnologieën. Bovens meent dat zich op dit laatste punt een fundamentele verandering voltrekt: de vorming van een digitale samenleving waarin het concept van de rechtsstaat nieuwe dimensies zal moeten verwerven.¹¹ Ook voor wie dit wat al te post-modern klinkt, zal duidelijk zijn dat de nieuwe technologieën de nationale overheid voor allerlei handhavingsproblemen (en -mogelijkheden) stellen.¹² Dat levert weer een nieuwe impuls voor internationale samenwerking.

8. Intussen zijn de concrete consequenties van dit alles voor de rechter, en daarmee voor dit preadvies, nog onduidelijk. De grens tussen nationaal en internationaal recht vervaagt, maar die conclusie baart meer opzien in een land met een dualistische rechtsorde dan bij ons.¹³ Het aantal uitspraken dat vanuit Luxemburg en Straatsburg tot ons komt, neemt gestaag toe – maar vooralsnog lijkt dat eerder een kwantitatief dan een kwalitatief verschil. De toegenomen mobiliteit leidt tot maatregelen zoals neergelegd in de Conventie van Dublin, waarbij de 'relatieve competentie' van de nationale autoriteiten nader wordt afgebakend¹⁴ – maar deze grensoverschrijdende distributie van

9. Zie over die spanning, vanuit verschillende invalshoeken, bijv. B. Knapen, *Nederland en omstreken – Opstellen over desoriëntatie en democratie* (1995); A. Marr, *Ruling Britannia – The Failure and Future of British Democracy* (1995), p. 209-229; A. van Staden (red.), *De nationale staat: onhoudbaar maar onmisbaar?* (1996); N. Schrijver, *Begrensde soevereiniteit – 350 jaar na de Vrede van Munster* (oratie VU A'dam), 1998.

10. P. Boeles, *De migratie en de jurist* (oratie Leiden), 1996.

11. M.A.P. Bovens, *De digitale rechtsstaat* (oratie Utrecht), 1998.

12. Daarover: WRR, *Staat zonder land* (rapport 54), 1998.

13. Zie nader over monisme en dualisme bijv. J.G. Brouwer, *Verdragsrecht in Nederland* (diss. Groningen, 1992); T. Buergenthal, 'Self-Executing and Non-Self-Executing Treaties in National and International Law', in *RdC* dl. 235 (1992), p. 303-400.

14. Dublin, 15 juni 1990, *Trb.* 1991, nr. 129. Kort gezegd wordt een asielverzoek dat reeds in één van de Verdragspartijen is ingediend, in beginsel niet meer door een andere Verdragspartij in behandeling genomen.

rechtsmacht heeft geen invloed op de taak van de nationale rechter als zodanig.

Daarmee is niet gezegd dat de huidige tafelschikking van nationale en internationale rechters in alle opzichten bevredigend is. Incidenten brengen soms aan het licht dat nieuwe vormen van internationale rechtspleging gewenst zijn. Waarom vormde de berechting van de Koerdische leider Öcalan nu juist een Italiaans probleem? Omdat hij in Rome werd gearresteerd? Zou een uitspraak over de mogelijke immuniteit van de Chileense oud-dictator Pinochet niet beter door een internationale rechter kunnen worden gedaan dan door de *House of Lords*? De creatie van een Internationaal Strafhof (zie nader § 2.4) zal slechts zeer ten dele een oplossing bieden in situaties als deze. Hier zou welbegrepen eigenbelang staten ertoe kunnen brengen de eigen soevereiniteit te beperken door de bevoegdheden van het toekomstige Strafhof uit te breiden of naast dit hof regionale strafhoven te creëren.

Een ander punt van zorg vormt het ontbreken van adequate democratische en rechterlijke controle op nieuwe inter- en supranationale besluitvormingsprocessen.¹⁵ Gezien de ruime bevoegdheden van de Europese Gemeenschappen/Unie en de veelheid aan beleidsterreinen waarmee zij zich bezighouden, is het begrijpelijk dat de aandacht zich juist hierop pleegt te richten. Maar de Gemeenschappen beschikken althans over een eigen Parlement (wat er ook zij van de omvang van zijn bevoegdheden), een eigen Hof en een uitgebreid stelsel van rechtsbescherming. Datzelfde kan niet worden gezegd van de talloze internationale organisaties die minder op de voorgrond treden maar even goed over zekere bevoegdheden beschikken. Niet in alle gevallen is overigens sprake van een duidelijke bevoegdheidsoverdracht aan een internationale organisatie in klassieke zin. Curtin spreekt in dit verband van '*Unidentified International Organisations*': inter-gouvernementele samenwerkingsverbanden, zoals het Uitvoerend Comité dat is opgezet onder de Asielconventie van Dublin, waarvan de volkenrechtelijke status onduidelijk is. Zij meent dat juist deze structuren een 'nieuwe generatie van problemen' opleveren voor het Europese stelsel ter

15. Zo ook D. Curtin, *Postnational Democracy – The European Union in Search of a Political Philosophy* (oratie Utrecht), 1997. Verg. E.M.H. Hirsch Ballin, 'Soevereiniteit in de Europese Unie', in *NJB* jrg. 72 (1997), p. 2005-2010.

bescherming van mensenrechten, omdat de toepasselijkheid van het EVRM op de activiteiten ervan niet is geregeld.¹⁶ Kernachtig vat Swart het samen: 'It may well be that, while international cooperation between law enforcement agencies lags behind the realities of international crime, in their turn democratic and judicial control lag behind the realities of international cooperation between enforcement agencies'.¹⁷

Opnieuw: wat betekent dit voor de (inter)nationale rechter? Er is wel gepleit voor toetreding van de Europese Gemeenschap tot het EVRM, maar dat is vooralsnog van de baan.¹⁸ Bovendien zou het slechts een *ad hoc*-oplossing zijn. Zou op termijn ook de Europese Unie, indien haar volmondig rechtspersoonlijkheid werd toegekend, tot het EVRM moeten toetreden? Zou de Gemeenschap dan partij moeten blijven? Dient soms ook Europol partij te worden bij het EVRM? Dat is geen begaanbaar pad. Desondanks ligt hier naar mijn mening wel degelijk een taak voor de rechter. Zolang een samenwerkingsverband niet beschikt over een eigen internationale rechtspersoonlijkheid, behoren de participerende staten ten volle aansprakelijk te zijn voor hun optreden in dat kader. Geen *corporate veil* staat in de weg aan een procedure voor de nationale rechter tegen een individuele staat in verband met zijn rol in het samenwerkingsverband, of aan bv. een Straatsburgse procedure tegen de betrokken staten gezamenlijk. Voor handelingen van de Gemeenschap (en van andere internationale organisaties met rechtspersoonlijkheid) geldt, zolang deze niet tot het EVRM is toegetreden, dat de lidstaten gezamenlijk ter verantwoording moeten kunnen worden geroepen voor het Europees Hof voor de Rechten van de Mens. Ten opzichte van de overige Verdragspartijen hebben zij zich niet

16. D. Curtin, 'Criminal Justice, Unidentified International Organisations and Human Rights Protection in Europe', in Brants e.a. (red.), *Er is meer* (1996), p. 63-76. Zo ook A.H. Klip, 'The Decrease of Protection under Human Rights Treaties in International Criminal Law', in *IRPL* jrg. 68 (1997), p. 292-310; verg. ook diens 'Amsterdams Uniestrafrecht', in *NJB* jrg. 73 (1998), p. 811-816.

17. B. Swart, 'Cops Across Borders, Witnesses in Court?', in Bulterman, Hendriks & Smith (red.), *To Baehr in Our Minds* (1998), p. 390.

18. In 1996 oordeelde het Hof van Justitie dat toetreding bij de huidige stand van het recht niet verenigbaar zou zijn met het EG-verdrag: HvJEG, Advies 2/94 (*Toetreding van de Gemeenschap tot het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden*), Jur. 1996, p. I-1759. Het Verdrag van Amsterdam heeft hierin geen verandering gebracht.

kunnen bevrijden van hun verplichtingen onder het EVRM door bevoegdheden over te dragen aan de Gemeenschap; zij kunnen zich niet verschuilen achter de internationale rechtspersoonlijkheid en supranationale karakteristieken die zij in vrijheid aan de Gemeenschappen hebben meegegeven. Ik laat het bij deze stelling; in dit preadvies ontbreekt de ruimte om haar nader te onderbouwen.¹⁹

§ 1.4 Afbakening en opbouw

9. Al met al is gekozen voor een enigszins pragmatische benadering. Geen federatieve visioenen waarin de nationale rechter als *juge de droit international* met allerlei nieuwe verantwoordelijkheden wordt belast. In plaats daarvan is het geldend recht tot uitgangspunt gekozen, in de wetenschap dat de rechter ook nu al 'meer dan één pet' draagt.²⁰ Hoe is het met de bestaande internationale rechtspleging gesteld? Welke betekenis komt in de huidige Nederlandse rechtsorde toe aan de uitspraken van de internationale rechter? Kan het beter?

Inmiddels zal duidelijk zijn dat niet de betekenis van het internationale *recht* voor de nationale rechtsorde hier centraal staat, maar die van de internationale *rechter*. De invloed van het internationale recht is inmiddels ook zo ingrijpend en veelzijdig, dat hij zich onmogelijk in een enkel preadvies zou laten vatten. Niet voor niets laat vrijwel geen zichzelf respecterende rechtenfaculteit na om haar studenten reeds in het eerste studiejaar een zelfstandig vak internationaal en/of Europees recht aan te bieden, zodat de jurist in spe van het begin af aan vertrouwd kan raken met de internationale dimensies van onze rechtsorde.

Hier richten wij ons dus op de positie van de internationale rechter. En dan nog zijn keuzes, bij een onbegrensd onderwerp als het onderhavige, onvermijdelijk. De term rechter wordt dan ook strikt opgevat: permanente rechterlijke organen (d.w.z. niet op *ad hoc*-basis opgericht) die op basis van het recht bindende uitspraken doen. Slechts voor een drietal quasi-judiciële VN-organen is hier een uitzondering gemaakt, ingegeven door hun in-

19. Tot mijn vreugde kan ik de lezer verwijzen naar mijn eerder dit jaar verschenen dissertatie *Het EVRM en de Europese Gemeenschappen – Bouwstenen voor een aansprakelijkheidsregime voor het optreden van internationale organisaties*.

20. Aldus de Hoge Raad, *Toelichting op de jaarcijfers 1995 en 1996*, p. 14.

vloed op de Nederlandse rechtsorde. Rapportage-verplichtingen (onder het ESH, het IVBPR en andere VN-mensenrechten-verdragen) blijven buiten beschouwing, ook al kan de bespreking van deze rapporten leiden tot een zeer nuttige interactie tussen de staat en het toezichthoudende orgaan. Evenmin besproken is het splinternieuwe klachtrecht onder het ESH, waarvan sinds 1 juli 1998 werkgevers, vakbonden en sommige NGO's gebruik kunnen maken. Vooralsnog hebben zeven landen dit klachtrecht erkend; Nederland is nog niet zo ver. Ook aan klachtprocedures binnen bv. de Wereld Handelsorganisatie en de Internationale Arbeidsorganisatie ben ik voorbij gegaan. Dat geldt ook voor het Iran-US Mixed Claims Tribunal en de Tribunaal inzake het voormalige Joegoslavië en Rwanda (*ad hoc*-rechters) alsmede het 'Lockerbie Strafhof' (een buitenlandse, geen internationale rechter). Zelfs de eerbiedwaardige Rijnvaartcommissie, onder wier vleugels een interessant samenspel van (nationale) Rijnvaartrechtbanken en (supranationale) Kamer van Beroep tot stand is gebracht, moest buiten de boot vallen.²¹ Aldus is getracht enig recht te doen aan de jaarrede van NJV-voorzitter Lokin in 1998: '*non multa sed multum!*' was het devies. De prijs die wij daarvoor betalen is dat hier geen alomvattend overzicht kan worden geboden van 'de' betekenis van 'de' internationale rechter.

Op onze zoektocht passeren wij het werkelijke hooggebergte, de Gemeenschappen, met een eerbiedige hoog; de lezer zij verwezen naar het preadvies van mr A.W.H. Meij. Toch voert ons pad ons door een niet onaantrekkelijk heuvellandschap; het is zo gekozen dat we regelmatig op Straatsburg uitkijken. Deze route is niet alleen ingegeven door de voorliefde van uw gids, maar ook door de praktische relevantie van de jurisprudentie van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens. Daar komt bij dat zich, met de inwerkingtreding van het Elfde Protocol bij het EVRM per 1 november 1998, ingrijpende veranderingen hebben voorgedaan in de klachtprocedure onder het EVRM. Nu

21. Zie W.E. Haak, 'Experience in the Netherlands Regarding the Case-Law of the Chamber of Appeal of the Central Commission for Navigation on the Rhine', in *NYIL* jrg. 19 (1988), p. 3-51; A. Bos, 'Reflections on the Provisions of the Act of Mannheim Enshrining the Right of Complaint to the Central Commission for the Navigation of the Rhine', in Blokter & Muller (red.), *Towards More Effective Supervision by International Organizations* [Essays in Honour of H.G. Schermers, dl. I] (1994), p. 205-215.

klagers zich rechtstreeks tot het Straatsburgse Hof kunnen wenden, ligt het voor de hand te veronderstellen dat dit Hof zich meer nog dan voorheen zal uitspreken over de mate waarin de Nederlandse rechtsorde verenigbaar is met het EVRM. Toch zal ik trachten voorbij te gaan aan de *materiële* betekenis van de Straatsburgse jurisprudentie voor ons straf(proces) recht, personen- en familierecht, vreemdelingenrecht en bestuursprocesrecht – om maar enkele rechtsterreinen te noemen die diepgaand zijn beïnvloed door de uitspraken van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens. De 40 pagina's die mij waren toebedeeld ga ik toch al overschrijden; bovendien is deze informatie ook elders te vinden.²²

10. Het preadvies is als volgt opgebouwd. Het lijkt nuttig om allereerst stil te staan bij de vraag wie 'de internationale rechter' nu eigenlijk is. Om welke tribunalen gaat het; hoe zijn zij ingericht; over welke bevoegdheden beschikken zij? Hebben zij zich rechtstreeks tot Nederland gericht? Hoofdstuk 2 geeft aldus een schets van een aantal internationale rechters. Achtereenvolgens komen aan de orde: het Internationaal Gerechtshof, het Europees Hof voor de Rechten van de Mens, een drietal VN-organen op het terrein van de mensenrechten en het toekomstige internationale Strafhof. Wie vertrouwd is met deze organen, zal dit hoofdstuk allicht overslaan.

De taakopvatting van de internationale rechter – zijn verhouding tot de nationale autoriteiten – komt aan bod in hoofdstuk 3. Het daarop aansluitende hoofdstuk exploreert enkele mogelijkheden van de nationale rechter zich een oordeel te vormen over volkenrechtelijke vragen. In hoofdstuk 5 bespreek ik de rechtsgevolgen van internationale uitspraken, zowel vis-à-vis de procespartijen als tegenover derde staten, en het internationale toezicht op de tenuitvoerlegging van deze uitspraken. Hoofdstuk 6 gaat specifiek over de Nederlandse rechtsorde: welke betekenis komt de internationale rechtspraak hier te lande toe?

22. Zie m.n. de preadviezen van Alkema, Groen, Wattel en Naeyé over de reikwijdte van fundamentele rechten, *Handelingen NJV* jrg. 125 (1995). Zie voorts bijv. E.A. Alkema, *Toepassing van de ECRM in Nederland* (preadvies voor de Ver. voor de verg. studie van het recht van België en Nederland, 1985) [hierna aangehaald als Alkema (1985)], alsmede de bundels *40 en 45 jaar EVRM* (speciale afleveringen van het *NJCM-Bulletin/Nederlands Tijdschrift voor de Mensenrechten*, 1990 en 1996), alle met uitgebreide literatuurverwijzingen.

Welk instrumentarium heeft onze rechtsorde voor de 'receptie' van internationale uitspraken? In hoofdstuk 7 sta ik kort stil bij het omgekeerde proces: welke invloed oefent nationale jurisprudentie uit op de rechtsvinding van de internationale rechter? Enkele conclusies (hoofdstuk 8) vormen het sluitstuk.

EEN EERSTE BLIK OP ENKELE INTERNATIONALE RECHTERS

§ 2.1 Het Internationaal Gerechtshof

2.1.1 Inrichting en bevoegdheden

11. Het Internationaal Gerechtshof (IGH), dat zetelt in Den Haag, bestaat uit vijftien rechters. Bij de samenstelling van het Hof wordt gestreefd naar een dusdanige herkomst van de leden, zo bepaalt artikel 9 Statuut IGH, dat 'de belangrijkste vormen der beschaving en van de voornaamste rechtsstelsels van de wereld' in het Hof zijn vertegenwoordigd. De rechters moeten een hoog zedelijk aanzien genieten en bevoegd zijn de hoogste functies bij de rechterlijke macht uit te oefenen, ofwel volkenrechtsgeleerden zijn van erkende bekwaamheid. Een staat mag een rechter *ad hoc* aanwijzen indien hij als partij voor het Hof verschijnt terwijl hij geen onderdaan onder de rechters heeft. De rechters zijn – uiteraard – onafhankelijk. Zij worden voor een periode van negen jaar gekozen door de Algemene Vergadering en Veiligheidsraad en zijn herkiesbaar. Kandidaten worden voorgedragen door de nationale groepen binnen het Permanente Hof van Arbitrage. In 1996 werd de Leidse hoogleraar volkenrecht en oud-minister van Buitenlandse Zaken, P.H. Kooijmans, als eerste Nederlander tot rechter in het Hof benoemd. De hoogleraren J. Offerhaus (Universiteit van Amsterdam, IPR) en W. Riphagen (Erasmus universiteit, volkenrecht) waren hem als *ad hoc*-rechter voorgegaan.

Het IGH is het voornaamste gerechtelijke orgaan van de Verenigde Naties. Het kan desgevraagd juridische adviezen uitbrengen aan de Algemene Vergadering en de Veiligheidsraad.¹ De meest in het oog springende functie van het Hof is echter het

1. Ook andere VN-organen en gespecialiseerde organisaties kunnen, als zij daartoe zijn gemachtigd door de AVVN, het Hof om advies vragen. Zie bijv. de twee adviezen van 8 juli 1996 over de rechtmatigheid van het gebruik van of het dreigen met kernwapens, besproken door C. Flinterman in *NJB jrg. 71* (1996), p. 1153-1156. Zie voor een uitstekend overzicht van de activiteiten van het IGH S. Rosenne, *The World Court – What it is and how it works* (vijfde druk, 1995).

beslechten van geschillen tussen staten. Alle lidstaten van de VN zijn *ipso facto* partij bij het Statuut van het Hof,² al wil dat niet zeggen dat zij verplicht zijn hun geschillen aan het Hof voor te leggen. Staten die in een concreet geschil zijn verwickeld, kunnen bij bijzondere overeenkomst (*compromis*) besluiten dit geschil voor te leggen aan het Hof. Sommige verdragen bevatten een clause op grond waarvan het Hof bij voorbaat bevoegd is kennis te nemen van geschillen over de toepassing ervan (zie bv. artikel IX van de Genocide Conventie). Staten kunnen ook op voorhand verklaren dat zij de rechtsmacht van het Hof als verplicht aanvaarden (artikel 36 lid 2 Statuut IGH). Nederland heeft een dergelijke verklaring in 1946 afgelegd; het bevindt zich daarmee in een gezelschap van 61 staten (ruwweg een derde van het aantal VN-lidstaten).

12. Indien een zaak aanhangig wordt gemaakt, is het Hof op basis van artikel 41 Statuut bevoegd voorlopige maatregelen te treffen. In de zaak *Paraguay-VS*, waarmee dit preadvies opende, maakte het Hof gebruik van deze bevoegdheid. De opvattingen lopen uiteen over de vraag of de *Order* waarbij een voorlopige voorziening wordt getroffen, bindend is.³ In de praktijk zijn deze *Orders* meer dan eens genegeerd, zonder dat dit tot repercussies leidde. De bindende kracht van het uiteindelijke vonnis staat niet ter discussie; het is niet vatbaar voor beroep (artikel 60 Statuut). Deze bindende kracht beperkt zich overigens tot de partijen bij de zaak en betreft uitsluitend die zaak zelf (artikel 59 Statuut). Het Hof is formeel dus niet gebonden aan zijn eigen precedents.

De uitspraken van het Hof plegen uitvoerig te worden gemotiveerd. In het dictum wordt de stemverhouding vermeld; rechters kunnen hun persoonlijke inzichten neerleggen in een *separate* of *dissenting opinion* – die niet zelden in uitvoerigheid wedijvert met de uitspraak zelf.

Sinds zijn inauguratie in 1946 zijn 77 contentieuze zaken aan

2. Ook niet-lidstaten kunnen partij worden bij het Statuut, een mogelijkheid waarvan o.a. Zwitserland gebruik heeft gemaakt.

3. Zie bijv. H. Mosler, 'Article 94', in Simma (red.), *The Charter of the United Nations – A Commentary* (1994), p. 1004; J.C. Merrills, 'Interim Measures of Protection in the Recent Jurisprudence of the ICJ', in *ICLQ* jrg. 44 (1995), p. 90-146; E. Szabó, 'Provisional Measures in the World Court: Binding or Bound to be Ineffective?', in *LJIL* jrg. 10 (1997), p. 475-489.

het Hof voorgelegd; 23 maal werd verzocht om een advies. Er zijn perioden geweest waarin de staten de weg naar het Hof niet vonden. In de eerste drie jaar van zijn ambtstermijn, 1976-1979, heeft de Japanse rechter Oda zijn toga welgeteld eenmaal gedragen in de *Great Hall of Justice*; toen hij werd ingezworen.⁴ Vanaf de tweede helft van de jaren '80 is er echter weer een zekere toename in het aantal aanhangige zaken, die onder meer samenhangt met het einde van de Koude Oorlog. Kooijmans heeft er daarnaast op gewezen dat het aantal uitspraken weliswaar gering is, maar dat de jurisprudentie van het Hof toch een bijzonder grote betekenis heeft als kenbron van het internationale recht. De rol van het IGH als uitlegger en daarmee ook vormgever van het internationale recht is belangrijker geweest dan die als geschillenbeslechter, aldus Kooijmans.⁵

13. Een voor dit preadvies interessante zaak komt voort uit een serie rechtszaken tegen D.P. Kumaraswamy. De Maleisische jurist Kumaraswamy werd in 1994 door de VN benoemd tot Speciaal Rapporteur inzake de onafhankelijkheid van rechters en advocaten. In 1995 gaf hij in een Brits blad desgevraagd commentaar op enkele wonderlijk verlopen procedures in Maleisië. Zijn (op het oog nogal onschuldige) uitspraken brachten vier bedrijven ertoe hem van smaad te betichten. Voor de civiele rechter van Kuala Lumpur eisten zij 88 miljoen dollar aan schadevergoeding! De Secretaris-Generaal (SG) van de VN intervenieerde en gaf te kennen dat Kumaraswamy de betreffende uitspraken had gedaan in de uitoefening van zijn functie en dat hij derhalve aanspraak maakte op immuniteit. De SG verzocht de Maleisische regering voor beëindiging van de procedure tegen Kumaraswamy te zorgen. Interessant is dat de VN hier een regering oproept het optreden van de rechter te beïnvloeden – juist gezien het mandaat van Kumaraswamy een pikant gegeven. Hoe dat ook zij: de regering liet de beslissing in wezen aan de rechter, en deze wees het beroep op immuniteit van de hand. Nadat onderhandelingen tussen de SG en de Maleisische regering op niets

4. S. Oda, 'Comments', in Bowett e.a., *The ICJ – Process, Practice and Procedure* (1997), p. 94.

5. P.H. Kooijmans, *Internationaal publiekrecht in vogelvlucht* (zevende druk, 1997), p. 141.

waren uitgelopen, werd een advies aan het Internationaal Gerechtshof gevraagd.⁶ Zo stuit het IGH, hoewel het primair is belast met het beslechten van geschillen *tussen* staten, soms op constitutionele verhoudingen *binnen* een staat. Dat bleek overigens al wel uit de obstakels die de interne scheiding van machten en de federale structuur van de VS in de zaak *Breard* opwierpen.

2.1.2 *Het IGH en Nederland*

14. Nederland is partij geweest bij drie zaken voor het Hof. De eerste betrof – men zou het niet snel verwachten – een voogdij-geschil. Een Nederlander en een Zweedse vestigden zich na hun huwelijk in Zweden. Uit het huwelijk werd een dochter geboren, Marie Elisabeth Boll, die de Nederlandse nationaliteit verkreeg. Na de dood van de moeder werd de vader tot voogd benoemd. Later stelde de Nederlandse kinderrechter, met instemming van de vader, een vrouw aan als voogdes en beval hij dat Marietje aan de in Nederland woonachtige voogdes werd overgedragen. Inmiddels had de Zweedse kinderbescherming zich echter over Marietje ontfermd; de Zweedse autoriteiten weigerden haar te laten vertrekken naar Nederland. Een procedure tot aan de hoogste Zweedse rechter bracht daarin geen verandering. In 1957 legde Nederland de zaak voor aan het IGH, op basis van de Haagse Voogdij-conventie van 1902. Deze Conventie schrijft voor dat de voogdij over het kind wordt bepaald door het land van nationaliteit. Nederland meende dan ook dat Zweden de Conventie schond door zich niet te conformeren aan het oordeel van de bevoegde Nederlandse kinderrechter. Het Hof oordeelde echter, met twaalf stemmen tegen vier, dat de Conventie zich niet verzette tegen het nemen van maatregelen in het kader van de kinderbescherming; Zweden was dan ook niet verplicht Marietje te laten vertrekken.⁷

Ook de tweede zaak ging voor Nederland verloren. In 1957 vroegen Nederland en België het Hof zich uit te spreken over de

6. ICJ, *Difference relating to immunity from legal process of a Special Rapporteur of the Commission on Human Rights*. De zaak is door ECOSOC voorgelegd op 5 augustus 1998; de uitspraak wordt in april 1999 verwacht. Bijzonder is dat het 'advies' een *bindend* karakter zal hebben; afhankelijk van de uitkomst kan Maleisië dus gehouden zijn maatregelen te treffen om ervoor te zorgen dat de nationale rechter het advies naleeft.

7. IGH, 28 november 1958, *ICJ Rep.* 1958, p. 55.

grensafbakening tussen Baarle-Hertog en Baarle-Nassau. Het was een curieuze zaak – niet alleen omdat de inzet van het geschil werd gevormd door een paar lapjes grond met een totale oppervlakte van slechts 14 hectare, maar ook door de schimmige juridische situatie. Twee grensverdragen uit 1841 en 1843 spraken elkaar tegen; de mogelijke verklaring hiervoor moest worden gezocht in een document dat zelf onvindbaar was. Het Hof hakte uiteindelijk de knoop maar door en besliste met tien stemmen tegen vier dat de gebieden aan België toebehoorden.⁸

Wat opvalt is dat er in de algemene juridische literatuur van die tijd met geen woord wordt gerept over deze twee beslissingen. Het *NJB*, de *NJ*, *Ars Aequi*, *RM Themis*: niets. Een – voor de hand liggende – uitzondering wordt gevormd door het *Nederlands Tijdschrift voor Internationaal Recht*. Daarin schreef Verzijl niet onder de indruk te zijn van de gang van zaken bij Nederland-België; hij meende dat het Hof dit grensconflict evengoed met de dobbelsteen had kunnen beslechten.⁹

De derde zaak betrof eveneens een grensgeschil, maar nu één waarbij grote economische belangen op het spel stonden: de afbakening van het continentaal plat in de Noordzee. In 1967 verzochten Denemarken, Duitsland en Nederland het Hof om aan te geven aan de hand van welke beginselen de onderlinge verdeling van het betreffende gebied moest plaatsvinden. In 1969 gaf het Hof het gevraagde oordeel, waarna de drie staten onderling een afbakening overeen kwamen.¹⁰

§ 2.2 Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens

2.2.1 Inrichting en bevoegdheden

15. 'The European Court of Human Rights enjoyed a busy year in 1976 and delivered judgment in five cases', zo schreef een commentator destijds kennelijk zonder enige ironie.¹¹ Tien jaar later, in 1986, deed het Hof uitspraak in zeventien gevallen. In

8. IGH, 20 juni 1959, *ICJ Rep.* 1959, p. 206.

9. J.H.W. Verzijl, 'The ICJ in 1959', in *NTIR* jrg. 7 (1960), p. 15. Zie m.b.t. de eerste zaak: R.D. Kollwijn, 'Het Haagse Voogdijverdrag voor het Internationale Hof van Justitie', in *NTIR* jrg. 6 (1959), p. 311-335.

10. IGH, 20 februari 1969, *ICJ Rep.* 1969, p. 3. Over de uitspraak schreef A.J.P. Tammes in *NJB* jrg. 44 (1969), p. 317-323.

11. J. Andrews, 'Council of Europe', in *ELR* jrg. 2 (1977), p. 154.

1996 was dat aantal toegenomen tot 72. In dezelfde periode steeg het aantal nieuw-geregistreerde klachten van 427 via 706 naar 4758. De snel oplopende werkdruk heeft, zoals de lezer bekend zal zijn, geleid tot een ingrijpende hervorming van de procedure in Straatsburg. Op 1 november 1998 is het Elfde Protocol bij het EVRM in werking getreden; het vertrouwde tandem van Europese Commissie en Europees Hof voor de Rechten van de Mens heeft plaats gemaakt voor *a single Court*. Een uitgebreide beschrijving van het nieuwe Europees Hof voor de Rechten van de Mens lijkt niettemin overbodig; ik licht er enkele facetten uit.¹²

De omvang van het nieuwe Hof wordt bepaald door het aantal Verdragspartijen (op dit moment zijn dat er 40) en kan dus veranderen. De oude regel dat er van iedere nationaliteit slechts één rechter zitting mag hebben in het Hof, is komen te vervallen; het nieuwe Hof heeft bijvoorbeeld twee Italiaanse rechters (van wie één voor San Marino is gekozen). De eisen die aan de rechters worden gesteld, vertonen sterke gelijkenis met die van het IGH. De Straatsburgse rechters worden benoemd voor een periode van zes jaar en zijn herkiesbaar. Zij worden gekozen door de Parlementaire Vergadering van de Raad van Europa uit een lijst van drie kandidaten, voorgedragen door de desbetreffende Verdragspartij. In het nieuwe Hof is W.M.E. Thomassen (voormalig vice-president van het Hof Den Haag) tot rechter benoemd. In het 'oude' Hof zijn achtereenvolgens F.M. van Asbeck (in het dagelijks leven o.a. hoogleraar volkenrecht te Leiden), G.J. Wiarda (Hoge Raad), A.M. Donner (EG-Hof van Justitie), S.K. Martens (Hoge Raad) en P. van Dijk (Raad van State) haar voorgedaan.

16. Met de inwerkingtreding van het Elfde Protocol is de rechtsmacht van het EHRM door alle Verdragspartijen *de jure* aanvaard. Deze rechtsmacht strekt zich uit tot alle vraagstukken betreffende de interpretatie of toepassing van het EVRM en de bijbehorende Protocollen (artikel 32 in de nieuwe nummering van het EVRM).

12. Zie iets uitgebreider mijn 'Een nieuw Europees Hof voor de Rechten van de Mens', in *NJB* jrg. 73 (1998), p. 1903-1907. Zie over het 'materiële EVRM-recht' P. van Dijk & G.J. van Hoof, *The European Convention in Theory and Practice* (derde druk, 1998).

Ook onder het nieuwe regime kan het Hof in theorie op drieërlei wijze worden geadieerd. In de praktijk is het individuele klachtrecht (artikel 34) van het grootste belang. Ook staten kunnen klagen over schendingen van het EVRM door andere Verdragspartijen (artikel 33). Het Comité van Ministers is bevoegd het Hof om advies te vragen (artikel 47), maar is daar nog nooit toe over gegaan. Nog altijd is er geen onafhankelijke 'hoedster van het Verdrag' die, zoals de Europese Commissie op basis van artikel 169 EG-Verdrag¹³, zelfstandig zaken bij het Hof kan aanbrengen.

De nieuwe Straatsburgse procedure staat beschreven in de artikelen 28 e.v. EVRM. Van procedureel en principieel belang is dat de individuele klager en de verwerende staat op voet van gelijkheid staan; zij zijn beide 'partij' bij de zaak voor het Hof en beschikken over identieke processuele mogelijkheden. Klachten worden in beginsel eerst voorgelegd aan een *Comité van drie rechters*. Dit comité kan bij unanimité besluiten een klacht niet-ontvankelijk te verklaren. Komt het niet tot een dergelijke (definitieve) beslissing, dan wordt de klacht voorgelegd aan een *Kamer van zeven rechters*. De 'nationale' rechter maakt *ex officio* deel uit van de Kamer. Verklaart de Kamer de klacht ontvankelijk en komt het niet tot een minnelijke schikking tussen de partijen, dan velt zij een oordeel over de merites. Indien de zaak aanleiding geeft tot een 'ernstige vraag' betreffende de interpretatie van het EVRM, dan kan de Kamer afstand van rechtsmacht doen ten gunste van een *Grote Kamer* die uit zeventien rechters bestaat. Afstand van rechtsmacht is ook mogelijk indien de Kamer reden ziet af te wijken van bestaande jurisprudentie.

Over de interne beroepsprocedure (partijen kunnen in uitzonderlijke gevallen een zaak verwijzen naar de Grote Kamer *nadat* de Kamer uitspraak heeft gedaan) is al het nodige geschreven. Ik volsta met de opmerking dat de procedure enige curieuze trekjes heeft (de president van de betreffende Kamer en de nationale rechter zullen dan zitting hebben in de Grote Kamer, teneinde met hun collega's over de wijsheid van hun eigen uitspraak te oordelen), terwijl wij zullen moeten afwachten of het gezag van het Hof er niet onder lijdt indien de Grote Kamer herhaaldelijk tot andere inzichten komt dan de Kamers.

13. Art. 226 EG-verdrag in de geconsolideerde versie zoals deze na inwerking-treding van het Verdrag van Amsterdam komt te luiden.

De einduitspraak van het Hof is bindend. Op grond van artikel 41 (het vertrouwde artikel 50 in de oude nummering van het EVRM) kan het Hof een billijke genoegdoening toekennen aan de benadeelde. Net als bij het IGH wordt in het dictum de stemverhouding vermeld en staat het iedere rechter vrij zijn persoonlijke mening neer te leggen in een *concurring* of *dissenting opinion*. Het Comité van Ministers ziet toe op de tenuitvoerlegging van de einduitspraken van het Hof (artikel 46 lid 2). Bij de onderhandelingen over het Elfde Protocol heeft men het onderwerp van de voorlopige maatregelen laten rusten. Zodoende zwijgt het EVRM hierover; alleen de *Rules of Court* vermelden dat het Hof voorlopige maatregelen kan 'aangeven' (in de Engelse versie: 'may indicate provisional measures'). In het arrest *Cruz Varas* oordeelde het Hof, met een nipte meerderheid, dat dergelijke maatregelen geen bindend karakter hebben.¹⁴

Op het moment van schrijven heeft het nieuwe Hof nog geen arresten gewezen. De eerste ontvankelijkheidsbeslissingen lijken er echter op te wijzen dat het nieuwe Hof de bestaande Straatsburgse jurisprudentie (in beginsel) zal volgen.¹⁵

2.2.2 Het EHRM en Nederland

17. Het aanvankelijke vertrouwen van de Nederlandse regering dat de vaderlandse rechtspraktijk geheel in overeenstemming was met het EVRM,¹⁶ is misplaatst gebleken. In de periode voor inwerkingtreding van het Elfde Protocol heeft het (oude) Hof zo'n 30 maal geconstateerd dat Nederland het EVRM had geschonden. Gezien de bekendheid die de 'Nederlandse' arresten van het Hof hier te lande genieten, beperk ik mij hier tot een verwijzing naar de bijlage.¹⁷ Minnelijke schikkingen en zaken

14. EHRM, 20 maart 1991, *Cruz Varas – Zweden* (A-201, NJ 1995, nr. 742, m.nt. FAA), r.o. 102.

15. Zie bijv. EHRM, 17 november 1998, *Perez – Nederland* (Appl. No. 34328/96, n.n.g., NJB 1999, nr. 3), met talrijke verwijzingen naar uitspraken van het oude Hof en van de Commissie.

16. Zie Y.S. Klerk & L. van Poelgeest, 'Ratificatie à contrecoeur: de reserves van de Nederlandse regering jegens het EVRM en het individueel klachtrecht', in *RM Themis* jrg. 152 (1991), p. 220-246.

17. Zie ook C.C. Engering & N.A. Liborang, 'Judgments of the European Court of Human Rights against the Netherlands and their Effects: An Overview 1960-1997', in Barkhuysen, Van Emmerik & Van Kempen (red.), *The Execution of Strasbourg and Geneva Human Rights Decisions in the National Legal Order* (1999) [hierna aangehaald als *The Execution*], p. 29-61.

waarin het Comité van Ministers (op basis van het rapport van de Commissie) tot schending van het EVRM concludeerde, zijn hier nog buiten beschouwing gelaten.

2.2.3 Een profielschets van het EVRM

18. We mogen hier niet stilzwijgend voorbij gaan aan het bijzondere karakter van het EVRM en de ontwikkeling die het verdrag in de afgelopen 50 jaar heeft doorgemaakt, al is het onmogelijk om daar in dit bestek werkelijk recht aan te doen.

Aanvankelijk moest van het EVRM vooral een politiek signaal uitgaan: terwijl de Verenigde Naties zich, althans in eerste instantie, beperkten tot aanvaarding van de niet-bindende Universele Verklaring van de Rechten van de Mens, waren de West-Europese landen bereid verdragsverplichtingen aan te gaan. Met nadruk spreekt de preambule van 'de collectieve handhaving van sommige der in de Universele Verklaring vermelde rechten'. Inderdaad komt uit het EVRM naar voren dat de naleving van de mensenrechten een gezamenlijke verantwoordelijkheid vormt. Zo kan iedere Verdragspartij een klacht indienen over iedere schending, waar ook door een andere Verdragspartij begaan; is het Comité van Ministers, waarin alle lidstaten zitting hebben, belast met het toezicht op de naleving van de arresten van het Hof; spreekt het Hof zelf van staten die optreden 'in the pursuit of the interests of the Convention community as a whole'.¹⁸

Haaks hierop staat de onwil van de Verdragspartijen om daadwerkelijk over te gaan tot het indienen van klachten. Hoewel het statenklachtrecht in het verleden wel is uitgeoefend, onder andere door Nederland,¹⁹ lijkt het tegenwoordig geen rol van betekenis meer te spelen. Die situatie versterkt zichzelf: terwijl de ontvankelijkheidsdrempel bij statenklachten lager is, wordt de psychologische drempel om een klacht in te dienen hoger en hoger. Dat valt te betreuren, want er zijn zeker aanleidingen te vinden. Met name waar systematische schendingen van mensenrechten zouden voorkomen, heeft een statenklacht een duidelijke meerwaarde: het Hof wordt in de gelegenheid gesteld een

18. Zie bijv. EHRM, 28 juli 1998, *Loizidou – Turkije* (art. 50) (n.n.g.), r.o. 48.

19. In 1967 en 1970 dienden Nederland en drie Scandinavische landen een klacht in tegen Griekenland; in 1982 klaagden dezelfde landen samen met Frankrijk tegen Turkije.

grondig onderzoek uit te voeren naar het bestaan van een *administrative practice* die het individuele geval ontstijgt.²⁰ Tegelijkertijd moet worden vastgesteld dat 'Straatsburg' niet in staat is geweest een doorbraak te forceren in verschillende ernstige conflictsituaties (Noord-Ierland, Cyprus, Turkije) die het wel kreeg voorgelegd.²¹

Het Hof heeft zich in ieder geval bewezen bij het opsporen van weeffoutjes en -fouten in de rechtsorden van overigens goed functionerende rechtsstaten. Dat het Hof hieraan is toegekomen is te danken aan de 'waakzame burger', die ook voor de effectieve naleving van het Gemeenschapsrecht zo'n belangrijke rol speelt.²² De gang naar Straatsburg werd aanvankelijk meer gezien als een uitzonderlijke stap die de aandacht moest vestigen op de kiemen van een totalitair regime dan als een normaal onderdeel van de rechtsstrijd. Die tijd ligt ver achter ons. Het EVRM is alledaagser geworden en dat uit zich zowel in de aard van de klachten als in het aantal zaken dat in Straatsburg aanhangig wordt gemaakt. Een vergelijking met de *Champions League* dringt zich op: elke woensdagavond wordt er wel weer een handvol Europese voetbalwedstrijden gespeeld. Wie heeft überhaupt kennis genomen van het arrest *K.D.B.-Nederland*, waarin het Hof unaniem een schending van het recht op een eerlijk proces constateerde? Uitzonderingen daargelaten is een Straatsburgs arrest – of het nu tegen Nederland wordt gewezen of niet – niet langer nieuws, laat staan voorpagina-nieuws. De inwerkingtreding van het Elfde Protocol zal dat effect versterken. In die zin is de door

20. Zie bijv. de enige statenklacht die tot nu toe voor het Hof is gekomen: EHRM, 18 januari 1978, *Ierland – VK* (A-25). Het Hof komt thans regelmatig in een ongemakkelijke positie doordat individuele klagers stellen dat zich systematische schendingen voordoen. Zie bijv. EHRM, 25 mei 1998, *Kurt – Turkije* (n.o.g., *NJB* 1998, nr. 25), n.o. 108, 169 en zie de *dissenting opinion* van rechter Pettiti.

21. Verg. M.T. Kamminga, 'Is the European Convention on Human Rights Sufficiently Equipped to Cope with Gross and Systematic Violations?', in *NQHR* jrg. 12 (1994), p. 153-164.

22. De term is ontleend aan IIvJEG, 5 februari 1963, *Van Gend & Loos* (zaak 26-62), Jur. 1963, p. 25: 'dat de waakzaamheid der belanghebbenden op de verzekering van hun rechten een doelmatige controle verschaft, die zich paart aan het toezicht dat de artikelen 169 en 170 aan de Commissie en de Lid-Staten opdragen'.

sommigen gevreesde 'banalisering' van de mensenrechten reeds een feit.²³

Toch is het verlenen van individuele rechtsbescherming niet de enige taak van het Hof. Integendeel:

The Court's judgments in fact serve not only to decide those cases brought before the Court but, more generally, to elucidate, safeguard and develop the rules instituted by the Convention, thereby contributing to the observance by the States of the engagements undertaken by them as Contracting Parties (Article 19).²⁴

Het individueel klachtrecht heeft het Hof aldus in staat gesteld een rechtsvormende taak uit te oefenen. En aan rechtsvorming heeft het Hof gedaan! De ruimte ontbreekt om hier uitgebreid op in te gaan. Ik volsta met de constatering dat het Hof bereid is geweest de tamelijk vaag geformuleerde bepalingen op dynamische wijze uit te leggen. Het EVRM is 'a living instrument' dat naar 'present-day conditions' moet worden verstaan; de opvattingen van de opstellers van het Verdrag zijn niet langer doorslaggevend; de waarborgen van het Verdrag moeten 'practical and effective' zijn.²⁵ Overigens wordt het Hof wel verweten dat het te ver doorschiet, zich te veel laat meeslepen door de dynamiek die het zelf in het leven heeft geroepen. Het gevaar daarop neemt wellicht toc nu het Hof permanent in zitting is. Ik kom daar in hoofdstuk 3 op terug. Wat daar verder ook van zij, het bijzondere karakter van het Verdrag werd in 1995 benadrukt in de *Loizidou*-uitspraak, waarin het Hof het EVRM omschreef als 'constitutional instrument of European public order (*ordre public*)'.²⁶

23. Zie bijv. P.J. Wattel, 'De reikwijdte van fundamentele rechten in belastingzaken', in *Handelingen NJVjrg.* 125 (1995-I), p. 220.

24. EHRM, 18 januari 1978, *Ierland - VK* (A-25), r.o. 154.

25. Zie bijv. EHRM, 25 april 1978, *Tyrer - VK* (A-26), r.o. 31; EHRM, 7 juli 1989, *Soering - VK* (A-161), r.o. 87. Zie voor een kort overzicht R.A. Lawson, 'Adieu les travaux! Het afgenomen belang van de *travaux préparatoires* voor de uitleg van het EVRM', in *45 jaar EVRM* (1996), p. 61-74.

26. Zie EHRM, 23 maart 1995, *Loizidou - Turkije (prel. verzoeken)* (A-310), r.o. 75. Over deze term F. Sudre, 'Existe-t-il un ordre public européen?', in Tavernier (red.), *Quelle Europe pour les droits de l'Homme?* (1996), p. 39-80.

Rechtsbescherming, rechtsvorming: zou het EHRM ook tot taak hebben de rechtseenheid in de Verdragspartijen te bewaken?²⁷ Dat blijkt slechts in beperkte mate het geval, ook al spreekt de preambule van het EVRM van een grotere eenheid tussen de leden als doel van de Raad van Europa. Het EVRM beoogt niet te harmoniseren, maar een internationale minimumstandaard te bieden (artikel 53) en deze verder te ontwikkelen (opnieuw de preambule). Nationale variaties, bv. ingegeven door culturele verschillen, zijn toegestaan. Ook de wijze waarop de Verdragspartijen invulling geven aan hun verplichting om de rechten en vrijheden van het EVRM te 'verzekeren' (artikel 1 EVRM) wordt vrijgelaten.

19. Anno 1999 bevindt het EHRM zich in een bijzondere fase. Het Elfde Protocol heeft een nuttige stroomlijning van de procedure teweeg gebracht, al zal men sommige aspecten van de wisselwerking tussen Commissie en Hof nog wel missen. Maar het is zeer de vraag of alle problemen nu zijn opgelost. Kan een zo omvangrijke groep rechters, die moet oordelen over duizenden zaken, de ontwikkeling van het recht adequaat sturen? De kans lijkt aanwezig dat verschillende comité's en kamers tot onderling tegenstrijdige uitspraken komen. Te vrezen valt dat de hervormingen niet zullen leiden tot een zodanige stijging van de 'output' dat het Hof de verwachte stortvloed van klachten aan zal kunnen. Het Hof zal dan ook op nieuwe wegen moeten zinnen om het hoofd boven water te houden.

Daar komt bij dat er in de afgelopen jaren enkele instabiele staten tot de Raad van Europa zijn toegetreden. Men behoeft maar te denken aan de grote economische en politieke problemen waarmee Albanië en Rusland te kampen hebben. Ook de situatie in Turkije, een oude lidstaat, is ernstig. Talloze klachten hebben betrekking op foltering, verdwijningen, het platbranden van huizen. Het merendeel van deze zaken speelt zich af tegen de achtergrond van de schijnbaar onoplosbare conflicten in het zuid-oosten van Turkije en het noorden van Cyprus. De stroom klachten heeft geleid tot spanningen tussen Straatsburg en Ankara. Op praktisch niveau doen dergelijke zaken, mede doordat veel klagers zich niet eerst tot de nationale rechter willen of kunnen

27. Verg., m.m., J.M. Barendrecht, *De Hoge Raad op de hei* (1998), p. 12-20.

wenden, een groot beroep op het Straatsburgse vermogen tot *fact-finding*.

Niet uitgesloten kan worden dat het Straatsburgse systeem, ondanks de verbeteringen die het Elfde Protocol heeft gebracht, op den duur bezwijkt onder de administratieve druk van grote aantallen klachten, gecombineerd met de politieke druk die uitgaat van de aanwezigheid van Verdragspartijen die niet in staat of niet bereid zijn een einde te maken aan ernstige schendingen van het EVRM.²⁸

§ 2.3 Drie VN-organen op het terrein van de rechten van de mens

20. De voornaamste reden om stil te staan bij enkele VN-mensenrechtenorganen is dat zij weliswaar in menig opzicht lijken op het EHRM, maar dat zij op ten minste één punt verschillen: zij missen de bevoegdheid om *bindende* uitspraken te doen. Zo op het oog is dat een cruciaal verschil en het zal interessant zijn om na te gaan welke gevolgen dit in de praktijk heeft. De drie organen waar het hier om gaat zijn het VN-Mensenrechtencomité (*Human Rights Committee*), dat optreedt onder het IVBPR²⁹; het Comité voor de uitbanning van rassendiscriminatie (naar zijn Engelse naam afgekort tot CERD-Comité), dat optreedt onder het gelijknamige verdrag³⁰; en het Comité tegen foltering (CAT-Comité) dat eveneens optreedt onder het gelijknamige verdrag³¹.

28. Zie daarover het interview met E.A. Alkema en P. van Dijk, in *NJCM-Bulletin* jrg. 22 (1997), p. 116-119.

29. New York, 16 december 1966, *Trb.* 1969, nr. 99, Nederlandse vertaling in *Trb.* 1978, nr. 177. Nederland ratificeerde het IVBPR en het Facultatief Protocol daarbij op 11 december 1978. Thans zijn 140 staten partij bij het IVBPR en 92 bij het Protocol. Zie nader bv. M. Nowak, *CCPR Commentary* (1993); D. McGoldrick, *The Human Rights Committee* (1994) en de 'IVBPR-special' van het *NJCM-Bulletin* jrg. 19 (1994), p. 765-944.

30. New York, 21 december 1965, *Trb.* 1966, nr. 237, Nederlandse vertaling in *Trb.* 1967, nr. 48. Nederland ratificeerde op 10 december 1971; thans zijn 155 staten partij. Zie nader bv. K.J. Partsch, 'The Committee on the Elimination of Racial Discrimination', in Alston (red.), *The United Nations and Human Rights* (1992), p. 339-368, en M. Banton, *International Action against Racial Discrimination* (1996).

31. New York, 10 december 1984, *Trb.* 1985, nr. 69, met Nederlandse vertaling. Nederland ratificeerde op 21 december 1988; thans zijn 109 staten partij. Zie nader bv. H. Danelius & H. Burgers, *The UN Convention Against Torture*

Uiteraard kent de VN nog tal van andere organen die zich met de mensenrechten bezighouden – zoals het Comité inzake Economische, Sociale en Culturele Rechten, het Comité voor de uitbanning van discriminatie van vrouwen en het Comité dat toezicht op de naleving van het Verdrag inzake de Rechten van het Kind – maar de desbetreffende verdragen voorzien (vooralsnog) niet in een individueel klachtrecht. Daarom blijven zij hier buiten beschouwing.

2.3.1 *Inrichting en bevoegdheden*

21. De drie organen waar het hier om gaat zijn samengesteld uit onafhankelijke experts. Het VN-Mensenrechtencomité telt achttien leden, evenals het CERD-Comité. In dat laatste comité heeft momenteel de Nederlander Th.C. van Boven (hoogleraar internationaal recht aan de Universiteit Maastricht) zitting. Het CAT-Comité bestaat uit tien leden. Voor alle leden geldt dat zij door de Verdragspartijen worden gekozen voor een tijdvak van vier jaar. Zij zijn herkiesbaar. Bij de samenstelling van de organen wordt een 'billijke geografische verdeling' nagestreefd, maar alleen onderdanen van de Verdragspartijen kunnen tot lid worden benoemd. In de benoeming van *ad hoc*-leden is, anders dan bij IGH en EHRM, niet voorzien. De organen plegen drie maal per jaar bijeen te komen in Genève of in New York.

Een aanzienlijk gedeelte van het werk van de drie organen bestaat uit het bestuderen en bespreken van rapporten die periodiek door de Verdragspartijen worden opgesteld. Deze rapporten moeten een beeld geven van de maatregelen die zijn genomen ter uitvoering van de verdragsbepalingen. De bespreking biedt de gelegenheid een constructieve dialoog met de nationale autoriteiten te voeren en mondt, sinds 1992, uit in specifieke aanbevelingen.³² Daarnaast worden ook zgn. *general comments* opgesteld. Een statenklachtrecht bestaat uitsluitend op papier. Voor dit preadvies is het individueel klachtrecht het meest interessant.

(1985), en H.C. Ingelse, *De rol van het Comité in de ontwikkeling van het VN-Verdrag tegen Fo Hering* (diss. Maastricht, te verschijnen in 1999).

32. Zie nader I. Boerefijn, 'The HRC's Concluding Observations', in *The Nation-State*, p. 231-249.

22. Het eerste Facultatief Protocol (FP) bij het IVBPR opent de weg voor individuen om klachten in te dienen bij het VN-Mensenrechtencomité. De klacht moet uiteraard gericht zijn tegen een Verdragspartij die ook het FP heeft geratificeerd. De ontvankelijkheidsvereisten lijken op die van het EVRM: de klager moet stellen zelf slachtoffer te zijn van een schending van zijn rechten door een Verdragspartij; de beschikbare nationale rechtsmiddelen moeten zijn uitgeput. Anders dan in Straatsburg staat het klachtrecht niet open voor rechtspersonen; een klacht behoeft niet binnen zes maanden na de definitieve nationale beslissing te worden ingediend. Het FP laat toe dat een klacht die eerst is voorgelegd aan het Europees Hof voor de Rechten van de Mens, vervolgens nog eens wordt ingediend bij het VN-Mensenrechtencomité. De procedure voor het Comité is uitsluitend schriftelijk.

Zoals reeds werd aangegeven, mist het Comité de bevoegdheid om zich in een bindend oordeel uit te spreken over de vraag of het IVBPR is nageleefd. Artikel 5 lid 4 FP bepaalt dat het Comité zijn 'inzichten' (in het Engels: *views*) bekend zal maken aan de betrokken staat en aan de klager. In de praktijk worden de uitslagen overigens gepubliceerd in de jaarverslagen van het Comité aan de Algemene Vergadering van de VN. Aan de uitspraken kunnen leden hun '*individual opinions*' toevoegen. In de praktijk deden zij dit minder vaak dan de leden van het IGH en het EHRM, maar daarin lijkt verandering te komen.

Het IVBPR verleent het Comité niet met zoveel woorden de taak om het verdrag te interpreteren. Met Van Dijk zou ik echter het standpunt willen verdedigen dat de toezichthoudende bevoegdheid van het Comité noodzakelijkerwijze de bevoegdheid impliceert een gezaghebbende uitleg van dit verdrag te geven. De *views* kunnen 'onder de werking van het IVBPR worden gebracht', aldus Van Dijk, 'zodat de Nederlandse rechter bepalen kan van nationaal recht die met de gegeven interpretatie niet te verenigen zijn, buiten toepassing mag laten'.³³

33. Interventie in *Handelingen NJV* jrg. 125 (1995-II), p. 70. Mogelijk impliciet anders: HR, 1 februari 1991, *NJ* 1991, nr. 413, m.nt. ThWvV (een uitspraak van het EHRM kan met zich mee brengen dat onverkorte executie van een strafvonnis onrechtmatig is; het niet-bindende oordeel van de ECRM mist dat effect). Voor *views* van het VN-Mensenrechtencomité behoeft dit echter niet fataal te zijn, nu deze – anders dan de beslissingen van de ECRM – de eindbeslissing i.h.k.v. het internationale toezicht vormen.

Voor de andere twee organen, CERD- en CAT-Comité, geldt in grote lijnen hetzelfde: zie artikel 14 resp. artikel 22 van de desbetreffende verdragen.

2.3.2 De drie VN-organen en Nederland

23. Ruim 800 individuele klachten heeft het VN-Mensenrechtencomité inmiddels geregistreerd. Niet minder dan 60 daarvan waren tegen Nederland gericht, waarmee ons land – na Jamaica, Canada en Uruguay – op een vierde plaats staat. Overigens overleefde meer dan de helft van de ‘Nederlandse’ klachten de ontvankelijkheidsfase niet. Zes zaken zijn op het moment van schrijven nog aanhangig.

In vier gevallen heeft het VN-Mensenrechtencomité Nederlandse schendingen van het IVBPR geconstateerd. Bijzonder veel aandacht hebben twee uitspraken gekregen, *Broeks en Zwaan-De Vries*, waarin het Comité oordeelde dat onderdelen van het Nederlandse sociale zekerheidsrecht in strijd waren met het discriminatieverbod van artikel 26 IVBPR.³⁴ In een andere zaak, waarin werd geklaagd over de duur van de voorlopige hechtenis, constateerde het Comité een schending van artikel 9 IVBPR.³⁵ De vierde zaak betrof twee Nederlanders die zich tot het Hindoeïsme hadden bekeerd en hun namen dienovereenkomstig wilden aanpassen. Verandering van de voornaam werd hen wel toegestaan, verandering van de achternaam niet. Een klacht over schending van artikel 9 EVRM strandde bij de Europese Commissie voor de Rechten van de Mens.³⁶ Dezelfde klacht werd vervolgens voorgelegd aan het VN-Mensenrechtencomité. Dit was van mening dat de weigering om de achternaam aan te passen, onredelijk was geweest; een schending van artikel 17 IVBPR was het gevolg.³⁷

34. HRC, 9 april 1987, *Broeks – Nederland* (Comm. 172/1984), VN-doc. A/42/40, p. 139; *NJCM-Bull.* 1987, p. 377, m.nt. TZ en AWH; RSV 1987, nr. 245 m.nt. WMLO. In gelijke zin HRC, 9 april 1987, *Zwaan-De Vries – Nederland* (Comm. 182/1984), VN-doc. A/42/40, p. 160.

35. HRC, 23 juli 1990, *Van Alphen – Nederland* (Comm. 305/1988), VN-doc. A/45/40, p. 108; *NJCM-Bull.* 1991, p. 586.

36. ECRM, 2 juli 1992, *Aurik c̄ Coriel – Nederland* (Appl. No. 18050/91), niet gepubl.

37. HRC, 31 oktober 1994, *Coeriel c̄ Aurik – Nederland* (Comm. 453/1991), VN-doc. A/50/40, dl. II, p. 23.

24. De beide andere VN-organen zijn met aanzienlijk minder klachten geconfronteerd. Dat neemt niet weg dat Nederland meer dan eens door hen ter verantwoording is geroepen. Bij die relatiefslechte score moet wel worden bedacht dat ons land vooraan heeft gestaan in het erkennen van het individueel klachtrecht.

Van de tien klachten die het CERD-Comité tot nu toe heeft behandeld, betroffen er twee ons land. In de zaak *Yilmaz-Dogan* – de eerste voor het Comité – klaagde een Turkse werkneemster over de discriminerende inhoud van een brief van haar werkgever, op basis waarvan de kantonrechter was overgegaan tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst. Het Comité constateerde in dit verband een schending van artikel 5 CERD. Aan de andere kant meende het Comité dat de Conventie zich niet verzette tegen toepassing van het opportuniteitsbeginsel bij klachten over rassendiscriminatie.³⁸ De tweede zaak betrof de weinig verheffende gang van zaken in een Utrechtse buurt waar een woning was toegewezen aan een Marokkaan. Bewoners protesteerden tegen de komst van de man en bedreigden hem. Het CERD-Comité oordeelde dat de politie en het OM in deze zaak niet adequaat waren opgetreden.³⁹

Het CAT-Comité, ten slotte, heeft zich tot nu toe over drie tegen Nederland gerichte klachten gebogen. De zaken waren aanhangig gemaakt door uitgeprocedeerde asielzoekers die met uitzetting naar Georgië, Zaire en Tunesië werden bedreigd. De eerste klacht werd niet-ontvankelijk verklaard; in de tweede constateerde het Comité geen schending van het verdrag.⁴⁰ In de derde zaak, beslist in december 1998, kwam het Comité echter tot het oordeel dat uitzetting in strijd zou zijn met artikel 3 CAT.⁴¹ Het Comité overwoog daarbij dat zich in Tunesië een patroon voordoet van detentie en mishandeling van leden van de oppositie. De klager stelde in het verleden te zijn gefolterd door de Tunesische politie; het Comité was van oordeel dat hem dat bij terug-

38. CERD, 10 augustus 1988, *Yilmaz-Dogan* – *Nederland* (Comm. 1/1984), *VN-doc. A/43/18*, p. 59; *NJCM-Bull.* 1988, p. 687, m.nt. CF.

39. CERD, 16 maart 1993, *L.K.* – *Nederland* (Comm. 4/1991), *VN-doc. A/48/18*, p. 130; *NJCM-Bull.* 1993, p. 472, m.nt. AW.

40. Zie resp. CAT, 20 november 1995, *X & Y* – *Nederland* (Comm. No. 31/1995), *VN-doc. A/51/44*, p. 62, en CAT, 17 november 1995, *X* – *Nederland* (Comm. No. 36/1995), *VN-doc. A/51/44*, p. 76.

41. CAT, 13 november 1998, *A.* – *Nederland* (Comm. 91/1997), n.n.g.

keer in Tunesië opnieuw zou kunnen overkomen. Weliswaar had hij bij aankomst in Nederland gelogen over zijn identiteit en nationaliteit, en bevatte zijn vluchtverhaal in eerste instantie een aantal inconsistenties, maar het Comité meende dat hij daarvoor een overtuigende verklaring had gegeven.

§ 2.4 Het Internationale Strafhof

25. Nadat in de afgelopen jaren *ad hoc*-tribunalen voor het voormalige Joegoslavië en Rwanda waren opgericht, werd in 1998 overeenstemming bereikt over de creatie van een algemeen en permanent Internationaal Strafhof. De straftribunalen wijken fundamenteel af van de internationale gerechten die tot nu toe zijn besproken. Niet staten maar individuen staan terecht. De toepassing van het strafrecht, van oudsher één van de kerntaken en voorrechten van de soevereine staat, is hier overgenomen door een internationale rechter. Daaraan ligt de constatering ten grondslag dat de nationale rechter niet altijd in staat of bereid is gebleken adequaat op te treden tegen de Pol Pots van deze wereld. Het nieuwe Strafhof zal zich overigens slechts buigen over zeer uitzonderlijke misdrijven als genocide en misdaden tegen de menselijkheid – ‘the most serious crimes of concern to the international community as a whole’. De beperking tot deze bij uitstek ‘internationale’ misdrijven wordt mede in de hand gewerkt door nationale terughoudendheid om strafrechtelijke taken over te dragen aan een internationale rechter, alsmede door redenen van logistiek.

Uit de aard der zaken mag men verwachten dat het nieuwe straftribunaal een geringere invloed zal uitoefenen op de Nederlandse rechtsorde dan bv. het EHRM. Niettemin kan de nationale rechtsorde langs verschillende wegen met hen in aanraking komen. Daarom lijkt een korte schets van het toekomstige Internationale Strafhof nuttig, ook al zal dit bij gebrek aan tastbare gegevens geen grote rol spelen in het vervolg van het preadvies.

26. Op 17 juli 1998 werd te Rome het Statuut van het *International Criminal Court* vastgesteld.⁴² Bij de voorbereidende onder-

⁴². Het Statuut is te vinden op Internet: www.un.org/icc. Zie nader L. van Troost, ‘Een internationaal strafhof: Het Statuut van Rome in vogelvlucht’, in *AAe* jrg. 47 (1998), p. 882-887, en H. van der Wilt, ‘Rome staat aan de

handelingen heeft Nederland een zeer actieve rol gespeeld; het Strafhof zal in Den Haag zetelen. Het uitgebreide Statuut (128 artikelen) zal in werking treden na 60 ratificaties. Het toekomstige Strafhof wortelt dus niet in een dwingende resolutie van de Veiligheidsraad, zoals bij het 'Joegoslavië Tribunaal' (ICTY) het geval is, maar in de vrije wil van de Verdragspartijen. De rechtsmacht van het Hof zal zich dan ook beperken tot personen die onderdaan zijn van een staat die het Statuut heeft geratificeerd, of die daar hun misdrijven zouden hebben begaan. Een tweede belangrijk verschil met het ICTY ligt voor de hand: het nieuwe Strafhof is geen *ad hoc*-tribunaal dat zich uitsluitend richt op de gebeurtenissen in één specifiek gebied. Het zal rechtsmacht hebben over genocide, misdaden tegen de menselijkheid, oorlogsmisdrijven en het misdrijf van agressie, voor zover deze misdrijven na inwerkingtreding van het Statuut zijn gepleegd. De eerste drie misdrijven zijn uitvoerig omschreven in het Statuut; het vierde zal eerst in de toekomst nader worden gedefinieerd.

27. Het Strafhof zal in beginsel achttien *full-time* rechters tellen die voor een periode van negen jaar worden benoemd door de Assemblee van Verdragspartijen. De rechters komen, anders dan bij de tribunalen die wij tot nu toe hebben bestudeerd, niet voor herbenoeming in aanmerking. Als er verkiezingen voor het Hof in aantocht zijn, mag iedere Verdragspartij een kandidaat voordragen. Dat hoeft geen eigen onderdaan te zijn maar hij moet wel de nationaliteit van één der Verdragspartijen bezitten. In het Hof mogen geen twee rechters met dezelfde nationaliteit zitten. Het Statuut bevat uitgebreide bepalingen over de samenstelling van het Strafhof. Gedetailleerd wordt ingegaan op de verdeling tussen specialisten op het gebied van strafrecht respectievelijk internationaal recht (waarbij deskundigheid met betrekking tot geweld tegen vrouwen en kinderen een speciaal aandachtspunt vormt); de belangrijkste juridische systemen van de wereld moeten in het Strafhof zijn vertegenwoordigd; een billijke geografische representatie moet worden bereikt; de man/vrouw-verhouding dient een eerlijke te zijn.

Zaken zullen langs verschillende wegen aan het Strafhof kunnen

weg van een onafhankelijke internationaal strafhof, te verschijnen in *NJCM-Bulletin* jrg. 24 (1999). Over de weg naar Rome: G.A.M. Strijards, *Een universeel strafhof: chimère of realiteit?* (oratie Groningen), 1997. Verg. ook de speciale aflevering van *Trema* 1997, no. 6a.

worden voorgelegd. Staten kunnen een klacht indienen, de VN-Veilighedsraad kan een zaak aanhangig maken en de onafhankelijke Aanklager kan eigener beweging een onderzoek instellen. In het laatste geval dient de kamer voor vooronderzoek (*pre-trial chamber*) toestemming te verlenen. Slachtoffers kunnen geen procedure aanhangig maken. Berechting vindt in eerste aanleg plaats voor een *trial chamber*, beroep staat open bij een *appeals chamber*. Vonnissen worden in het openbaar gewezen; rechters kunnen een *separate* of *dissenting opinion* aan de uitspraak hechten. Het Strafhof zal maximaal levenslange gevangenisstraf kunnen opleggen. Indien geen land zich bereid toont een veroordeelde gevangen te houden, zal deze zijn gevangenisstraf in Nederland uitzitten – op kosten van het Hof.

28. De rechtsmacht van het Strafhof zal complementair zijn aan de nationale strafrechtspleging. Zo bepaalt artikel 17 Statuut dat het Strafhof een zaak niet-ontvankelijk zal verklaren indien de zaak reeds wordt onderzocht door de nationale autoriteiten of de verdachte op dat moment voor de nationale rechter terecht staat. Hetzelfde geldt als de betrokkene al is berecht. Daarop wordt echter meteen een belangrijke uitzondering gemaakt: het Strafhof zal zich toch over de zaak ontfermen indien de staat niet bereid of in staat is tot oprechte vervolging (*'genuine prosecution'*) over te gaan. Artikel 17 van het Statuut van het toekomstige Strafhof geeft een gedetailleerde invulling aan deze uitzonderingsgrond. Zo is in lid 2 voorzien in de situatie waarin 'proceedings were or are being undertaken [...] for the purpose of shielding the person concerned from criminal responsibility for crimes within the jurisdiction of the Court' alsmede de situatie waarin 'the proceedings were not or are not being conducted independently or impartially, and they were or are being conducted in a manner which, in the circumstances, is inconsistent with an intent to bring the person concerned to justice'. Het is duidelijk dat deze uitzondering noodzakelijk is om te voorkomen dat het werk van het Strafhof wordt gefrustreerd door opeetteprocessen, maar het is even duidelijk dat hiermee een delicaat terrein wordt betreden. Het Strafhof zal zich in deze situatie immers een gedetailleerd beeld moeten vormen van de rechtsgang voor de nationale instanties en van de motieven van de betrokkenen.

29. Ook langs andere wegen zal de nationale rechtsorde in aanraking kunnen komen met het Strafhof.⁴³ Zo is denkbaar dat de nationale rechter bij de berechting van oorlogsmisdadigers te rade gaat bij de jurisprudentie van het nieuwe Strafhof. Men kan voorts denken aan verzoeken om allerlei vormen van rechtshulp, zoals het horen van getuigen en het verstrekken van gegevens. Uit de eerste ervaringen met het ICTY blijkt dat de coëxistentie van internationale en nationale rechters tot problemen kan leiden. In de *Čelebići*-zaak was de verdachte, toen deze zich nog in Oostenrijk bevond, door de Oostenrijkse politie verhoord buiten aanwezigheid van een advocaat. Dat was in overeenstemming met het nationale (Oostenrijkse) procesrecht, maar niet verenigbaar met de rechten van de verdediging zoals erkend door het Tribunaal. De *trial chamber* oordeelde dat de desbetreffende verklaringen niet als bewijs mochten worden gebruikt.⁴⁴ Voor het effectief functioneren van zowel het ICTY als het Strafhof is het uiteraard van groot belang dat staten adequaat gehoor geven aan verzoeken om rechtshulp. Daarbij moet men beseffen dat beide organen over bijzondere bevoegdheden beschikken en dat staten eenvoudigweg gehouden zijn hen bij te staan bij het onderzoek naar en de vervolging van verdachten.⁴⁵

§ 2.5 Enkele afsluitende opmerkingen over de internationale rechter

30. Deze korte rondgang langs enkele internationale tribunaal-leverert een bonte verscheidenheid op. Klachten kunnen worden ingediend door staten tegen staten (het IGH), door burgers tegen staten (het EHRM en de drie VN-comités), en door een internationale aanklager dan wel door staten en de Veiligheidsraad tegen burgers (het toekomstige Strafhof). De uitspraken variëren van niet-bindende *views* tot strafvonnissen waarbij levenslang kan worden opgelegd. Ook de positie van de afzonderlijke rechters verschilt sterk per

43. Voor Nederland als gastheer zijn er bijzondere complicaties. De ruimte ontbreekt om daar nader op in te gaan.

44. ICTY, 2 september 1997, *Decision on Z. Mučić's Motion for the Exclusion of Evidence*, in *NJCM-Bulletin* jrg. 23 (1998), p. 75, m.nt. G.K. Sluiter.

45. Verg. G. Sluiter, 'Obtaining Evidence for the ICTY: An Overview and Assessment of Domestic Implementing Legislation', in *NH.R* jrg. 45 (1998), p. 87-113.

orgaan. We hebben gezien dat zittingstermijnen uiteenlopen van vier jaar (de drie VN-comités), via zes (EHRM) tot negen jaar (IGH, permanent Strafhof). Die termijn is niet onbelangrijk. Alle organen kennen de mogelijkheid om *separate en dissenting opinions* aan de uitspraak te hechten. Dat betekent dat de rechters, veel meer dan de Nederlandse rechter of de leden van het EG-Hof van Justitie, afzonderlijk in het daglicht treden. De staten, die op den duur over herbenoeming zullen moeten beslissen, zijn dus uitstekend in staat zich een beeld te vormen van de opstelling van de rechter. Naarmate zijn benoemingstermijn korter is, kan dat een ongemakkelijker wetenschap gaan vormen.⁴⁶ Harmonisatie van de benoemingstermijnen zou wellicht wenselijk zijn, en dat geldt ook voor andere aspecten van de samenstelling en inrichting van de internationale tribunalen. Maar het lijkt niet realistisch om hoop te koesteren op een soort 'internationale wet RO'. Nog afgezien van de vraag of men consensus zou kunnen krijgen over de ideale inrichting, wordt een enorm praktisch obstakel gevormd door de talloze verdragswijzigingen die daarvoor nodig zouden zijn.

De bevoegdheid van ieder internationaal gerecht wordt omschreven door het verdrag dat aan zijn basis heeft gestaan. Het kan vanzelfsprekend voorkomen dat eenzelfde onderwerp binnen het mandaat van verschillende internationale gerechten valt; met het toenemend aantal gerechten (zie ook § 4.3) neemt die kans alleen maar toe. Dat de bevoegde rechters tot hetzelfde oordeel komen, is niet op voorhand verzekerd. Zo kan het gebeuren dat de veroordeling van een journalist, omdat een door hem vervaardigde reportage racistische uitlatingen van derden bevatte, wordt toegejuicht door het CERD-Comité, terwijl het Europees Hof voor de Rechten van de Mens er een schending van de vrijheid van meningsuiting in ziet.⁴⁷ Bij deze gelegenheid gaf het EHRM te kennen dat de verplichtingen van Denemarken onder artikel 10 EVRM zodanig moesten worden uitgelegd dat zij, voor zover mogelijk, verenigbaar zijn met de Deense verplich-

46. Zie hierover o.a. M. de Blois & F. Bruinsma, 'Tussen Westport en Wladiwostok: de invloed van de nationale herkomst op rechters in het EHRM', in *NJCM-Bulletin* jrg. 21 (1996), p. 889-904; M. Kuijer, 'Voting Behaviour and National Bias in the ECHR and the ICJ', in *IJIL* jrg. 10 (1997), p. 49-67. Verg. ook N.M. Blokker & A.S. Müller, 'The 1996 Elections to the ICJ: New Tendencies in the Post-Cold War Era?', in *ICJQ* jrg. 47 (1998), p. 211-223.

47. EHRM, 23 september 1994, *Jersild - Denemarken* (A-298; *NJ* 1995, nr. 387 m.nt. EJD en Kn).

tingen onder het VN-verdrag ter bestrijding van rassendiscriminatie. Maar uiteindelijk beperkt de bevoegdheid (en de verantwoordelijkheid) van iedere rechter zich tot de interpretatie en toepassing van 'zijn' verdrag. Van een coördinatie van internationale rechtspraak is vooralsnog geen sprake.⁴⁸ Voor de nationale rechter betekent dit dat hij kan worden geconfronteerd met tegenstrijdige uitspraken van de internationale rechter.⁴⁹

Een ander punt betreft de bevoegdheid tot het nemen van voorlopige maatregelen. Men kan op goede gronden volhouden dat deze bevoegdheid inherent is aan de taak van de rechter. Waar het voldongen feit dreigt, moet hij conserverende maatregelen kunnen nemen, opdat er nog iets te beslissen overblijft. Dit klemmt des te meer op het terrein van de rechten van de mens, waar toegebrachte schade soms onherstelbaar is; zie de zaak *Breard*. In het algemeen is de internationale rechter – het EG-Hof van Justitie uitgezonderd – echter niet expliciet de bevoegdheid toegekend bindende interim-maatregelen te treffen.⁵⁰ Dat is onbevredigend, maar ook op dit punt verwacht ik niet dat een 'internationaal rechtspraakverdrag' de oplossing zou brengen. Opnieuw vormt de haalbaarheid een probleem, en het lijkt ook meer voor de hand te liggen dat per tribunaal wordt nagegaan aan welke bevoegdheden behoefte bestaat. Intussen kunnen de tribunalen zelf al bijdragen aan de bindende kracht van hun interim-maatregelen – allereerst door er alleen in noodgevallen gebruik van te blijven maken en voorts door bij de eventuele toekenning van schadevergoeding aan het slachtoffer rekening te houden met de wijze waarop de betrokken staat is omgesprongen met de voorlopige maatregel.

31. Een kwestie die wij daarentegen volledig in eigen hand hebben, is de wijze waarop de voordracht van kandidaten voor een internationale rechtersfunctie plaatsvindt. Dit punt verdient aandacht, zonder dat daarmee de kwaliteit van de Nederlanders

48. Over dit onderwerp werd in nov. 1998 door de Universiteit Maastricht het symposium *Coördinatie van mensenrechtenverdragen* georganiseerd. Een congresbundel zal naar verwachting in 1999 verschijnen.

49. Zie bijv. J.B. Mus, *Verdragsconflicten voor de Nederlandse rechter* (diss. Utrecht, 1996); R.A. Lawson, 'Tussen Scylla en Charybdis: de nationale rechter en conflicten tussen EG-recht en EVRM', in *Trema* 1996/9, p. 278-284.

50. Zie Th.C. van Boven, 'Facing Urgent Human Rights Cases: Legal and Diplomatic Action', in *The Dynamics*, p. 61-78.

die in het verleden tot rechter zijn benoemd, ter discussie wordt gesteld. Opvallend is dat voor de voordracht van kandidaten, anders dan voor bijvoorbeeld de verkiezing van leden van de Hoge Raad, een vaste procedure ontbreekt. Bijgevolg vindt geen enkele publieke discussie over de kandidaatstelling plaats. Bij sommige internationale tribunalen ligt dat misschien voor de hand: eventuele Nederlandse kandidaten zijn niet verzekerd van een zetel, en de kansen op benoeming worden wellicht niet vergroot door een uitgebreide, openbare discussie wie nu de beste kandidaat is. Voor het Europees Hof voor de Rechten van de Mens ligt dat anders. In de eerste plaats staat het bij voorbaat vast dat Nederland drie kandidaten mag voordragen, van wie er hoe dan ook één zal worden gekozen; in de tweede plaats heeft het Hof een dermate grote invloed op onze rechtspraak, dat er veel valt te zeggen voor een transparante procedure om te komen tot een voordracht. Hetzelfde geldt overigens, m.m., voor het Hof van Justitie in Luxemburg.

Een blik over de grens leert dat het anders kan. In Groot-Brittannië werden gegadigden per advertentie uitgenodigd blijk te geven van hun belangstelling voor een zetel in het Straatsburgse Hof.⁵¹ Van de 33 personen die zich hadden aangemeld, werden er vijf geselecteerd en geïnterviewd door een panel, bestaande uit drie toprechters, de juridisch adviseur van het *Foreign Office* en een hoge ambtenaar van het *Lord Chancellor's Department*. De voordracht van dit panel werd overgenomen door de Britse regering. Deze gang van zaken behoeven wij uiteraard niet te kopiëren, maar zij biedt wel inspiratie voor een meer eigentijdse procedure.

51. Zie nader H.G. Schermers, 'Election of Judges to the European Court of Human Rights', *EURjrg.* 23 (1998), p. 568-578, op p. 574.

OVER DE VERHOUDING TUSSEN DE INTERNATIONALE RECHTER EN DE NATIONALE AUTORITEITEN

32. Doorgaans komt de taak van de internationale rechter er in essentie op neer dat hij handelingen van de nationale autoriteiten (niet in de laatste plaats de rechter) toetst aan de toepasselijke internationale verplichtingen. Hoe ver gaat hij in die toets? Claimt hij als het ware de plaats van allerhoogste rechter? Over deze vragen handelt dit hoofdstuk. Het zal niet verrassen dat het de Straatsburgse jurisprudentie is die de meeste relevante informatie oplevert. We zullen er een ambivalent beeld aantreffen: enerzijds zegt het EHRM de plaats van de nationale rechter niet te willen innemen, anderzijds ontkomt het daar in de praktijk niet aan. Ik zal de stelling verdedigen dat vooral capaciteitsproblemen het Hof zullen dwingen meer over te laten aan de nationale rechter. Daarmee neemt de behoefte toe aan duidelijkheid over de Straatsburgse interpretatie van het EVRM; het Hof zal zich dan ook moeten concentreren op zijn rechtsvormende functie.

§ 3.1 Een Amerikaans schot voor de boeg

33. Dit preadvies opende met de zaak *Breard*, waarin de VS het Internationaal Gerechtshof maande zich niet de positie van *universal supreme court of criminal appeals* aan te matigen. Dreigt dat dan te gebeuren? Feit is dat het IGH soms niet ontkomt aan de beoordeling van uitspraken van de nationale rechter. De Nederlands-Zweedse voogdij-zaak (§ 2.1.2) biedt daarvan een voorbeeld: het Hof diende na te gaan of het oordeel van de Zweedse rechter verenigbaar was met de verplichtingen die uit de Conventie van 1902 voortvloeiden.

Het relatief geringe aantal zaken dat voor het Hof komt, brengt echter al met zich mee dat het IGH hiertoe niet vaak over gaat. Daaraan is niet vreemd dat de burger niet zelf zijn zaak kan voorleggen aan het Hof. Alleen al op kwantitatieve gronden is het dan ook overdreven om te spreken van een *universal supreme court of criminal appeals*. Bovendien is die term al snel misleidend. Het

ligt er natuurlijk maar aan wat men daar onder verstaat, maar het lijkt me juist om pas van een beroepsinstantie te spreken als het IGH een oordeel zou vellen over bijvoorbeeld de bewijsvoering, de interpretatie van het toepasselijke nationale recht, de aanwezigheid van schulditsluitingsgronden of de strafmaat.¹ Zelf leek het IGH in ieder geval niet onder de indruk van het Amerikaanse vlagvertoon: in zijn *Order* waarin het voorlopige maatregelen trof, beperkte het zich tot de constatering dat het zijn taak is om geschillen tussen staten te beslechten – ‘and not to act as a court of criminal appeal’. Voor die benadering valt op voorhand wel wat te zeggen. Het Hof dient na te gaan of staten zich aan hun volkenrechtelijke verplichtingen hebben gehouden, ongeacht of de gewraakte handelingen nu zijn verricht door de executieve, door de rechter of door enig ander staatsorgaan. Het enkele feit dat de rechter naar nationaal constitutioneel recht onafhankelijk is, staat niet in de weg aan staatsaansprakelijkheid indien zijn optreden leidt tot een situatie die onverenigbaar is met de internationale verplichtingen van zijn staat.² Precies om die reden kunnen beslissingen van de nationale rechter niet worden afgeschermd van toetsing door het Internationaal Gerechtshof. Daarmee is echter nog niet gezegd dat de internationale rechter ook als beroepsinstantie kan worden gezien.

§ 3.2 Het EHRM: laveren tussen subsidiariteit en individuele rechtsbescherming

3.2.1 *Geen vierde instantie*

34. In eerste instantie treffen we hetzelfde beeld aan bij het EHRM. In het fameuze *Handyside*-arrest overwoog het Hof dat

1. Hoe interessant is in dit opzicht het Amerikaanse argument dat consulaire bijstand geen materieel verschil had uitgemaakt voor het verloop van het proces tegen Breard! Mocht het Hof hier op ingaan, dan zou het zich gedetailleerd moeten bezighouden met het feitelijk procesverloop: welke bijstand is geleverd, was die bijstand adequaat, wat had een consul kunnen toevoegen, etcetera. In wezen nodigt de VS het Hof uit de positie van *court of appeal* in te nemen. Zover zal het overigens niet komen: op verzoek van Paraguay, en met instemming van de VS, besloot het Hof op 10 november 1998 de zaak van de rol te schrappen.
2. In die zin ook art. 6 van de ILC *Draft Articles on State Responsibility*, in *YBILC* 1973, dl. II, p. 193. Verg. art. 27 Weens Verdragenverdrag (1969).

'it is in no way the Court's task to take the place of the competent national courts but rather to review under Article 10 the decisions they delivered in the exercise of their power of appreciation'.³ En op het terrein van artikel 6 EVRM is de volgende overweging vaste jurisprudentie:

it is not normally in the province of the European Court to substitute its own assessment of the facts for that of the domestic courts, and, as a general rule, it is for these courts to assess the evidence before them. The Court's task is to ascertain whether the proceedings in their entirety, including the way in which evidence was taken, were fair.⁴

Talrijk zijn de zaken waarin de klager tevergeefs stelde dat hij ten onrechte was veroordeeld, dat de rechter bewijsmateriaal te veel of juist te weinig gewicht had toegekend, dat meer getuigen hadden moeten worden opgeroepen, dat de opgelegde straf te hoog is, etcetera. Steevast zijn deze klachten afgewezen met de opmerking dat Straatsburg geen vierde instantie (*fourth instance/quatrième instance*) is.⁵ Dezelfde benadering vinden wij overigens ook bij het *Human Rights Committee* van de VN.⁶ Niet alleen beweerde *errors of fact* vallen aldus buiten het Straatsburgse toezicht, ook over de wijze waarop de nationale rechter het nationale recht toepast laat het EHRM zich niet snel uit. Een illustratie biedt de recente zaak *Erkalo-Nederland*. Een vordering tot verlenging van de TBS werd niet tijdig bij de rechtbank ingediend. Erkalo stelde dat de rechtbank de Officier van Justitie niet-ontvankelijk diende te verklaren wegens schending van ar-

3. EHRM, 12 december 1976, *Handyside* – VK (A-24), r.o. 50.

4. Zie bijv. EHRM, 16 december 1992, *Edwards* – VK (A-247-B), r.o. 34.

5. In de literatuur wordt verrassend weinig aandacht besteed aan deze lijn in de jurisprudentie. Zie voor uitzonderingen T. Zwart, *The Admissibility of Human Rights Petitions* (diss. Leiden, 1994), p. 150-152, en D.J. Harris, M. O'Boyle & C. Warbrick, *Law of the European Convention on Human Rights* (1995), p. 15.

6. Het is vaste jurisprudentie dat het HRC niet als 'vierde instantie' optreedt; het Comité vat dit letterlijk zo samen (*VN doc. A/46/40*, p. 165). In verschillende zaken tegen Jamaica, waarin werd geklaagd dat de rechter de jury verkeerd had geïnstrueerd, gaf het HRC aan alleen tot 'review' over te gaan als het optreden van de rechter 'clearly arbitrary' was 'or amounted to denial of justice' (zie bijv. HRC, 26 maart 1990, *D.F. – Jamaica* (Comm. 329/1988), *VN doc. A/45/40*, p. 190). Verg. A. Wolter, '45 jaar EVRM – 30 jaar *Co-existence*', in *45 jaar EVRM* (1996), p. 84-86.

tikel 5090 lid 1 Sv. Tevergeefs; de rechtbank oordeelde dat niet-naleving van artikel 5090 in dit geval zonder gevolgen kon blijven. Toen Erkalo in Straatsburg klaagde over schending van artikel 5 EVRM, overwoog het EHRM dat de beslissing van de rechtbank een element van rechtsonzekerheid leek te introduceren in de toepassing van artikel 5090. Niettemin overwoog het Hof dat 'it is in the first place for the national authorities, notably the courts, to interpret and apply domestic law'. Het Hof was derhalve bereid aan te nemen dat de detentie van Erkalo ook na het verstrijken van de wettelijke termijn 'rechtmatig' naar Nederlands recht bleef.⁷

3.2.2 Drie redenen voor terughoudendheid

35. Afgaande op deze jurisprudentie lijkt dus ook in Straatsburg geen behoefte te bestaan om de rol van *universal* (of *European*) *supreme court of appeals* aan te nemen. Een parallel kan in dit verband worden getrokken met de *margin of appreciation*, de beoordelingsruimte die het Hof aan de nationale autoriteiten laat.⁸ In het al eerder aangehaalde *Handyside*-arrest droeg het Hof een tweetal argumenten aan om een dergelijke *margin* in acht te nemen:

The Court points out that the machinery of protection established by the Convention is subsidiary to the national systems safeguarding human rights [...]. The Convention leaves to each Contracting State, in the first place, the task of securing the rights and liberties it enshrines.

[...] it is not possible to find in the domestic law of the various Contracting States a uniform European conception of morals. The view taken by their respective laws of the requirements of morals varies from time to time and from place to place, especially in our era which is characterised by a rapid and far-reaching evolution of opinions on the subject. By reason of their direct and continuous contact with the vital for-

7. EHRM, 2 september 1998, *Erkalo – Nederland* (n.n.g., *NJB* 1998, nr. 36), r.o. 55. Het Hof constateerde overigens wel een schending van art. 5 EVRM omdat de detentie van Erkalo gedurende 82 dagen niet op een rechterlijke beslissing gebaseerd was geweest.

8. Het standaardwerk hierover is J.G.C. Schokkenbroek, *Toetsing aan de vrijheidsrechten van het EVRM* (diss. Leiden, 1996).

ces of their countries, State authorities are in principle in a better position than the international judge to give an opinion on the exact content of these requirements as well as on the 'necessity' of a 'restriction' or 'penalty' intended to meet them. [...]

Hoewel *Handyside* uiteraard speelde in een specifieke context (een onzedelijk geachte publicatie was uit de handel genomen), heeft de passage een algemeen strekking. Dat geldt in ieder geval voor het eerste argument: het systeem van het Verdrag legt het primaat van de bescherming van mensenrechten bij de nationale autoriteiten. Op grond van artikel 1 EVRM zijn zij het die de mensenrechten moeten verzekeren; op grond van artikel 19 EVRM is het Hof ingesteld om na te gaan of zij dat daadwerkelijk doen. De bepaling dat het Hof hiertoe pas overgaat nadat alle nationale rechtsmiddelen zijn uitgeput, maakt duidelijk dat deze primaire taak vooral toevalt aan de nationale rechter.⁹ Ook artikel 13 EVRM, op grond waarvan men recht heeft op een effectief rechtsmiddel in geval van een schending, wijst in deze richting. De logische conclusie – dat de Verdragspartijen het EVRM moeten incorporeren, zodat de nationale rechter het EVRM daadwerkelijk kan toepassen – trekt het Hof echter weer niet. Het Hof laat de staat een zekere beoordelingsvrijheid: een revérence aan de oude staatssoevereiniteit die al zoveel veren heeft moeten laten. Praktisch dezelfde factor heeft overigens nog een ander effect: van oudsher is het Hof geneigd om zijn oordelen waar mogelijk te baseren op (en te beperken tot) de concrete omstandigheden van het geval; algemene uitspraken worden meestal vermeden.¹⁰

Het tweede argument in *Handyside* luidt dat de nationale autoriteiten doorgaans ('in principle') beschikken over een betere beoordelingspositie dan het EHRM waar het de feiten betreft, alsmede de nationale juridische en maatschappelijke context. Zo erkende het Hof in de zaak *Winterwerp* dat de nationale autori-

9. Zo constateert de Hoge Raad, *Toelichting op de jaarcijfers 1995 en 1996*, p. 15.

10. Een greep uit de jurisprudentie waarin het Hof zijn oordeel met nadruk toespitst op de voorliggende casus: EHRM, 21 februari 1975, *Goldier – VK* (A-18), r.o. 39; 13 augustus 1981, *Young, James & Webster – VK* (A-44), r.o. 53; 18 december 1987, *F. – Zwitserland* (A-128), r.o. 31; 25 mei 1993, *Kokkinakis – Griekenland* (A-260-A), r.o. 35; 25 november 1996, *Wingrove – VK* (RJD 1996, p. 1937), r.o. 50.

teiten 'a certain discretion' toekwam bij de vraag of de geestelijke gesteldheid van de klager destijds noopte tot zijn gedwongen opname.¹¹ Voor het Hof is het praktisch onmogelijk om, zoveel jaar na dato, zelfstandig na te gaan of de staat waarin de klager destijds verkeerde, zijn gedwongen opname rechtvaardigde. Het kan ook voorkomen dat de autoriteiten een bijzondere deskundigheid op een bepaald terrein hebben opgebouwd. In de zaak *Cruz Varas* gaf het Hof te kennen dat

it also attaches importance to the fact that the Swedish authorities had particular knowledge and experience in evaluating claims of the present nature by virtue of the large number of Chilean asylum-seekers who had arrived in Sweden since 1973. The final decision to expel the applicant was taken after thorough examinations of his case by the National Immigration Board and by the Government.¹²

Daarmee kom ik op een derde argument om een zekere beoordelingsruimte aan de nationale autoriteiten te laten en in verband daarmee de rol van Europese beroepsrechter uit de weg te gaan. Een argument dat slechts gaandeweg aan belang heeft gewonnen: doelmatigheid. Het ontbreekt het Hof ten ene male aan de middelen om zaken *de novo* te beoordelen. In logistiek opzicht dreigt het Hof nu al te bezwijken onder de stroom klachten; in procedureel opzicht mist het tal van essentiële bevoegdheden om een waarlijk rechterlijke rol te spelen. En zelfs al beschikte het over die bevoegdheden: met duizenden nieuwe klachten per jaar kan het Hof bezwaarlijk in iedere zaak weer getuigen en deskundigen oproepen om de situatie te reconstrueren. Het Hof moet zich dus voor een belangrijk deel verlaten op de nationale rechter, in ieder geval waar het diens vaststelling

11. EHRM, 24 oktober 1979, *Winterwerp - Nederland* (A-33), r.o. 40. Verg. ook EHRM, 5 november 1981, *X - VK* (A-46), r.o. 41, en EHRM, 2 maart 1987, *Monnell & Morris - VK* (A-115), r.o. 49. Recenter bijv. EHRM, 28 oktober 1998, *Söderbäck - Zweden* (n.n.g., *NJB* 1999, nr. 1), r.o. 33.

12. EHRM, 20 maart 1991, *Cruz Varas - Zweden* (A-201), r.o. 81.

van de feiten betreft.¹³ Op de lange termijn is het Europese stelsel voor de bescherming van de rechten van de mens slechts levensvatbaar als de nationale rechter daaraan een adequate bijdrage levert. Wat geldt voor het samenspel tussen EG-Hof van Justitie en nationale rechter in het kader van het Gemeenschapsrecht, geldt ook hier: het EHRM *kan* het niet alleen af.¹⁴

Hoe dat ook zij, het Hof zelf meent dat het een zekere beoordelingsruimte aan de nationale autoriteiten behoort te laten. Om dezelfde redenen wenst het niet, als een vierde instantie, de plaats van de nationale rechter in te nemen.

3.2.3 *Cassatie bij het EHRM!*

36. 'Cassatie bij het EHRM', schreef Brenninkmeijer niettemin in 1995.¹⁵ Aanleiding was een tweetal arresten van het Hof, *Hiro Balani* en *Ruiz Torija*, waarin een schending van artikel 6 EVRM werd aangenomen. Het Hof oordeelde dat de Spaanse appelrechter het motiveringsbeginsel, dat in artikel 6 ligt opgesloten, had geschonden door in zijn uitspraken geen aandacht te schen-

13. Zie bijv. EIIRM, 22 september 1993, *Klaas – Duitsland* (A-269), r.o. 30, en EIIRM, 7 augustus 1996, *Ferrantelli & Santangelo – Italië* (RJD 1996, p. 937), r.o. 46-50: het Hof baseert zich op de feitenvaststelling van de nationale rechter tenzij de klager voldoende materiaal aandraagt om een andere lezing te rechtvaardigen. Verg. EHRM, 4 december 1995, *Ribitsch – Oostenrijk* (A-336), r.o. 34.

14. Daarom is de huidige situatie in Turkije, waarin talloze klagers zich rechtstreeks tot Straatsburg wenden omdat zij van een nationale rechtsgang niets (te) verwachten (hebben), op den duur onhoudbaar. Zie temidden van vele zaken EHRM, 16 september 1996, *Akdivar – Turkije* (RJD 1996, p. 1192). Zaken als deze vergen het uiterste van de Straatsburgse onderzoeksvaardigheden. Documenten moeten boven water worden gehaald en vertaald, getuigen ondervraagd; het kan nodig zijn detentie-centra te bezoeken. Niet zelden spreken getuigen elkaar tegen – als ze al verschijnen op hoorzittingen van de Cie.: in de zaak *Kaya* bleven twee openbare aanklagers, ondanks een oproep van de Cie., gewoon weg (EHRM, 19 februari 1998, *Kaya – Turkije* (RJD 1998, p. 297), r.o. 38). Herhaaldelijk heeft de Cie. benadrukt dat zij de afwezigheid van een grondig onderzoek door de nationale rechter beureurde: 'It is acutely aware of its own shortcomings as a first instance tribunal of fact' (bv. in *Selçuk & Asker – Turkije* (Appl. No. 23184/94), § 145, en in *Kurt – Turkije* (Appl. 24276/94), § 159, beide t.z.t. in RJD).

15. A.F.M. Brenninkmeijer, 'Cassatie bij het EHRM', in *NJB* jrg. 70 (1995), p. 520.

ken aan bepaalde argumenten van de klager.¹⁶ Brenninkmeijer meende dat het EHRM hiermee in zekere mate de rol van cassatierechter was gaan vervullen, niet in die zin dat het zich de bevoegdheid had aangemeten de uitspraken van nationale rechters te vernietigen, maar door de kwaliteit van de motivering van de nationale rechter te toetsen. Brenninkmeijer voorzag dat talrijke processen na een nationale rechtsgang ook nog eens in Straatsburg zouden worden voortgezet met het argument dat de nationale rechter een of andere stelling over het hoofd had gezien. Aan zijn oproep aan het EHRM om tot een 'heldere en strikte grensbepaling te komen' is tot nu toe geen gevolg gegeven.¹⁷

Voor het Hof valt aan de door Brenninkmeijer gesignaleerde toets natuurlijk niet te ontkomen nu het eenmaal heeft aanvaard dat artikel 6 een motiveringsverplichting bevat. Hetzelfde verschijnsel doet zich voor bij de jurisprudentie inzake anonieme getuigen. Indien het Hof in *Kostovski* bepaalt dat een strafvonnis niet uitsluitend of 'to a decisive extent' mag worden gebaseerd op verklaringen van anoniem gebleven getuigen,¹⁸ dan zal het toch ook moeten nagaan welk gewicht in nationale procedures is toegekend aan specifieke verklaringen. En inderdaad oordeelde het Hof dat dergelijke verklaringen in de *Doorson*-zaak geen, en in de *Van Mechelen*-zaak wel een doorslaggevende rol hadden gespeeld.¹⁹ Wijkt de rol van het EHRM hier nu fundamenteel af van die in *Hiro Balani* en *Ruiz Torija*?

Soms ligt de opdracht tot Straatsburgse cassatie-rechtspraak, als men het dan zo wil noemen, al besloten in het EVRM zelf. Ver-

16. EHRM, 9 december 1994, *Ruiz Torija en Hiro Balani - Spanje* (A-303-A resp. B, NJ 1997, nr. 20, m.nt. EAA), r.o. 27. Het Hof had zich overigens al eerder in deze richting uitgelaten: EHRM, 16 december 1992, *Hadjianastassiou - Griekenland* (A-252), r.o. 33, en FHRM, 19 april 1994, *Van de Hurk - Nederland* (A-288), r.o. 61.

17. Brenninkmeijer wierp de vraag op of toepassing van artikel 101a Wet RO ('Indien de Hoge Raad oordeelt dat een aangevoerde klacht niet tot cassatie kan leiden en niet noopt tot beantwoording van rechtsvragen in het belang van de rechtseenheid of rechtsontwikkeling, dan kan hij zich bij de vermelding van de gronden van zijn uitspraak te dier zake beperken tot dit oordeel') wel verenigbaar is met art. 6 EVRM. Inmiddels is die vraag positief beantwoord, zij het 'slechts' door de Cic.: zie *Trema* 1997, p. 335.

18. EHRM, 20 november 1989, *Kostovski - Nederland* (A-166, NJ 1990, nr. 245, m.nt. FAA), r.o. 44.

19. Resp. FHRM, 26 maart 1996, *Doorson - Nederland* (RJD 1996, p. 446; NJ 1996, nr. 741), r.o. 76, en EHRM, 23 april 1997, *Van Mechelen e.a. - Nederland* (RJD 1997, p. 691; NJ 1997, nr. 635, m.nt. Kn.), r.o. 63.

schillende bepalingen verlangen immers dat de autoriteiten, waar zij de uitoefening van bepaalde rechten beperken, binnen de grenzen van de nationale wet blijven. Zo constateerde het Hof in *Van der Leer* een schending van artikel 5 EVRM, omdat de kantonrechter in strijd met de toenmalige Krankzinnigenwet had nagelaten de klaagster te horen alvorens een rechterlijke machtiging voor haar opname te verlenen.²⁰ In de zaak *Lukanov* was een oud-premier gearresteerd op basis van een wat wonderlijke beschuldiging: zijn kabinet had dermate grote bedragen aan ontwikkelingshulp verstrekt dat de nationale economie was ontwricht. Ook hier diende het Hof na te gaan of de detentie een wettelijke basis had – een vraag die met grote stelligheid bevestigend was beantwoord door de openbare aanklager. Het Hof overwoog:

Where the Convention refers directly back to domestic law, as in Article 5, compliance with such law is an integral part of the obligations of the Contracting States and the Court is accordingly competent to satisfy itself of such compliance where relevant (Article 19); the scope of its task in this connection, however, is subject to limits inherent in the logic of the European system of protection, since it is in the first place for the national authorities, notably the courts, to interpret and apply domestic law [...].²¹

We zien hier hoe het Hof laveert tussen zijn wens geen vierde instantie te vormen en zijn verplichting om toe te zien op de naleving van de wet door de nationale autoriteiten.

3.2.4 Toch een vierde instantie

37. De ophef rond *Hiro Balani* staat intussen niet op zichzelf. Straatsburg krijgt vaker het verwijt als vierde instantie op te tre-

20. EHRM, 21 februari 1990, *Van der Leer – Nederland* (A-170-A), r.o. 23.

21. EHRM, 20 maart 1997, *Lukanov – Bulgarije* (RJD 1997, p. 543), r.o. 41. Het Hof verwierp de stelling dat het voorarrest naar Bulgaars recht rechtmatig was en constateerde op die grond een schending van art. 5. Zo ook bijv. EHRM, 29 mei 1997, *Tzirlis & Kouloumpas – Griekenland* (RJD 1997, p. 909), r.o. 59: 'in deciding on [...] the lawfulness of their detention, the military authorities blatantly ignored this case-law'.

den, en interessant genoeg klinken die geluiden soms ook binnen het Hof zelf.

De kiemen van deze ontwikkeling liggen al in *Handyside*. Nadat het Hof had aangegeven dat de nationale autoriteiten een *margin of appreciation* toekomt, haastte het zich daaraan toe te voegen dat zij hiermee geen *carte blanche* kregen. De *margin* gaat gepaard met *European supervision*. Het Hof beperkt zich niet tot een toets waarbij het nagaat of de nationale autoriteiten redelijk en te goeder trouw hebben gehandeld. Het beoordeelt de gewraakte handeling in het kader van de zaak als geheel, en gaat na of de inmenging proportioneel is aan het nagestreefde doel. Juist in de proportionaliteitstoets, die vooral wordt gehanteerd bij klachten over schending van de artikelen 8-11 EVRM, ligt een potentiële basis voor *fourth instance*-jurisprudentie. Wel of geen vierde instantie blijkt in de praktijk namelijk eerder een gradueel verschil te zijn dan een zwart-wit onderscheid.

De *TBKP*-zaak biedt een voorbeeld. Kort na haar oprichting was een politieke partij in Turkije verboden. Toen de partij in Straatsburg klaagde over schending van artikel 11, kondigde het Hof een strenge toets aan:

[...] the exceptions set out in Article 11 are, where political parties are concerned, to be construed strictly; only convincing and compelling reasons can justify restrictions on such parties' freedom of association. In determining whether a necessity within the meaning of Article 11 § 2 exists, the Contracting States possess only a limited margin of appreciation, which goes hand in hand with rigorous European supervision embracing both the law and the decisions applying it, including those given by independent courts. The Court has already held that such scrutiny was necessary in a case concerning a Member of Parliament who had been convicted of proffering insults [...]; such scrutiny is all the more necessary where an entire political party is dissolved and its leaders banned from carrying on any similar activity in the future.²²

Van een werkelijke *margin of appreciation* was vervolgens geen sprake meer; het Hof constateerde een schending van artikel 11.

22. EHRM, 30 januari 1998, *United Communist Party of Turkey (TBKP) e.a. – Turkije* (RJD 1998, p. 1; NJB 1998, nr. 12), r.o. 46.

Deze uitspraak past in een trend die met name zaken betreffende de vrijheid van meningsuiting (artikel 10 EVRM) raakt.²³ Het Hof heeft in deze zaken steeds sterker de neiging in het geheel geen *margin of appreciation* toe te kennen aan de nationale autoriteiten. Dat leidt tot uitvoerige analyses van de feiten van het geval en zeer specifieke oordelen. Zo leidde het aan een wetenschapper opgelegd verbod om artikelen te publiceren met de strekking dat het gebruik van de magnetron schadelijke gevolgen heeft voor de gezondheid, in de zaak *Hertel* tot een 25 pagina's tellend arrest met zeer uitgebreide citaten. Als het Hof uiteindelijk concludeert dat artikel 10 EVRM is geschonden, schrijft de Duitse rechter Bernhardt, op dat moment president van het Hof, in een *dissenting opinion* dat de meerderheid 'reviews the decisions of the national courts like a court of last instance'.²⁴

38. Illustratief is ook de jurisprudentie met betrekking tot vreemdelingen die met uitzetting worden bedreigd. Deze jurisprudentie is deels gebaseerd op artikel 8 EVRM: uitzetting kan inbreuk maken op het gezinsleven van de vreemdeling. Het bekende *Berrehab*-arrest²⁵ heeft de weg gebaand voor een Straatsburgse jurisprudentie die inmiddels dermate casuïstisch is, dat rechter Martens sprak van 'a lottery for national authorities and a source of embarrassment for the Court'.²⁶ Dit vloeit voort uit het feit dat het Hof zich, als een soort beroepsrechter, nauwkeurig verdiept in de concrete omstandigheden van ieder geval teneinde na te gaan of de uitzetting een proportionele maatregel

23. Maar ook andere bepalingen. Bij een toets aan art. 2 hanteert het Hof 'the most careful scrutiny' (EHRM, 27 september 1995, *McCann - VK* (A-324), r.o. 150); bij een toets aan art. 3 'its scrutiny must be particularly thorough' (*Ribitsch*, r.o. 32). In EHRM, 16 december 1997, *Camenzind - Zwitserland* (RJD 1997, p. 2880), r.o. 45, kondigde het Hof aan 'particularly vigilant' te zijn in zijn beoordeling onder art. 8 van een huiszoeking zonder rechterlijk verlof.

24. EHRM, 25 augustus 1998, *Hertel - Zwitserland* (n.n.g., NJB 1998, nr. 35). Verg. ook de casuïstische benadering in twee op 25 november 1997 gewezen arresten: *Grigoriades - Griekenland* en *Zana - Turkije* (RJD 1997, p. 2533 resp. p. 2575), waarin het zwaar verdeelde Hof tot tegenovergestelde conclusies kwam.

25. EHRM, 21 juni 1988, *Berrehab* (A-138, NJ 1988, nr. 746, m.nt. EAA; NJCM-Bull. 1988, p. 579, m.nt. JDMS).

26. EHRM, 24 april 1996, *Boughanemi - Frankrijk* (RJD 1996), p. 613, § 4.

is. De voorspelbaarheid en daarmee de precedent-werking van de betreffende Straatsburgse arresten nemen navenant af.

Een andere tak van de vreemdelingen-jurisprudentie is gebaseerd op artikel 3 EVRM. Zoals bekend heeft het Hof in de zaak *Soering* aanvaard dat een Verdragspartij zich schuldig kan maken aan schending van artikel 3 EVRM, indien zij een persoon uitlevert of uitzet terwijl er een *real risk* bestaat dat betrokkene daarmee wordt blootgesteld aan mishandeling.²⁷ Niet zelden leidt dit type klacht in Straatsburg tot een zeer indringende toets. In de zaak *Hatami* stelde een uitgeprocedeerde asielzoeker dat uitzetting naar Iran een schending van artikel 3 zou opleveren. De Commissie bestudeerde het dossier, zond een delegatie naar Zweden, hoorde de betrokkene alsmede een aantal ambtenaren – en kwam na nog een drietal schriftelijke ronden tot de conclusie dat uitzetting inderdaad onverenigbaar was met artikel 3. Uiteindelijk werd een schikking bereikt terwijl de zaak bij het Hof aanhangig was,²⁸ maar waar het om gaat is dat de Commissie hier toch evident als *fourth instance* optrad.

In de zaak *Chahal* wilden de Britse autoriteiten overgaan tot uitzetting van een Sikh, wiens politieke activiteiten hadden geleid tot spanningen met India. Chahal claimde dat uitzetting naar India in strijd zou zijn met artikel 3 EVRM. Op verzoek van de Straatsburgse organen schortten de Britse autoriteiten zijn uitzetting op hangende de procedure in Straatsburg. Toen de zaak eenmaal bij het Hof was aangekomen, brachten de Britten naar voren dat de situatie in India inmiddels dermate was verbeterd, dat uitzetting van Chahal geen gevaren (meer) met zich meebracht. Zo deed zich de vraag voor op welk moment moet worden nagegaan hoe de situatie in het land van bestemming is. Wie *Soering* leest, zou menen: op het moment dat de autoriteiten tot uitzetting beslissen.²⁹ Zo niet het Hof in *Chahal*:

27. EHRM, 7 juli 1989, *Soering – VK* (A-161, NJ 1990, 158).

28. EHRM, 9 oktober 1998, *Hatami – Zweden* (n.n.g.).

29. Zie *Soering*, r.o. 91: 'The decision by a Contracting State to extradite a fugitive may give rise to an issue under Article 3, and hence engage the responsibility of that State under the Convention [...]'.
 30. Zie *Chahal*, r.o. 31.

although the historical position is of interest in so far as it may shed light on the current situation and its likely evolution, it is the present conditions which are decisive.³⁰

Dat lijkt een logische beslissing. Het Hof kan moeilijk een uitzetting laten passeren in de wetenschap dat de situatie in het ontvangende land ernstig is verslechterd sinds de klacht in Straatsburg aanhangig werd gemaakt. Maar daarmee is wel een fundamentele stap gezet. Niet langer gaat het Hof na of de *nationale* autoriteiten indertijd tot uitzetting hadden mogen besluiten: het Hof onderzoekt of uitzetting toelaatbaar is op het moment dat het zelf over de zaak oordeelt.

3.2.5 *Uitputting van nationale rechtsmiddelen*

39. Steeds weer komt een spanning aan de oppervlakte: aan de ene kant de terughoudendheid die het Hof voor zichzelf ziet weggelegd, aan de andere kant de wenselijkheid van individuele rechtsbescherming. Naarmate het Hof een kleinere *margin of appreciation* aan de nationale autoriteiten laat, is het beter in staat zelf bescherming te bieden aan de individuele klager. Voor Hatami en Chahal is het uiteraard van het grootste belang geweest dat 'Straatsburg' zich over hun zaak heeft ontfemd en hun uitzetting naar Iran resp. India heeft voorkomen. Maar hoe verhoudt dit zich tot het gegeven dat het Hof zelf de rol van vierde instantie op uiteenlopende gronden afwijst?

Een vergelijkbaar dilemma treffen we aan bij de eis dat de klager de nationale rechtsmiddelen heeft uitgeput voordat hij zich tot het Straatsburgse Hof wendt (artikel 35 lid 1 EVRM). De ratio van deze bepaling is dat een staat zich niet ten overstaan van een internationaal orgaan behoeft te verantwoorden voor zijn daden indien hij niet eerst de kans heeft gehad om intern orde op zaken te stellen.³¹ In de zaak *Ahmet Sadik* was een Griekse politicus

30. EHRM, 15 november 1996, *Chahal - VK* (RJD 1996, p. 1831), r.o. 86, bevestigd in EHRM, 17 december 1996 *Ahmed - Oostenrijk* (RJD 1996, p. 2195), r.o. 43. Om op deze conclusie te kunnen uitkomen stelde het Hof in *Chahal* zonder blikken of blozen dat 'it is well-established case-law of the Court that *expulsion* by a Contracting State may give rise to an issue' (r.o. 74, curs. toegev.).

31. Zie reeds EHRM, 18 juni 1971, *De Wilde, Ooms & Versyp - België* (A-12), r.o. 50.

tot 15 maanden gevangenisstraf veroordeeld omdat hij het had bestaan zijn achterban als 'Turks-islamitisch' aan te duiden. Tijdens het proces had hij zich op tal van argumenten beroepen, maar de vrijheid van meningsuiting had hij niet met zoveel woorden genoemd. Toen Ahmet Sadık in Straatsburg klaagde over schending van artikel 10 EVRM, stelde de Griekse regering bij wijze van preliminair verweer dat hij de nationale rechtsmiddelen niet naar behoren had uitgeput. Wat te doen? Weinigen zullen betwisten dat de zaak, op z'n merites beoordeeld, een schending van het EVRM opleverde. Het belang van individuele rechtsbescherming pleit er dan ook voor een dergelijke klacht ontvankelijk te verklaren en Griekenland de oren te wassen. Rechter Martens pleitte met kracht voor een *pro victima* benadering van het uitputtingsvereiste. Op zijn stelling dat de Griekse rechter in de positie was geweest om het EVRM desnoods *ex officio* toe te passen, komen wij later (§ 6.2) terug. Maar Martens was in de minderheid. Een meerderheid legde de nadruk op het subsidiaire karakter van het Straatsburgse toezichtmechanisme en het recht van de staat om niet te worden overvallen door een klacht in Straatsburg zonder dat die eerst aan de nationale rechter is voorgelegd. Met zes stemmen tegen drie wees het Hof de klacht af.³²

§ 3.3 Vooruitblik

40. De komende jaren zal het Europees Hof voor de Rechten van de Mens blijven worstelen met de verleiding van het concrete geval. Dreigende uitzettingen en controversiële beperkingen zullen het Hof keer op keer uitnodigen tot een zeer indringende toets waarbij het in wezen de rol van *fourth instance* vervult. Het Hof kan ook niet zomaar aan deze zaken voorbij gaan. Het behoort immers tot zijn missie om te voorzien in rechtsbescherming in individuele gevallen. Is het geen vaste jurisprudentie dat 'the procedural provisions of the Convention must, in view of the fact that the Convention and its institutions were set up to protect the individual, be applied in a manner which serves to make the system of individual applications efficacious'?³³ Tegelijkertijd zal het Hof de boot zoveel mogelijk afhouden.

32. EHRM, 15 november 1996, *Ahmet Sadık - Griekenland* (RJD 1996, p. 1638).

33. EHRM, 6 september 1978, *Klass - BW* (A-28), r.o. 34.

Meer nog dan welke ideologische overweging ook zal het de werkdruk zijn die het Hof daartoe dwingt. Als de stroom klachten uit Centraal- en Oost-Europa eenmaal goed op gang komt, zal Straatsburg wel moeten hergroeperen. De inwerkingtreding van het Elfde Protocol zal dat effect versterken: niet langer beschikt het Hof over de luxe van een Commissie die het merendeel der klachten wegfilt. Het enige realistische scenario bij, zeg, 20.000 klachten per jaar is dat het Hof zich op de hoofdlijnen concentreert en de concrete bescherming van mensenrechten waar mogelijk overlaat aan de nationale rechter. In dat perspectief valt begrip op te brengen voor het teleurstellende meerderheidsoordeel in *Ahmet Sadık*. Immers: voorzover dit arrest de burger stimuleert om zijn op het EVRM gebaseerde klachten al tijdens de nationale rechtsgang naar voren te brengen, draagt het waarschijnlijk meer bij aan de Europese bescherming van mensenrechten op de lange termijn, dan de *ad hoc* beslissing om deze klacht toe te laten en anderen indirect aan te moedigen het voorbeeld van Ahmet Sadık te volgen. Hier past een algemenere overweging: indien het Hof te snel aanneemt dat de nationale rechtsmiddelen in het geheel niet behoeven te worden uitgeput omdat zij niet effectief zijn, ontnemt het de nationale rechter de mogelijkheid te bewijzen dat hij wel degelijk effectieve bescherming kan verlenen.³⁴

Een effectieve, gedecentraliseerde bescherming van de mensenrechten veronderstelt intussen wel dat de materiële betekenis van de rechten en vrijheden van het EVRM ondubbelzinnig vast staat, voor zover dat met dynamische mensenrechten het geval kan zijn. Dat vereist helder geformuleerde Straatsburgse jurisprudentie. Contraproductief en achterhaald is dan ook de traditionele neiging van het Hof om zijn oordelen waar mogelijk te beperken tot de concrete omstandigheden van het geval. Con-

34. Verg. de voorkeur voor rechtsbescherming op nationaal niveau, uitgesproken door L.A.D. Keus, 'Acties van het individu wegens schendingen van het internationale recht door staten', in *Med. NVIR* dl. 115 (1997), p. 92-94, 123-126; T. Barkhuysen, *Artikel 13 EVRM: effectieve nationale rechtsbescherming bij schending van mensenrechten* (diss. Leiden, 1998), m.n. p. 12-14, 267-276; T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, 'Rechtsbescherming bij schending van het EVRM: betere (samen)werking van Straatsburgse en Nederlandse instanties gewenst', in *NJCM-Bulletin* jrg. 23 (1998), p. 678-688. E.e.a. veronderstelt dat de nationale rechter in staat is de mensenrechten te beschermen en dat ook doet. Waar een burger zich op goede gronden niet tot de rechter durft te wenden, is een soepele ontvankelijkheidstest uiteraard geboden.

trapproductief, want een te zeer op de feiten toegespitst oordeel roept speculaties op over de algemene regel die eraan ten grondslag zou kunnen liggen, leidt tot rechtsonzekerheid en nodigt nieuwe klagers uit. Het gevolg: nog meer klachten, nog minder tijd voor reflectie, een nog sterkere neiging om zaken op de feiten af te doen. Achterhaald, want de schroom van het Hof om algemene regels te formuleren mag dan in de eerste decennia van het Hof op zijn plaats zijn geweest, nu is daarvoor geen reden meer. Indien het Hof het EVRM ziet als 'a constitutional instrument' (zie § 2.2.3), mag het zichzelf ook wat meer gedragen als een constitutionele rechter – dat wil in ieder geval zeggen: een rechter die zich zoveel mogelijk op de hoofdlijnen concentreert.

41. Dit is derhalve een pleidooi voor een sterker accent op de rechtsvormende taak van het Hof.³⁵ Daarbij ben ik mij bewust van de moeilijkheden die gepaard gaan met het vinden van algemene formuleringen: interne meningsverschillen, het probleem dat men niet altijd kan overzien in welke situaties een regel toepassing kan vinden.³⁶ Maar hopelijk zal hun *full-time* aanstelling de rechters van het nieuwe Hof des te beter in staat stellen inhoudelijke overeenstemming te bereiken over de interpretatie van het Verdrag. Een serie arresten die het oude Hof in het aangezicht van zijn opheffing wees, laat in ieder geval zien dat het formuleren van algemene regels zeer wel mogelijk is.³⁷ Feit is dat de Straatsburgse procedure niet in alle opzichten het ideale mechanisme vormt voor het formuleren van algemene regels. Het Hof krijgt min of meer toevallig zaken in de schoot geworpen en wordt dan voor een belangrijk deel geleid door de argumenten van de partijen. Zelf is het onvoldoende geëqui-

35. Zie in gelijke zin bijv. E.A. Alkema, 'De Europese Conventie: begin van een Europese Constitutie?', in *40 jaar EVRM* (1990), p. 346; de *dissent* van – alweer – Martens in EHRM, 26 april 1995, *Fischer – Oostenrijk* (A-312), p. 33, § 16.

36. In die zin bijv. Y.S. Klerk, *Het ECRM-toezichtmechanisme* (diss. Maastricht, 1995), p. 214 e.v. Verg. ook de discussie in J.M. Barendrecht, *De Hoge Raad op de hei* (1998), p. 87-98: er bestaan talrijke parallellen tussen de positie van de HIR en die van het EHRM.

37. Zie bijv. EHRM, 9 juni 1998, *McGinley & Egan – VK* (n.n.g.; *NJB* 1998, nr. 28), r.o. 101; EHRM, 23 september 1998, *Lehideux & Isorni – Frankrijk* (n.n.g.; *NJB* 1998, nr. 38), r.o. 53; EHRM, 23 september 1998, *A – VK* (n.n.g.; *NJB* 1998, nr. 39), r.o. 22; EHRM, 28 oktober 1998, *Osman – VK* (n.n.g.; *NJB* 1998, nr. 41), r.o. 115-116.

peerd om de mogelijke consequenties van zijn uitspraken voor alle (inmiddels 40!) nationale rechtsorden te overzien. Als gevolg hiervan kunnen uitspraken van potentieel algemeen belang onevenredig sterk worden gekleurd door de partijen die 'toeval-
lig' voor het Hof verschijnen.³⁸ Het verdient dan ook aanbeveling een ruimere mogelijkheid voor de Verdragspartijen (en NGO's) te creëren om schriftelijk en/of mondeling te interveniëren bij zaken voor het Hof.³⁹ Ook bestaat behoefte aan een Straatsburgse onderzoekscenheid die rechtsvergelijkend materiaal en literatuur verzamelt en de gevolgen voor derde landen van een uitspraak in de ene of andere zin in kaart kan brengen.⁴⁰ Een principiële bezwaar tegen een ruime taakopvatting van de rechter is dat deze de democratische legitimatie mist om algemene regels te stellen. Dat klassieke bezwaar verkrijgt op internationaal niveau een extra dimensie: kan de rechtsontwikkeling door de nationale rechter in beginsel nog worden omgebogen of bijgestuurd door de wetgever, bij uitspraken van het EHRM ontbreekt een reële mogelijkheid daartoe.⁴¹ Terwijl het Straatsburgse Hof een uiterst waardevolle aanvulling vormt op het nationale systeem van *checks and balances*, is het zelf niet op vergelijkbare wijze ingebed. Die vrijheid brengt een zware verantwoordelijkheid met zich mee; niet alleen noopt zij tot een zekere rechterlijke terughoudendheid, maar ook dreigt bij het ontbreken van subtielere correctiemechanismen op de (verre) achtergrond de mogelijkheid dat het Hof de steun van lidstaten ver-

38. Verg. de vergeefse poging van het VK om te interveniëren in de *Winterwerp*-zaak, aangezien een vergelijkbare zaak (*X - VK*) op dat moment aanhangig was bij de Cie. en de Britse regering vreesde voor een *fait accompli* (zie B-31, p. 65-70). Bij wijze van compromis werd het de Britten toegestaan een memorandum over de uitleg van art. 5 lid 4 in te dienen (B-31, p. 115-121).

39. Zie daarover J.P. Loof, 'Amicus curiae in Straatsburg: een rol voor ngo's binnen het EVRM-toezichtmechanisme', in *45 jaar EVRM* (1996), p. 13-31.

40. In die zin de interviews met Martens (*NJB* 1991, p. 470) en Van Dijk (*NJCM-Bulletin* 1997, p. 109).

41. Verg., m.m., A.M. Donner, 'Het beleid van de rechter ten aanzien van grond- en mensenrechten', in Koekkoek e.a. (red.), *Grondrechten - Commentaar op hoofdstuk 1 van de herziene Grondwet* [Jeukens-bundel] (1982), p. 41-48.

speelt.⁴² Het Hof zal in voorkomende gevallen moeten taxeren hoe groot dit risico is en dit afwegen tegen zijn taak de individuele mensenrechten te beschermen. Het tegenargument van de democratische legitimatie weegt intussen niet zo zwaar dat het Hof algemene uitspraken uit de weg moet gaan. De Verdragspartijen hebben het Hof immers opgedragen het EVRM uit te leggen; beter dan de nationale rechter is het gespecialiseerde Straatsburgse Hof in staat coherente Europese maatstaven te ontwikkelen. In de praktijk bestaat aantoonbare behoefte aan helder geformuleerde interpretaties die zich lenen voor een brede toepassing. Wie meent dat het Hof zich daarmee begeeft buiten het kader dat de rechter past, mag uitleggen waarom het *Funke*-oordeel te verkiezen valt boven *Saunders*.⁴³

Op dit punt past nog de sussende kanttekening dat schrikbeelden van een Straatsburgse Maître Albedil althans tot nu toe overdreven zijn gebleken. Door waar nodig een zekere *margin of appreciation* aan de nationale wetgever te laten, kan het EHRM heldere beginselen formuleren zonder dat onwerkbare situaties het onmiddellijk gevolg zijn. Zo moet ook de opmerking worden verstaan dat het Hof geen rechten in het Verdrag zal 'inlezen' die de Verdragspartijen daar doelbewust buiten hebben gelaten: het EHRM is zich bewust van zijn delicate positie.⁴⁴ Tegelijkertijd brengt het bijzondere karakter van het EVRM als diep geworteld mensenrechtenverdrag met zich mee dat het Hof zich niet al te timide dient op te stellen. Wel wordt in de literatuur

42. Verg. de zeer felle reactie van de Britse regering op EHRM, 27 september 1995, *McCann e.a. - VK* (A-324), waarin het Hof oordeelde dat een militaire actie tegen drie IRA-terroristen, die een bomaanslag op Gibraltar zouden voorbereiden, een schending van het recht op leven opleverde. De toenmalige premier John Major deed het arrest af als 'irresponsible and defying common sense'. In een memorandum liet het *Foreign Office* weten dat 'the British government has been concerned about some recent judgments of the Court and would like to see certain changes to promote fairness and to ensure that the Strasbourg institutions take all factors into account'.

43. In beide arresten staat het (niet expliciet in art. 6 EVRM vermelde) zwijgrecht centraal. In EHRM, 25 februari 1993, *Funke - Frankrijk* (A-256-A), r.o. 44, gaf het Hof in een enkele bijzin aan dat art. 6 ook het zwijgrecht omvat. Die bondigheid van riep tal van vragen op. De 'ontstane onrust' (aldus annotator Knigge in *NJ* 1997, nr. 699) werd pas weggenomen door het veel uitvoeriger EHRM, 17 december 1996, *Saunders - VK* (RJD 1996, p. 2044), r.o. 67 e.v.

44. Zie bijv. EHRM, 18 december 1986, *Johnston - Ierland* (A-112), r.o. 53.

gewaarschuwd dat het Hof zich niet tot steller van de wet moet ontoppen.⁴⁵

42. Het Hof dient waar mogelijk te streven naar duidelijk geformuleerde interpretaties van het EVRM. Die eis mag ook worden gesteld aan de *concurring* en *dissenting opinions* van de individuele rechters. Men schrijft een *opinion* (of behoort dat te doen) in de hoop dat de daarin verdedigde benadering weerklinkt en op den duur zal worden overgenomen. In die zin rust ook op de individuele rechter de plicht om bij te dragen aan de ontwikkeling van het recht. Aan een 'dissent' als die van de Russische rechter Toumanov in de zaak *Tekin* – 'I voted for no violation of Article 3 of the Convention'⁴⁶ – hebben we niets.

43. Bij een hoge werkdruk is het verleidelijk om zaken waarin slechts een gering (financieel) belang op het spel staat, reeds op voorhand af te wijzen. Maar, afgezien van afbakeningsproblemen: ook ogenschijnlijk onbelangrijke zaken kunnen leiden tot fundamentele beslissingen. Pleidooien voor de invoering van griffiegelden, het beboeten van frivole klachten of het opwerpen van procedurele drempels die zijn gerelateerd aan de inhoud van de klacht, onderschrijf ik niet.⁴⁷ Misschien valt een *certiorari*-systeem, waarbij het Hof vrij is om klachten op inhoudelijke gronden te selecteren, op den duur niet te vermijden, maar ook in dat opzicht biedt de huidige ontvankelijkheidstest al veel ruimte.

Evenmin wil ik pleiten voor ruimere toepassing van het kniesoorbeginsel, zoals Wattel het eerder op deze plaats zo beeldend om-

45. Zie bijv. T. Loenen, 'Het EHRM als toetsers of steller van de wet?', in *45 jaar EVRM* (1996), p. 75-82, en S. Gerbrandy, *De andere kant van de maa – Sprekende minderheden in Straatsburg* (1998). Vrg. ook de oproep tot 'prudent restraint' van de scheidende Nederlandse rechter in het Hof, P. van Dijk, 'Positive Obligations in the ECHR: Are the States Still the 'Masters' of the Convention?', in *The Nation-State*, p. 32-33.

46. EHRM, 9 juni 1998, *Tekin – Turkije* (n.n.g.). Het valt dan ook te betreuren dat ook de nieuwe *Rules of Court* voorzien in de mogelijkheid dat een rechter volstaat met 'a bare statement of dissent' (Rule 74 lid 2).

47. Anders: T. Zwart, *The Admissibility of Human Rights Petitions* (diss. Leiden, 1994).

schreef.⁴⁸ Zeker, naast gevallen van foltering lijkt de klacht over de pantoffelslagen van een Britse hoofdonderwijzer te verbleken. Toch moet men hiermee oppassen: een *de facto* verlaging van de Straatsburgse maatstaven ligt op de loer. Een te vergaande verfijning in de jurisprudentie zou, zo zegt men, het gezag van het Straatsburgse toezicht kunnen ondermijnen. Die verfijning is echter tot op zekere hoogte onvermijdelijk als men mensenrechten juridisch operationaliseert. Gesteld wordt wel dat Straatsburgse veroordelingen in bagatelzaken leiden tot irritatie bij de Verdragspartijen, maar ik vermoed dat het veeleer een gebrekkige motivering is die aanleiding geeft tot irritatie dan de feitelijke inzet van een zaak (denk alleen maar aan *Brogan, Funke* en *Procola*). Daarmee is niet gezegd dat het EHRM zich aan een ongebreidelde scherpstijperij moet overgeven, of dat begrippen als 'foltering' en 'discriminatie' te pas en te onpas uit de kast moeten worden gehaald. Uit de bestaande jurisprudentie is mij echter geen zaak bekend waarvan de inzet dusdanig 'laag' of 'onbelangrijk' was dat het Hof zich er niet over had *behoren* uitspreken.⁴⁹ Het Hof heeft soms een schending geconstateerd terwijl anderen dat niet zouden doen, maar dat is iets anders. Bepalend voor het juridische belang van een zaak is niet de inzet van de klacht maar de wijze waarop het Hof zijn oordeel formuleert. Met een restrictieve benadering kan een zaak worden af-

48. P.J. Wattel, 'De reikwijdte van fundamentele rechten in belastingzaken', in *Handelingen NJV* 1995-I, p. 221. In min of meer gelijke zin F.A. Alkema, 'De Europese Conventie: begin van een Europese constitutie?', in *40 jaar EVRM* (1990), p. 342-344; van dezelfde auteur 'De minimis non curat praetor? - Verregaande verfijning in de rechtspraak', in Huls (red.) *Grenzen aan mensenrechten* (1995), p. 73, en 'Strafrechtelijke schuld en bestuurlijke boete', in *Mens en recht - kanttekeningen bij conclusies van Leo Meijers* (1996), p. 252; L.F.M. Verhey, 'Implementatie van het EVRM door de wetgever', in *45 jaar EVRM* (1996), p. 108-109. Anders: E. Korthals Altes in zijn interventie, *Handelingen NJV* jrg. 125 (1995-II), p. 71-74.

49. Verg. 'Hoc ver moet Straatsburg gaan?', in *NJCM-Bulletin* jrg. 19 (1994), p. 607-609. Men kan een uitzondering maken voor de ontelbare klachten over schending van de redelijke termijn (art. 6 EVRM) in Italië. Deze klachten plachten te worden afgedaan door Cie. en Comité van Ministers (art. 32 EVRM-oud), maar zullen nu door het EHRM moeten worden behandeld. Dergelijke zaken horen niet thuis op het internationale niveau - niet omdat de inzet er niet toe doet, maar omdat zij geen enkele nieuwe rechtsvraag oproepen en een onevenredig beroep doen op de Straatsburgse capaciteit. De Italiaanse rechtsoordelen zou zelf een oplossing moeten aandragen. Als er gens het belang van een decentrale bescherming van het EVRM blijkt, is het hier.

gedaan op de feiten; met een algemene formulering kan het Hof de ontwikkeling van het recht sturen – of daartoe althans een poging doen. Waarvoor men in de raadkamer kiest is een kwestie van rechterlijk beleid.

EXCURSIE: PROLIFERATIE VAN PREJUDICIËLE PROCEDURES?

§ 4.1 Inleiding

44. Er bestaat in de rechtspraktijk een vanzelfsprekende behoefte aan inzicht in de Straatsburgse opvattingen over de uitleg van het EVRM. In het vorige hoofdstuk kwam naar voren dat het huidige systeem maar ten dele aan die behoefte tegemoet komt. Straatsburg spreekt tot ons via arresten die, het is al gezegd, altijd meer of minder worden gekleurd door de feiten van het geval en door de argumenten die de partijen naar voren brengen. *Welke* onderwerpen door het Hof worden behandeld, is afhankelijk van de vraag welke klachten in Straatsburg worden ingediend. Doet zich een nieuwe rechtsvraag voor, dan zijn klagers gedwongen eerst de nationale rechtsmiddelen uit te putten voordat zij een oordeel aan het Hof kunnen ontlokken – een tijdrovende en mogelijk kostbare procedure.

Niet alleen voor de klager is dit een omslachtig systeem. Dat geldt ook voor de rechter die wil weten of zijn koers de toets der kritiek kan doorstaan – en voor de wetgever die aarzelt over de eisen van het Verdrag. In 1971 nam Nederland het initiatief om het Hof een advies te vragen over betekenis van het EVRM voor het militaire tuchtrecht. Het Tweede Protocol (artikel 47 EVRM-nieuw) moest daarvoor de basis bieden. Het Comité van Ministers, dat exclusief bevoegd is adviesaanvragen te doen, kon hierover echter geen overeenstemming bereiken. Zo moest Nederland wachten tot 1975, toen de zaak *Engel e.a.-Nederland* kon worden voorgelegd. In zijn pleitnota sprak Nederland zijn tevredenheid uit over het feit dat nu eindelijk een oordeel van het Hof kon worden verkregen.¹

45. Deze weinig opwekkende gang van zaken staat niet op zichzelf: nog nooit heeft het Comité van Ministers om advies verzocht. Dat vormt een uitnodiging om te zoeken naar andere wegen om een oordeel te ontlokken aan het Hof, nog voordat zich

1. Zie B-20, p. 157.

een concrete schending heeft voorgedaan. Eén mogelijkheid is de adviesprocedure op Amerikaanse leest te schoeien. Artikel 64 van de Amerikaanse Conventie voor de Rechten van de Mens (1969) biedt lidstaten en organen van de OAS de mogelijkheid het Inter-Amerikaanse Hof te raadplegen over de interpretatie van deze Conventie en (zelfs) van andere mensenrechtenverdragen. Daarnaast kan het Hof zich op verzoek van een lidstaat uitspreken over de verenigbaarheid van een nationale wet met de Conventie. Deze adviesprocedure heeft in de praktijk goed gewerkt.²

46. In Straatsburgse kringen is echter meer aandacht uitgegaan naar het voorstel om, in aanvulling op de bestaande procedures, een prejudicieel stelsel te introduceren. Dat is niet verwonderlijk: de succesvolle ervaringen met een dergelijke procedure in Luxemburg vormden een voor de hand liggende inspiratiebron. Al in de vroege jaren '60 deden de Raadgevende (nu Parlementaire) Vergadering van de Raad van Europa en het Hof zelf voorstellen in deze richting. Daarna stak het op gezette tijden de kop weer op. In 1981 aanvaardde de Orde van Advocaten, op basis van preadviezen van Alkema en Baauw, met algemeen stemmen een aanbeveling van deze strekking.³ Drie jaar later ondervond het voorstel steun op een congres van het Nederlands Juristen Comité voor de Mensenrechten, ditmaal op basis van een preadvies van Schermers.⁴ Kort daarop sprak de Parlementaire Vergadering zich opnieuw uit voor invoering van een prejudiciële pro-

2. Zie voor een overzicht van de uitgebrachte adviezen A.H. Robertson & J.G. Merrills, *Human Rights in the World* (vierde druk, 1996), p. 218-226.

3. Zie E.A. Alkema, 'Advocaat en mensenrechten – vuistregels en vooruitzichten', en P.J. Baauw, 'Advocaat en mensenrechten – strafrechtspleging en Straatsburg', in *Advocatenblad* jrg. 61 (1981), p. 297-311. E.e.z. mondde uit in een resolutie: zie p. 456. Daarvoor reeds E.A. Alkema, 'De Europese Conventie en het Nederlandse recht', *Mededelingen NVIR* nr. 73 (1976), p. 179. Inmiddels lijkt zijn enthousiasme wat bekoeld: zie het interview met hem in *NJCM-Bulletin* jrg. 22 (1997), p. 114.

4. H.G. Schermers, 'Prejudiciële vragen aan het Europees Hof voor de Rechten van de Mens', in *Rechter en Mensenrechtenbeleid* (1985), p. 47-58. Verg. L. Betten & J. Korte, 'A preliminary rulings procedure in the context of merger', in *NJCM-Bulletin* jrg. 11 (1986), p. 265-270; A.Z. Drzemczewski, *European Human Rights Convention in Domestic Law* (1983), p. 330-341; G. Rees, 'The Effects of Judgments and Decisions in Domestic Law', in *European System*, p. 809. De toenmalige rechter in het EHRM, Donner, was minder enthousiast: hij vreesde toename van *Prozessfreudigkeit* (interview in *NJCM-Bulletin* jrg. 12 (1987), p. 203).

cedure.⁵ Achteraf gezien was het idee goed maar het tijdstip verkeerd: het debat over de hervorming van het Straatsburgse toezichtmechanisme spitste zich juist in die tijd toe op het voorstel om Commissie en Hof samen te voegen. Die discussie, die uiteindelijk heeft geleid tot het Elfde Protocol, was al moeilijk genoeg; men heeft de prejudiciële procedure daar maar buiten gelaten.

§ 4.2 Een prejudiciële procedure in Straatsburg – tijd voor een nieuwe poging?

47. Een uitvoerige bespreking van de voors en tegens van het voorstel valt buiten het bestek van dit preadvies.⁶ De voordelen zijn trouwens wel duidelijk: tijdwinst, helderheid over de Straatsburgse interpretatie van het EVRM, de mogelijkheid om schendingen voor te blijven, een elegantere vorm van samenwerking met de nationale rechter. Van de belemmeringen zijn de belangrijkste: de potentiële duur van de prejudiciële procedure, het karakter van het EVRM, de vermoedelijke onwil van een aantal van de betrokken staten. De voordelen lijken mij zwaarwegend, de barrières niet onneembaar.

Met prejudiciële procedures pleegt veel tijd gemoeid te zijn (de Luxemburgse ervaring is gemiddeld twee jaar). Voor rechters en partijen is dat geen aantrekkelijk vooruitzicht, al moet daarbij meteen worden aangetekend dat een prejudiciële uitspraak de noodzaak kan wegnemen om de nationale rechtsmiddelen verder uit te putten en de Straatsburgse klachtprocedure te doorlopen. Zo bezien kan een prejudiciële procedure dus ook de partijen tijdwinst opleveren.⁷ *Conditio sine qua non* voor de invocering van een prejudicieel stelsel is niettemin dat het EIIRM in staat is, c.q. wordt gesteld om op werkelijk korte termijn antwoorden te formuleren. In de huidige omstandigheden is dat niet het geval. Een onoverkomelijk obstakel ligt hier evenwel niet in; het

5. Parl. Verg., 2 oktober 1985, Recommendation 1020 (1985) on the desirability of empowering the ECHR to give preliminary rulings at the request of a national court.

6. Zie uitgebreider *Rechter en Mensenrechtenbeleid*, supra noot 4, p. 59-74.

7. Niet onvermeld mag blijven dat het EIIRM zelf van mening is dat de periode die met een prejudiciële procedure in Luxemburg gemoeid is, niet moet worden toegerekend aan de nationale autoriteiten bij de beoordeling van de redelijkheid van de procesduur (art. 6): EHRM, 26 februari 1998, *Pafitis – Griekenland* (RJD 1998, p. 436; SEW 1998, p. 220, m.nt. RAL.), r.o. 95.

meest welvarende continent ter wereld moet in staat worden gebracht het EHRM zodanig te equiperen dat het zijn taken naar behoren kan uitvoeren. De politieke wil is hier uiteindelijk beslissend. Het is in dit verband veelzeggend dat de staf van het 'Joegoslavië-tribunaal' ruim drie maal zo groot is als die van het EHRM.

Het EVRM beoogt niet te uniformeren maar slechts minimum-normen te bieden. Met dat karakter zou een prejudicieel stelsel slecht te verenigen zijn, zo luidt een bezwaar, aangezien daarin nu juist uiteen wordt gezet hoe het recht luidt. Dit argument overtuigt niet. Het Hof kan abstracte interpretatie-vragen beantwoorden zonder dat het minimum-karakter van het EVRM in het gedrang komt. Ik geef twee voorbeelden. Kunnen de grootouders in beginsel een recht op omgang met hun kleinkind ontleenen aan artikel 8 EVRM?⁸ Welke periode is nog in overeenstemming met de term 'onverwijld' in artikel 5 lid 3 EVRM?⁹ Ongeacht het antwoord staat het een Verdragspartij natuurlijk vrij een hogere bescherming te (blijven) bieden. Evenzeer laten prejudiciële uitspraken de mogelijkheid open dat staten een *margin of appreciation* toekomt, bijvoorbeeld bij de vraag of een bepaalde beperking noodzakelijk is in een democratische samenleving. Sommige staten zullen de indruk hebben dat een prejudicieel stelsel een ongewenst hoge mate van integratie met zich meebrengt. Een variant van dit argument is dat het EHRM te heterogeen is om een prejudiceel stelsel mogelijk te maken. Of deze argumenten hout snijden, valt echter te betwijfelen. Ook al staat buiten kijf dat het EVRM in dit opzicht niet te vergelijken is met de rechtsorde van de Gemeenschappen, waarbinnen de uniforme toepassing van de Verdragen en de talloze verordeningen en richtlijnen nauw verbonden is met de communautaire doelstellingen, we zien dat de laatste jaren ook prejudiciële procedures zijn ingevoerd in organisaties die aanzienlijk minder hecht zijn dan de Gemeenschappen.¹⁰ Bovendien is de rechtsmacht van het EHRM al door alle Verdragspartijen aanvaard, zodat invoer-

8. Wellicht mogen we afleiden uit EHRM, 9 juni 1998, *Bronda - Italië* (n.n.g.), r.o. 51: ja, in ieder geval indien het kind enige tijd bij de grootouders heeft geleefd.

9. Tien jaar na EHRM, 29 november 1988, *Brogan e.a. - VK* (A-145-B), r.o. 62, weten wij nog altijd niet meer over de opvattingen van het Hof dan dat het vier dagen en zes uur te lang acht.

10. Zie hoofdstuk 1, noot 6.

ring van een prejudiciële procedure geen materiële uitbreiding van het Straatsburgse toezicht zou betekenen. Exact hetzelfde gezelschap waaraan men de beantwoording van prejudiciële vragen niet zou toevertrouwen, toetst thans al uitspraken van de hoogste nationale rechter aan het EVRM. M.i. verzoent een prejudicieel stelsel de staatssoevereiniteit en de integriteit van het nationale rechtssysteem in wezen beter met de verplichting om internationale verplichtingen na te komen, dan het huidige toezichtmechanisme waarbij de hoogste nationale rechter met enige regelmaat het lid op de neus krijgt en schendingen pas achteraf worden geconstateerd. Welk belang is er toch mee gediend dat een wetgever soms in het duister moet tasten over de omvang van 's lands verdragsverplichtingen; dat soms jaren na een uitspraak van de hoogste nationale rechter twijfel blijft bestaan of dit oordeel genade zal vinden in Straatsburg?¹¹ Hoe dat ook zij, het ligt voor de hand invoering van een prejudiciële procedure te regelen bij facultatief protocol. Daarmee worden hardnekkige bezwaren op dit terrein ondervangen: ratificeren staat vrij.

48. Misschien heeft het Hof *zelf* geen behoefte aan deze uitbreiding van zijn bevoegdheden. Allereerst vormt een stortvloed van prejudiciële vragen, deels afkomstig van rechters die geen ervaring hebben met de toepassing van het Verdrag, geen aantrekkelijk vooruitzicht. Invoering van een *certiorari*-systeem (waarbij het Hof zelf zou bepalen op welke vragen het antwoord wenst te geven) kan een oplossing bieden, maar werkt niet bevorderend voor de verhoudingen tussen de nationale en de internationale rechter. Het Hof van Justitie der EG heeft zich in ieder geval in de eerste decennia van zijn bestaan veel moeite getroost om verwijzende rechters ter wille te zijn. Beperking van de bevoegdheid tot het stellen van prejudiciële vragen tot de hoogste rechter is mogelijk, maar gaat ten koste van de effectieve rechtsbescherming.

In de tweede plaats bestaat het risico dat nationale rechters een prejudicieel stelsel benutten om allerlei heikele vraagstukken op het bord van het EHRM te leggen. Op een dergelijke wijze kan de nationale rechter vermijden zelf een standpunt in te nemen

11. Verg. de opmerking van Van Dijk dat het bijna zes jaar heeft geduurd voordat zekerheid bestond over de vraag of een standpunt van de Afd. bestuursrechtsspraak door Straatsburg werd gedeeld (interview in *NJCM-Bulletin* jrg. 22 (1997), p. 114).

over de controversiële vraag of een wet of praktijk verenigbaar is met het EVRM. Straatsburg zou daarmee een ondankbare rol opgedrongen krijgen. Nu krijgt het EHRM dergelijke *issues* vroeg of laat toch wel voorgelegd, maar in ieder geval kan het dan reageren op het voorafgaande oordeel van de nationale rechter.

In de derde plaats, ten slotte, biedt een prejudiciële vraag het Hof zelf weinig ontsnappingsmogelijkheden. Kan het Hof een algemene formulering in een 'gewone' zaak nog uit de weg gaan, omdat het daarover geen overeenstemming kan bereiken of omdat het de tijd nog niet rijp acht – in een prejudiciële uitspraak moet het wel kleur bekennen. Deze voor het Hof onaantrekkelijke kant moet men afzetten tegen de nadelen van het huidige systeem. Het gevaar dat het Hof zich zou verliezen in 'professorale' uitspraken van algemene strekking die in de praktijk onbruikbaar zijn, lijkt te worden ingedamd door het gegeven dat het EHRM hoe dan ook uitspraken zou blijven doen in concrete klachtprocedures.

49. Uiteindelijk zou het voornaamste obstakel wel eens kunnen liggen in de wat landerige reactie die pleegt op te treden als een oud voorstel alwéér van stal wordt gehaald. Het is dan zaak nieuwe argumenten aan te dragen. Ik noem er vier. Sinds de inwerkingtreding van het Elfde Protocol is de aanvaarding van de rechtsmacht van het Hof verplicht. Alle Verdragspartijen hebben dus *de jure* aanvaard dat het Hof bij de interpretatie van het EVRM het laatste woord heeft. Dit was nog niet het geval tijdens vroegere discussies over invoering van een prejudicieel stelsel. Het Elfde Protocol brengt voorts met zich mee dat competentie-verwikkelingen tussen Commissie en Hof (wie zal de vraag beantwoorden?) zich niet meer zullen kunnen voordoen. Ingehaald door de tijd is ook een derde argument: het EVRM maakt geen deel uit van de rechtsorde van sommige Verdragspartijen, zodat het stellen van prejudiciële vragen voor de desbetreffende rechters op z'n best een zinledige exercitie zou zijn. Nadat de Scandinavische landen en het VK tot incorporatie van het EVRM zijn overgegaan, geldt dit argument alleen nog maar voor Ierland. Tot slot: door hun abstracte formulering hebben prejudiciële uitspraken een des te grotere precedentwerking. Daarmee bieden zij de nationale rechter houvast bij

de toepassing van het EVRM, zodat op termijn een afname van de Straatsburgse werklast valt te verwachten. Dat zal in de komende jaren belangrijker worden dan ooit.

§ 4.3 Een prejudiciële procedure voor het Internationaal Gerechtshof?

50. Wie schetst onze verbazing: van verschillende kanten is de invoering bepleit van een prejudiciële procedure bij het IGH. Jennings, de voormalige president van het Hof, heeft er op gewezen dat er van een dialoog tussen IGH en nationale rechter geen sprake is, terwijl de nationale rechter in de praktijk niet zelden met regels van volkenrecht wordt geconfronteerd en ook bijdraagt aan de vorming van internationaal gewoonterecht.¹² Overigens werd een prejudicieel stelsel al in 1929 bepleit door de Britse volkenrechtsgeleerde Lauterpacht!¹³ Het voorstel heeft het niet gehaald, maar het duikt op gezette tijden weer op.¹⁴ Wat hierboven is opgemerkt met betrekking tot de voor- en nadelen van een prejudiciële procedure voor het EHRM, geldt in wezen ook hier.¹⁵ Maar wat er van alle zakelijke argumenten ook zij, het lijkt hoogst onwaarschijnlijk dat er een politiek draagvlak voor een dergelijk regime bestaat in een wereld

12. R.Y. Jennings, 'The Judiciary, International and National, and the Development of International Law', in *ICLQ* jrg. 45 (1996), p. 4.
13. H. Lauterpacht, 'Decisions of Municipal Courts as a Source of International Law', in *BYIL* dl. 10 (1929), p. 65-95. Het voorstel betrof uiteraard het PHIJ.
14. Zie bijv. C.W. Jenks, *The Prospects of International Adjudication* (1964), p. 160-161; L. Gross, 'The ICJ: Consideration of Requirements for Enhancing Its Role In the International Legal Order', in *AJIL* jrg. 65 (1971), m.n. p. 308-313; L.C. Caflisch, 'Reference Procedures and the ICJ', in L. Gross (red.), *The Future of the ICJ* (1976), p. 572-609; I.B. Sohn, 'Broadening the Advisory Jurisdiction of the ICJ', in *AJIL* jrg. 77 (1983), p. 124-129; de preadviezen van S. Schwebel en P. VerLoren van Themaat, 'Preliminary Rulings of the ICJ at the Request of National Courts', in *Med. NVIR* dl. 95 (1987); het rapport van F. Orrego Vicuña & C. Pinto, *The Peaceful Settlement of Disputes: Prospects for the 21st Century* (geschreven ter voorbereiding van het eeuwfeest van de eerste Haagse Vredesconferentie), p. 57-58. Een voorstel van de NVIR dat de *International Law Association* zou ijveren voor invoering van een prejudicieel stelsel, haalde het niet. In plaats daarvan zette de ILA in 1989 een comité op dat in kaart moest brengen hoe de nationale rechter omgaat met volkenrechtelijke vraagstukken. De eerste rapporten van het comité verschenen in 1994 (66e conferentie, Buenos Aires, report p. 326-361) en 1996 (67e conferentie, Helsinki, report p. 570-602).
15. Zie voor een uitgebreide discussie de bespreking van de in de vorige noot genoemde preadviezen: *Med. NVIR* dl. 96 (1987).

waarin een ruime meerderheid der staten de verplichte rechtsmacht van het IGH niet wenst te aanvaarden.

Tegelijkertijd bevindt het IGH zich in het gezelschap van een toenemend aantal gespecialiseerde tribunalen, bijvoorbeeld op het terrein van het zecrecht. In de kringen van het Hof wordt dan ook wel met zorg gesproken over de 'fragmentatie' van de internationale rechtspraak.¹⁶ Hoewel het begrijpelijk is dat staten bijvoorbeeld bepaalde categorieën geschillen willen voorleggen aan speciaal daarvoor opgezette tribunalen die over een specifieke deskundigheid beschikken of die bijzonder grote hoeveelheden vergelijkbare casus kunnen verwerken (denk aan het *Iran-US Mixed Claims Tribunal*), valt die zorg wel te begrijpen. Uiteenlopende interpretaties en onderling onverenigbare toepassingen van het volkenrecht kunnen het gevolg zijn. Daarom is wel voorgesteld om internationale tribunalen in staat te stellen prejudiciële vragen aan het IGH te stellen, maar ook dat stuit op allerlei bezwaren.¹⁷ Niettemin bepleitte de Nederlandse minister van Buitenlandse Zaken in 1996 de invoering van een systeem waarbij zowel de nationale rechter als andere internationale tribunalen prejudiciële vragen aan het IGH zouden kunnen stellen.¹⁸

§ 4.4 Alternatieven

51. Indien een vraag van verdragsuitleg rijst voor de Amerikaanse rechter, kan deze het *State Department* vragen welke interpretatie het beste aansluit bij de intentie van de verdragspartijen. Het antwoord komt in de vorm van een *executive suggestion*, die de rechter formeel niet bindt maar in het gros van de gevallen wel wordt gevolgd. Een enigszins vergelijkbare procedure be-

16. Zie bijv. Jennings, *supra* noot 12, p. 5-6; S. Oda, 'The ICJ Viewed from the Bench (1976-1993)', in *RdCdl.* 244 (1993), p. 139-155; G. Guillaume, 'The Future of International Judicial Institutions', in *ICLQ* jrg. 44 (1995), p. 861-862. Minder bevreemd zijn de voorm. pres. M. Bedjaoui (zie Peck & Lee (red.), *Increasing the Effectiveness of the ICJ* (1997), p. 28), en de huidige pres., S. Schwebel (zie diens rede voor de AVVN op 27 oktober 1998). Zie ook A. Boyle, 'The Proliferation of International Jurisdiction and its Implications for the Court', in Bowett e.a., *The ICJ - Process, Practice and Procedure* (1997), p. 124-130.

17. Zie de discussie tussen Guillaume en Pinto in Peck & Lee (red.), *Increasing the Effectiveness of the ICJ* (1997), p. 320-321.

18. Rede van H. van Mierlo t.g.v. het 50-jarig bestaan van het IGH, opgenomen in *Yearbook ICJ* jrg. 50 (1996), p. 244, en in *Stc.* 18 april 1996, p. 4.

stond sinds 1823 in Frankrijk, zij het dat de *Conseil d'Etat* zichzelf gebonden achtte aan het oordeel van de Quai d'Orsay. Het voordeel van deze constructie is dat verdragen op consistente wijze worden uitgelegd, terwijl het Ministerie van Buitenlandse Zaken als geen ander op de hoogte is (of zou moeten zijn) van de achtergronden van het verdrag. Er zijn ook nadelen: de uitleg van het verdrag hoeft niet te sporen met die in de andere verdragspartijen en het is moeilijk verenigbaar met de notie van een onafhankelijke rechter dat een minister zo'n sterke rol heeft bij de beantwoording van rechtsvragen. In de zaak *Beaumartin* oordeelde het EHRM dan ook dat de Franse praktijk in strijd kwam met artikel 6 EVRM.¹⁹ Sinds 1990 kan de *Conseil d'Etat* het Ministerie van Buitenlandse Zaken consulteren, maar 'le dernier mot doit rester au juge'. De constructie lijkt al met al geen alternatief voor een prejudiciële procedure voor het EVRM of het IGH.

52. Een belangrijk deel van de werkzaamheden van het VN-Mensenrechtencomité bestaat uit de beoordeling van landenrapporten (artikel 40 IVBPR; zie § 2.3.1). De behandeling van deze rapporten biedt de gelegenheid voor een dialoog met de nationale autoriteiten. Daarnaast vormen de *General Comments* van het Comité een belangrijke leidraad voor de interpretatie van het IVBPR. Door hun abstracte formulering stellen zij de nationale wetgever en rechter in staat mogelijke veroordelingen voor te blijven.

In het EVRM ontbreekt helaas een rechtsbasis voor dergelijke algemene commentaren. Wel kan de Secretaris-Generaal van de Raad van Europa op basis van artikel 52 EVRM de Verdragspartijen verzoeken een uiteenzetting te geven van de wijze waarop haar nationale recht de daadwerkelijke uitvoering van het EVRM waarborgt. Verhey heeft er terecht op gewezen dat deze mogelijkheid in de praktijk niet wordt gebruikt, terwijl de landenrapportage toch nuttige doelen kan dienen.²⁰ Bij alle argumenten om deze procedure nieuw leven in te blazen dient men echter wel te beseffen dat het EHRM zelf niet is betrokken bij de artikel 52-procedure. Dat betekent dat de procedure niet zal leiden tot inzicht in de opvattingen van het Hof. Omgekeerd zouden sys-

19. FHRM, 24 november 1994, *Beaumartin - Frankrijk* (A-296-B), r.o. 38.

20. L.F.M. Verhey, 'Implementatie van het EVRM door de wetgever', in *45 jaar EVRM* (1995), p. 111.

tematische landenrapporten het Hof ongetwijfeld kunnen bijstaan in zijn taak. Binnen de Raad van Europa lijkt een *relance* van de artikel 52-procedure in ieder geval geen prioriteit te genieten; de nadruk heeft de laatste jaren meer gelegen op het ontwikkelen van andere fora voor een dialoog met de lidstaten.²¹

§ 4.5 Besluit

53. Het is wenselijk dat de discussie over invoering van een prejudiciële procedure in Straatsburg nieuw leven wordt ingeblazen. Onderhandelingen zullen ongetwijfeld tijd vergen, hetgeen betekent dat een prejudiciële procedure op z'n vroegst over enkele jaren zou kunnen worden ingevoerd – dat wil zeggen als het nieuwe Hof eenmaal goed is ingewerkt.

Recent heeft de Nederlandse minister van Buitenlandse Zaken nog gepleit voor invoering van een prejudicieel stelsel bij het Internationaal Gerechtshof. Men kan natuurlijk het een doen en het ander niet laten. Maar voor zover keuzes moeten worden gemaakt verdient invoering van een prejudiciële procedure in Straatsburg prioriteit. Enerzijds is het belang van het EVRM voor de rechtspraktijk groter dan dat van het algemene volkenrecht, anderzijds is het politieke en juridische draagvlak van het EVRM steviger. Men mag dan ook verwachten dat de regering het idee van een Straatsburgse prejudiciële procedure des te actiever wil ondersteunen.

21. Zowel de Parlementaire Vergadering als het Comité van Ministers heeft een *monitoring-procedure*. Daarnaast zal naar verwachting dezer dagen een *Commissioner for Human Rights* worden ingesteld die zich vooral zal richten op het bevorderen van mensenrechten en het adviseren over de bescherming daarvan (zie *NJCM-Bulletin* jrg. 23 (1998), p. 1082).

EFFECTEN VAN INTERNATIONALE RECHTSPLEGING

54. In de internationale rechtspraak – prejudiciële procedures en straftribunalen daargelaten – staat steeds de vraag centraal of een staat zich aan zijn volkenrechtelijke verplichtingen heeft gehouden. De meeste aandacht gaat vanzelfsprekend uit naar de situatie waarin dat niet het geval is en de rechter een schending constateert. Welke gevolgen vloeien voort uit een dergelijke constatering? Hoe wordt toezicht gehouden op de tenuitvoerlegging van de uitspraken van de internationale rechter? Welke effecten sorteren deze uitspraken voor derde landen? Alvorens op deze vragen in te gaan lijkt het nuttig de gevolgen van een schending van volkenrechtelijke verplichtingen in kaart te brengen.

§ 5.1 Schendingen van volkenrechtelijke verplichtingen

55. Iedere internationaal-onrechtmatige daad roept een nieuwe juridische situatie in het leven, waarin verschillende verplichtingen op de betreffende staat rusten. Op basis van het internationale gewoonterecht onderscheidt de *International Law Commission (ILC)* er vijf:¹

- beëindiging: voorzover de schending nog voortduurt, is de betreffende staat allereerst verplicht haar te beëindigen.
- *restitutio in integrum*: de betreffende staat dient vervolgens de oude toestand te herstellen. Het verlies dat is geleden terwijl de schending zich voordeed (*lucrum cessans*) staat hier los van en dient op andere wijze te worden vergoed.
- compensatie: voor zover *restitutio* onmogelijk en/of niet toereikend is, dient de betreffende staat de schade die is ontstaan als gevolg van zijn internationaal-onrechtmatige daad te vergoeden.
- genoegdoening: ter vergoeding van niet-materiële schade kan de betreffende staat bijvoorbeeld gehouden zijn excuses aan te bieden.

1. Zie de in eerste lezing aangenomen artt. 41-46 van de *Draft Articles on State Responsibility*, opgenomen in *YBILC* 1993, dl. II (part 2), p. 55-83.

- garantie van niet-herhaling: een op de toekomst gerichte verplichting betreft het bieden van de garantie dat de betreffende schending van het volkenrecht zich niet opnieuw zal voordoen.

Hierbij is van belang dat de verplichting tot financiële compensatie een subsidiair karakter heeft; voorop staat rechtsherstel door middel van *restitutio in integrum*. In de woorden van de ILC: '[t]he role of compensation is to fill in any gaps, large, small or minimal, which may be left in full reparation by the noted frequent inadequacy of restitution in kind'. Deze nadruk op *restitutio* vindt zijn oorsprong in het karakter van het volkenrecht. Het feitelijk optreden van staten kan relatief gemakkelijk de schijn van gewoonte(recht) verwerven. Zouden de feitelijke en juridische gevolgen van een internationaal-onrechtmatige daad in stand blijven (onder betaling van een bedrag aan de benadeelden), dan zou de geschonden norm allicht aan kracht inboeten. Vandaar dat het Permanent Hof van Internationale Justitie al in 1927 stipuleerde dat alle gevolgen van een internationaal-onrechtmatige daad dienen te worden uitgewist en dat de oorspronkelijke situatie zo veel mogelijk moet worden hersteld.² Meer dan financiële compensatie heeft *restitutio* een discipline-rend effect.

De vijf genoemde verplichtingen ontstaan op het moment dat een staat zijn verplichtingen schendt zonder dat de nationale rechter soelaas heeft kunnen bieden. Een internationaal-rechterlijk oordeel dienaangaande vormt een declaratoir, geen constitutief element. Uiteraard bevindt een (internationale) rechter zich in een goede positie om vast te stellen *dat* zich een internationaal-onrechtmatige daad heeft voorgedaan; ook kan hij bv. nagaan hoe invulling behoort te worden gegeven aan de verplichting tot *restitutio in integrum*. Of een internationale rechter hiertoe bevoegd is, hangt af van de vraag of de betreffende staat zich aan diens rechtsmacht heeft onderworpen. In hoeverre de nationale rechter consequenties kan verbinden aan een geconstateerde internationaal-onrechtmatige daad, is in beginsel een vraag van nationaal constitutioneel recht.

De genoemde verplichtingen gelden jegens de *injured State*. Men kan daarbij denken aan de wederpartij bij een bilaterale over-

2. PHIJ, 13 augustus 1928, *Chorzów Factory*, PCIJ Series A, nr. 17, p. 47.

eenkomst die niet is nageleefd. Maar ook bij schending van multilaterale mensenrechtenverdragen treden de door de ILC gesignaleerde gevolgen in werking. Het bijzondere van dergelijke verdragen is dat zij beogen een collectief belang te beschermen en niet zozeer een belang dat aan één staat in het bijzonder toekomt. Daarom beschouwt de ILC in het geval van een mensenrechtenschending *iedere* andere verdragspartij als een *injured State* die recht heeft op nakoming van de bovengenoemde vijf verplichtingen.³ Die benadering acht ik juist;⁴ het is op dit punt dan ook niet nodig om op zoek te gaan naar een apart aansprakelijkheidsregime met betrekking tot volkenrechtelijke verplichtingen die het individu ten goede komen.⁵

§ 5.2 Directe rechtsgevolgen van internationale rechterlijke uitspraken

5.2.1 Bindende uitspraken

56. De Straatsburgse praktijk laat zien dat de vijf verplichtingen waarvan de ILC spreekt, ook voortvloeien uit schendingen van het EVRM. Indien het EHRM constateert dat een staat zijn verplichtingen niet is nagekomen, heeft dat – volgens het Hof zelf – een aantal gevolgen:

a judgment in which [the Court] finds a breach imposes on the respondent State a legal obligation to put an end to such

3. Art. 40 lid 2 (c) sub (iii) van de *Draft Articles*.

4. Onder het EVRM hebben de Verdragspartijen zich tegenover elkaar verplicht de personen die onder hun rechtsmacht ressorteren het genot van bepaalde rechten te verzekeren. De burger profiteert daarvan. Indien hij meent dat een Verdragspartij tekort schiet, biedt art. 34 de mogelijkheid een uitspraak van het EHRM daaromtrent te ontlokken. Mocht het Hof een schending van het EVRM constateren, dan heeft de betrokken staat zijn verplichtingen *tegens de overige Verdragspartijen* geschonden en doen zich de vijf door de ILC onderscheiden consequenties voor. Dat de individuele klager profiteert van de *restitutio in integrum* of schadevergoeding, doet daaraan niets af.

5. Anders: M. Kamminga, 'Volkenrechtelijke aansprakelijkheid van de staat jegens het individu', in *Med. NVIR* dl. 115 (1997), p. 7-49, en 'Legal consequences of an internationally wrongful act of a state against an individual', in *The Execution*, p. 64-74. Verg. ook R.A. Lawson, 'Out of Control – State Responsibility and Human Rights: Will the ILC's Definition of the 'Act of State' meet the Challenges of the 21st Century?', in *The Nation-State*, p. 91-116.

breach and make reparation for its consequences in such a way as to restore as far as possible the situation existing before the breach (*restitutio in integrum*).⁶

Indien het nationale recht van de betrokken Verdragspartij slechts gedeeltelijk rechtsherstel toelaat, verleent artikel 41 het Hof de bevoegdheid een billijke genoegdoening toe te kennen aan de benadeelde. Op grond van de verdragstekst zou men verwachten dat het Hof, nadat het een schending heeft geconstateerd, de Verdragspartij eerst in de gelegenheid stelt de *status quo ante* te herstellen of compensatie te verlenen; pas als dat niet mogelijk is gebleken, volgt de toekenning van een billijke genoegdoening door het Hof zelf. Zo niet de praktijk. In de regel gaat het Hof onmiddellijk over tot het vaststellen en eventueel vergoeden van de geleden schade.⁷

Door deze praktijk is de verplichting om rechtsherstel binnen de nationale rechtsorde te bieden naar de achtergrond verdwenen.⁸ Ook al is de opstelling van het Hof ingegeven door lovenswaardige overwegingen (men wil de klager een tweede gang naar de nationale rechter besparen), toch betreur ik haar. Het zou passen binnen het systeem van het Verdrag, op grond waarvan de naleving van de mensenrechten in eerste instantie een verantwoordelijkheid van de Verdragspartijen is, dat de nationa-

6. EIIRM, 1 april 1998, *Akdivar e.a. – Turkije* (art. 50) (n.n.g.), r.o. 47. De terminologie is overigens niet geheel zuiver. Niet het arrest van het Hof roept de 'legal obligation' in het leven, maar de schending zelf. Ook als het Hof zich (bv. op technische gronden) niet kan uitspreken over een schending, bestaat de verplichting tot *restitutio* etc. Een arrest expliciteert deze verplichting slechts. Onjuist is dan ook EHRM, 28 juli 1998, *Toizidou – Turkije* (art. 50) (n.n.g.), r.o. 31, laatste zin: klagerster 'is entitled to a measure of compensation [...] as from the date of Turkey's acceptance of the compulsory jurisdiction of the Court'.

7. Zie nader M.L. van Emmerik, *Schadevergoeding bij schending van mensenrechten* (diss. Leiden, 1997), m.n. p. 108-116, en Y.S. Klerk, 'De toekenning van een billijke genoegdoening door het EIIRM', in *NTB* 1996, p. 193-201.

8. Een enkele uitzondering daargelaten. In de zaak *Hentrich*, waarin de Franse belastingdienst gebruik had gemaakt van zijn recht op voorkoop door een perceel van klager te kopen, constateerde het Hof een schending van art. 1 Eerste Protocol. Het Hof overwoog: 'the best form of redress would in principle be to return the land. Failing that, the calculation of pecuniary damage must be based on the current market value of the land'. De beslissing onder art. 50 werd daarom aangehouden (EHRM, 22 september 1994, *Hentrich – Frankrijk* (A-296-A), r.o. 71). Verg. ook EHRM, 12 december 1991, *Clooth – België* (A-225).

le rechter wordt ingeschakeld bij het wegnemen van de gevolgen van de schending die het EHRM heeft geconstateerd.

Dat geldt zowel voor *restitutio* als voor het vaststellen van een gepaste schadevergoeding. Voor wat het eerste betreft: wat weerhoudt het Hof ervan, nadat het bv. een schending van artikel 6 EVRM heeft geconstateerd, om een zaak op de rol te houden en de klager in de gelegenheid te stellen het strafproces te doen heropenen?⁹ Op die manier legt Straatsburg het probleem waar het thuishoort – bij de nationale autoriteiten – en houdt het toch een vinger aan de pols. Duurt de nationale procedure te lang, dan kan het Hof alsnog interveniëren.

Thans geeft het Hof in veel gevallen aan niet te kunnen speculeren over de afloop van het proces als een bepaalde schending zich niet had voorgedaan.¹⁰ Dat is ontegenzeggelijk juist. Maar ligt het dan niet voor de hand dat de klager de kans krijgt om zijn claim *ceteris paribus* voor de nationale rechter te brengen?

Ook bij het vaststellen van een gepaste schadevergoeding kan de nationale rechter een nuttige rol vervullen. Neem de situatie waarin het Hof constateert dat de klager in strijd met het EVRM gedetineerd is geweest. Welke vergoeding per in detentie doorgebrachte dag is gepast? Hier staat het Hof voor een dilemma: ofwel het tracht een 'Europese norm' vast te stellen (die naar Zwitserse maatstaven wellicht te laag ligt en voor Roemeense begrippen te hoog) ofwel het differentieert per land (hetgeen voor het Europees Hof evenmin aantrekkelijk is). Gevolg is dat het EHRM op dit punt een onvoorspelbare koers vaart en de omvang van de genoegdoening vooral op *equity* zegt te baseren.¹¹ Voor de nationale rechter bestaat dat probleem niet: hij kan aan de hand van nationale maatstaven een vergoeding vaststellen. 'Nationalisatie' van het rechtsherstel is dus gewenst.

Terug naar de huidige artikel 41-praktijk. De door het Hof toegekende schadevergoeding pleegt laag te zijn. Geen 'Amerikaanse toestanden' in Straatsburg. Niet zelden oordeelt het Hof dat de enkele constatering van een schending in dit opzicht al vol-

9. Toegegeven: nog niet alle Verdragspartijen voorzien in de mogelijkheid een strafproces te heropenen n.a.v. een arrest van het EHRM. Daarover § 6.4.2.

10. Zie bijv. EHRM, 24 mei 1989, *Hauschildt – Denemarken* (A-154), r.o. 57; EHRM, 18 maart 1997, *Mantovanelli – Frankrijk* (RJD 1997, p. 424; Nf 1998, nr. 278, m.nt. IJS), r.o. 40.

11. Zie bijv. EHRM, 20 maart 1997, *Lukanov – Bulgarije* (RJD 1997, p. 543), r.o. 52-53.

doende is: de 'genoegdoening' waarover de ILC sprak. Om *punitive damages* is wel gevraagd, met name in Turkse zaken waarin de klagers stelden dat 'hun' schending onderdeel vormde van een patroon, maar het Hof is een beslissing daaromtrent vooralsnog uit de weg gegaan.¹² Wel heeft het Hof in de zaak *Cruz Varas* aangegeven dat zich een *aggravated breach* kan voordoen indien een door Straatsburg geïndiceerde voorlopige maatregel door de staat wordt genegeerd, en zich vervolgens een schending van het EVRM voordoet.¹³

Tot slot kent het EVRM ook de verplichting om te voorkomen dat soortgelijke schendingen zich in de toekomst zullen voordoen. Het Comité van Ministers verlangt in het kader van zijn toezicht op de tenuitvoerlegging van 's Hof's arresten, dat de staat de nodige maatregelen treft.¹⁴ Ik kom daar in § 5.3.2 op terug.

57. De constatering dat het EVRM is geschonden, brengt *niet* met zich mee dat de betreffende handeling, veroordeling of wet nooit geldig tot stand is gekomen. Integendeel, ook het oordeel van het Hof zelf tast de geldigheid ervan niet aan. Het is aan de staat om conclusies te verbinden aan de uitspraak van het Hof:

it is inevitable that the Court's decision will have effects extending beyond the confines of this particular case [...] *but the decision cannot of itself annul or repeal these provisions: the Court's judgment is essentially declaratory and leaves to the State the choice of means to be utilised in its domestic legal system for the performance of its obligations under Article 53* [46 lid 1 EVRM-nieuw].¹⁵

12. Zie bijv. EHRM, 18 december 1996, *Aksay - Turkije* (RJD 1996, p. 2260), r.o. 111 jo. 109; EHRM, 2 september 1998, *Yasa - Turkije* (n.n.g.), r.o. 124 jo. 117.

13. EHRM, 20 maart 1991, *Cruz Varas - Zweden* (A-201), r.o. 103.

14. Verg. de resolutie van het Comité van Ministers n.a.v. het arrest *De Haan*: 'The Government of the Netherlands is of the opinion that the legislative measures adopted will prevent repetition of violations of the same kind as that found in the present judgment' (res. DH(98)9 van 18 februari 1998). Dergelijke maatregelen placht de Cie. ook te verlangen i.h.k.v. minnelijke schikkingen. Zie H.C. Krüger, 'Friendly settlements under the ECHR - A Survey', in *40 jaar EVRM* (1990), p. 127-158.

15. EHRM, 13 juni 1979, *Marchx - België* (A-31), r.o. 58, curs. toegevoegd. De opstelling van het Hof is wellicht door zijn ontstaansgeschiedenis ingegeven. Het Teytgen-rapport (1949), dat aan de basis van het EVRM heeft gestaan,

Daaruit volgt kennelijk dat 'the Court will not make consequential orders or declaratory statements in this regard'.¹⁶ Deze afwerende houding van het Hof – waartoe het EVRM niet dwingt – heeft kritiek opgeroepen; vergelijkingen zijn wel getrokken met het Inter-Amerikaanse Hof dat in dit opzicht veel verder gaat.¹⁷

Inderdaad heeft het Hof soms koudwatervrees. Het Hof meent dat het de verwerende staat niet kan verplichten een strafprocedure te heropenen¹⁸; ik heb al aangegeven dat het Hof daartoe expliciet de gelegenheid zou moeten bieden nog voordat het aan toepassing van artikel 41 is toegekomen. Indien het Hof dan al geneigd is voorbij te gaan aan de nationale mogelijkheden van rechtsherstel, zoals thans het geval is, dan zou het zelf verder kunnen gaan. Zo zou de eis dat de verwerende staat het Straatsburgse arrest moet publiceren¹⁹ best kunnen worden gehonoreerd als vorm van 'genoegdoening'.

Indien echter wetgeving moet worden aangepast, past de keuzevrijheid die het Straatsburgse Hof de staten laat, wel bij het systeem van het EVRM.²⁰ Het is dan wel zaak dat het Hof in zijn uitspraak zo duidelijk mogelijk uiteenzet welke eisen uit het

bepaalde dat 'the verdict of the Court shall order the State concerned to annul, suspend or amend the incriminating decision [...]' (*Travaux préparatoires* dl. I, p. 212, art. 24, curs. toeg.). Al snel werd dit gewijzigd in een versie die ook in de uiteindelijke tekst zou terugkeren; zie Comité van Experts, febr. 1950 (*TP* dl. III, p. 246, art. 39).

16. EHRM, 1 april 1998, *Akdivar e.a. – Turkije* (art. 50) (n.n.g.), r.o. 47. Zo ook bijv. EHRM, 25 oktober 1984, *Piersack – België* (Art. 50) (A-85), r.o. 11; EHRM, 22 september 1994, *Pelladoah – Nederland* (A-297-B), r.o. 43-44. Een zeldzame uitzondering is EHRM, 31 oktober 1995, *Papamichalopoulos – Griekenland* (art. 50) (A-330-B), r.o. 38, waarin het Hof te kennen gaf dat een onteigend stuk land moest worden teruggegeven; de gebouwen die de marine daar inmiddels op had geplaatst konden dienen als vergoeding van de *lucrum cessans*. Zou de restitutie niet binnen zes maanden hebben plaatsgevonden dan diende de staat alsnog de door het Hof vastgestelde som te vergoeden. Griekenland koos overigens voor dat laatste.

17. Zie bijv. M.L. van Emmerik, 'Schadevergoeding bij schending van mensenrechten: hoever ligt San José van Straatsburg?', in *NJCM-Bulletin* jrg. 20 (1995), p. 303-315. Feit is dat art. 63 lid 1 ACRM een steviger basis biedt om concrete maatregelen te bevelen dan art. 41 EVRM, maar de Inter-Amerikaanse praktijk laat in ieder geval zien dat dit niet per se onverenigbaar is met de rechterlijke functie.

18. Zie bijv. EHRM, 19 december 1989, *Brožicek – Italië* (A-167), r.o. 47.

19. EHRM, 23 april 1992, *Castells – Spanje* (A-236), r.o. 54.

20. Die vrijheid is overigens in temporeel opzicht beperkt: EHRM, 29 november 1991, *Vermeire – België* (A-214-C), r.o. 26.

EVRM voortvloeiën, zodat de verwerende staat een leidraad heeft bij de tenuitvoerlegging van het arrest.

5.2.2 'Views'

58. Het *Human Rights Committee* beschikt evenmin als de andere VN-mensenrechtenorganen over de bevoegdheid bindende uitspraken te doen. Zoals reeds werd opgemerkt doet dit niets af aan de verplichtingen die op een staat rusten indien hij het IVBPR schendt. Die verplichtingen (beëindiging van de schending, *restitutio in integrum*, etcetera) vloeien immers voort uit de niet-naleving van de bindende normen die in het IVBPR zelf zijn neergelegd. Artikel 2 lid 3 IVBPR bevestigt dit nog eens.

De omvang van de bevoegdheden van het VN-Mensenrechtencomité is wel relevant als het aankomt op de vaststelling of zich een schending van het IVBPR heeft voorgedaan. Enerzijds kan niet worden ontkend dat in het IVBPR een equivalent van artikel 46 lid 1 EVRM ontbreekt: de Verdragspartijen hebben zich nu eenmaal niet ertoe verbonden zich te houden aan de uitspraken van het Comité. Anderzijds hebben de Verdragspartijen het Comité expliciet de bevoegdheid toegekend om toe te zien op de naleving van het IVBPR. Het zou dan ook niet te goeder trouw zijn kennis te nemen van de opvatting van het Comité dat zich een schending van het IVBPR heeft voorgedaan, en deze vervolgens terzijde te schuiven.²¹

De vijf door de II.C geschetste consequenties van een verdragschending zijn wel terug te vinden in de jurisprudentie, zij het dat het Mensenrechtencomité niet altijd consistent is in zijn uitspraken. Soms dringt het Comité wel aan op compensatie, soms niet. In dit verband doet zich overigens een merkwaardig verschijnsel voor. Laat het EHRM de Verdragspartijen welbewust vrij in de wijze waarop zij uitvoering geven aan zijn arresten, het

21. In de ophef die in 1988 in Nederland ontstond naar aanleiding van de gelijke-behandelingsuitspraken (*Zwaan-De Vries en Broeks* en de daarop volgende jurisprudentie van de CRvB) heeft het niet-bindende karakter van de *views* geen rol gespeeld. Het feit dat de regering met de onzalige gedachte speelde om het hele IVBPR maar op te zeggen (en het vervolgens met voorbehoud bij art. 26 te ratificeren) suggereert dat de interpretatie van het Comité hier te lande als bindend wordt beschouwd. Zie *NJCM-Bulletin* jrg. 13 (1988), p. 277-279. Anderzijds heeft Nederland, indien het in reactie op geconstateerde schendingen overging tot betaling van schadevergoeding, altijd benadrukt dat het om een *ex gratia* betaling ging.

Mensenrechtencomité gaat juist zeer ver in het geven van concrete aanwijzingen. Het niet-bindende karakter van de *views* heeft het Comité er niet van weerhouden (wellicht juist gestimuleerd) aan te dringen op de heropening van strafprocessen, op het wijzigen van de wet, op het opsporen, berechten en bestraffen van degenen die voor bepaalde schendingen verantwoordelijk waren, en ten slotte op de vrijlating van een gevangene die ter dood was veroordeeld in een procedure die niet aan de eisen van het IVBPR voldeed.²² In de zaak *Brinkhof* constateerde het Comité geen schending, maar sprak het wel uit dat Nederland de wet diende aan te passen.²³ Dezelfde activistische benadering treffen we aan bij de andere VN-organen. Zo meende het CERD-Comité in de zaak *Yilmaz-Dogan* dat Nederland moest nagaan of de klaagster inmiddels al werk had gevonden; mocht dat niet het geval zijn dan moest de regering zich inzetten haar alsnog aan een baan te helpen.²⁴ Het klinkt wellicht wat onorthodox, zeker voor wie met de Straatsburgse jurisprudentie vertrouwd is – maar het is een aardige poging om tot *restitutio in integrum* te komen.

§ 5.3 Toezicht op de tenuitvoerlegging van arresten

5.3.1 Internationaal Gerechtshof

59. Over de tenuitvoerlegging van uitspraken van het Internationaal Gerechtshof zwijgt het Statuut IGH. Dat lijkt merkwaardig: de executie van een rechterlijk vonnis vormt toch niet het minst interessante onderdeel van het proces van geschillenbeslechting. Bovendien is de wetenschap dat de naleving van zijn uitspraken desnoods kan worden afgedwongen, van groot belang voor de geloofwaardigheid van het Hof.²⁵ Wellicht komt

22. Zie voor een overzicht I. Boerefijn, 'Consequenties van schendingen van het IVBPR; aanbevolen maatregelen en toezicht op de naleving van uitspraken', in *NJCM-Bulletin* jrg. 22 (1997), p. 679-690.

23. HRC, 27 juli 1993, *Brinkhof-Nederland* (Comm. No. 402/1990), r.o. 9.3-9.4; zie *NJCM-Bulletin* jrg. 18 (1993), p. 1005, m.nt. AWH. Dezelfde halfslachtige houding komen we overigens ook tegen in EHRM, 30 juli 1998, *Sheffield & Horsham - VK* (n.n.g.; *NJB* 1998, nr. 32), r.o. 60.

24. CERD, 10 augustus 1988, *Yilmaz-Dogan - Nederland* (Comm. 1/1984), r.o. 10. Zie § 2.3.2 *supra*.

25. Aldus bijv. O. Schachter, 'The Enforcement of International Judicial and Arbitral Awards', in *AJIL* jrg. 54 (1960), p. 1-24, en van dezelfde auteur 'International Law in Theory and Practice', in *RdC* dl. 178 (1982), p. 216-239.

het ontbreken van details op dit punt voort uit het zuiver consensuele karakter van de procedure voor het Hof. Indien staten bereid zijn zich te onderwerpen aan de rechtsmacht van het Hof, dan zullen zij ook wel bereid zijn de uitspraken van het Hof na te leven – wellicht was dat de gedachtegang. En zijn zij daartoe *niet* bereid, is de internationale rechtsorde dan hecht genoeg om hen op andere gedachten te brengen?

In het VN-Handvest hebben de lidstaten zich verbonden de beslissingen van het Hof na te leven. In de praktijk plegen staten dat inderdaad te doen.²⁶ Als een partij in dit opzicht in gebreke blijft, kan de wederpartij een beroep doen op de Veiligheidsraad (artikel 94). Deze bepaling is echter zelden, en steeds zonder vrucht, ingeroepen.²⁷ Wie bescft dat de meest recente klacht het feit betrof dat de VS het *Nicaragua*-oordeel van het IGH niet naleefde, begrijpt hoe dat zo komt.

5.3.2 Europees Hof voor de Rechten van de Mens

60. Terwijl de VN-Veiligheidsraad zich slechts buigt over de naleving van een uitspraak van het IGH indien een van de partijen daarom verzocht, houdt het Comité van Ministers onder het EVRM ambtshalve toezicht op de tenuitvoerlegging van 's Hofs arresten (artikel 46 lid 2).²⁸ Die taak – een collectieve garantie waarin tot uitdrukking komt dat een staat tegenover de overige Verdragspartijen aansprakelijk is voor schendingen van het EVRM – is natuurlijk slechts interessant als het Hof een schending heeft geconstateerd.

Indien het Hof genoegdoening heeft toegekend aan de klager, zal het Comité zich er allereerst van vergewissen dat de verweerende staat het bedrag tijdig heeft betaald. Daarnaast gaat het

26. Tot de notoire uitzonderingen behoren de *Hostages*-zaak (betr. de gijzeling van het Amerikaanse ambassade-personeel in Teheran) en de *Nicaragua*-zaak (betr. Amerikaanse steun aan de *contras*). Zie S.M. Schwebel in *Compliance*, p. 39-42.

27. Zie voor een overzicht bijv. H. Mosler, 'Article 94', in Simma (red.), *The Charter of the United Nations – A Commentary* (1994), p. 1005-1007.

28. Zie nader Y.S. Klerk, *Het ECRM-toezichtmechanisme* (diss. Maastricht, 1995), p. 437 e.v. Het toezicht dat wordt uitgeoefend door de Parl. Verg. blijft hier buiten beschouwing; zie J. Kleijssen, 'De Parlementaire Vergadering van de Raad van Europa: politiek toezicht op de naleving van algemene en specifieke verplichtingen van de lidstaten – een overzicht', in *NJCM-Bulletin* jrg. 22 (1997), p. 653-660.

Comité na of de staat afdoende maatregelen heeft genomen om identieke schendingen te voorkomen. Dat is geen eenvoudige taak, te meer daar de uitspraken van het Hof soms weinig houvast bieden. Daar komt bij dat een adequate uitoefening van deze taak de politieke bereidheid veronderstelt bij de overige staten om een kritische blik te werpen op de maatregelen die de betrokken staat treft. Die bereidheid lijkt niet altijd aanwezig.²⁹ De klager speelt in deze discussie geen rol; het Directoraat voor de Rechten van de Mens van de Raad van Europa overigens wel. Uiteindelijk mondt het proces uit in de aanvaarding van een standaard-resolutie waarin het Comité formeel kennis neemt van de nationale maatregelen en verklaart zijn taak als beëindigd te beschouwen.

61. De vraag doet zich voor of het Comité van Ministers *exclusief* bevoegd is om te beoordelen of een staat op adequate wijze uitvoering heeft gegeven aan een arrest van het Hof. Is het Hof daar niet zelf toe bevoegd? Dit lijkt wellicht een academische vraag, nu de Verdragspartijen min of meer loyaal uitvoering plegen te geven aan de uitspraken van het Hof.³⁰ Niettemin hebben zich gevallen voorgedaan waarin klagers, die eerder hun zaak hadden 'gewonnen' in Straatsburg, stelden dat de betrokken staat geen uitvoering had gegeven aan de uitspraak van het Hof. Het gaat ons in dit verband om de maatregelen die betrekking hebben op het concrete geval (beëindiging van de schending, *restitutio in integrum*, betaling van schadevergoeding) en niet zozeer om

29. Zie bijv. Klerk, *ibidem*, p. 451. Zie ook de toenmalige directeur van het Directoraat voor de Rechten van de Mens van de Raad van Europa, P. Leuprecht, 'The Execution of Judgments and Decisions', in *European System*, p. 800. Positiever zijn bijv. Harris, O'Boyle & Warbrick, *Law of the European Convention on Human Rights* (1995), p. 700-705.

30. Aldus bijv. R. Ryssdal in *Compliance*, p. 55, 67. Anderen zijn kritischer; zie bijv. R.R. Churchill & J.R. Young, 'Compliance with judgments of the ECHR and Decisions of the Committee of Ministers: The Experience of the UK 1975-1987', in *BYIL* jrg. 62 (1991), p. 283-346; C. Tomuschat, 'Quo vadis, Argentoratium?', in *HIRL* jrg. 13 (1992), p. 401-406. Naar verluidt heeft de Turkse regering aangekondigd geen uitvoering te zullen geven aan EIHR, 28 juli 1998, *Loizidou - Turkije (artikel 50)* (n.n.g.), een zaak die draait om de Turkse aansprakelijkheid voor de situatie in het noordelijk deel van Cyprus.

de verandering van wetgeving waartoe de uitspraak van het Hof kan nopen.³¹

In de zeldzame gevallen dat het Hof met deze 'tweede generatie'-klachten werd geconfronteerd, liet het in het midden of het bevoegd was ervan kennis te nemen.³² De meeste zaken drongen echter niet door tot het Hof: de Commissie wees dergelijke klachten af met het argument dat deze aangelegenheid onder de verantwoordelijkheid van het Comité van Ministers valt.³³ Onbevredigend voor de klager is dat ook het Comité van Ministers deze klachten niet in behandeling wil nemen.

In 1994 keerde de toenmalige Nederlandse rechter in Hof, Martens, zich tegen deze situatie. Hij stelde dat het Hof als geen ander in staat is om na te gaan welke verplichtingen uit zijn eigen arresten voortvloeien en dat het EVRM er niet aan in de weg staat – sterker: verlangt – dat het Hof zich over de vermeende niet-naleving van zijn arresten buigt.³⁴ Aan de talrijke argumenten die Martens heeft aangevoerd, zou ik er twee willen toevoegen.

Allereerst heeft het Hof zelf in de *Hornsby*-zaak aanvaard dat het recht op een eerlijk proces (artikel 6 EVRM) tevens de tenuitvoerlegging van vonnissen beschermt. Het is ondenkbaar dat de *ins and outs* van een juridische procedure gedetailleerd in een mensenrechtenverdrag worden vastgelegd, aldus het Hof, als de overheid vervolgens de uitkomst van die procedure aan de laars kan lappen. Minachting voor rechterlijke uitspraken die in gezag van gewijsde zijn gegaan, druist in tegen het rechtsgevoel van de rechtzoekende en ondermijnt de fundamenteën van de rechtsstaat. Dat geldt eens te meer voor staatsorganen, die immers wor-

31. Volgens Klerk ('Supervision of the Execution of Judgments of the ECHR', in *NJHR* jrg. 45 (1998), p. 85) moet de klacht dat de staat heeft nagelaten adequate algemene maatregelen te treffen, in beginsel niet-ontvankelijk worden verklaard o.g.v. het slachtoffervereiste (art. 34); het EVRM kent geen *actio popularis* toe aan de individuele klager. Fundamenteler dan dit procedurele argument is m.i. dat de individuele klager geen subjectief recht op aanpassing van de wet toekomt: de staat is 'slechts' vis-à-vis de overige Verdragspartijen hiertoe verplicht.

32. EHRM, 27 november 1992, *Olsson – Zweden* (No. 2) (A-250), r.o. 94; EHRM, 25 september 1997, *Aydın – Turkije* (RJD 1997, p. 1866), r.o. 120.

33. Zie bijv. ECRM, 6 maart 1985, *Times Newspapers e.a. – VK* (Appl. No. 10243/83), D.R. dl. 41, p. 129, en ECRM, 29 maart 1993, *Jacobsson – Zweden* (Appl. No. 19438/92), D.R. dl. 74, p. 223.

34. S.K. Martens, 'Individual Complaints Under Article 53 of the European Convention on Human Rights', in *The Dynamics*, p. 253-292.

den geacht de *rule of law* een warm hart toe te dragen.³⁵ Deze redenering laat zich uiteraard ook, en *a fortiori*, toepassen op de klachtprocedure bij het EHRM. Het *effet utile* van de Straatsburgse procedure vereist dat de Verdragspartijen uitvoering geven aan de uitspraken van het Hof en dat de klager toegang heeft tot een effectieve procedure indien de staat daarin tekort schiet.³⁶

Daarnaast vormt niet-naleving van een arrest een *aggravated breach* van het EVRM. Bij het bepalen van de omvang van de billijke genoegdoening kan het Hof rekening houden met het gegeven dat een staat willens en wetens het EVRM schendt; het Comité van Ministers mist daartoe de mogelijkheid. Van belang is daarbij wel – het zij hier herhaald – dat het Hof in zijn arrest duidelijk maakt welke maatregelen het van de staat verwacht.

Recente jurisprudentie wekt niet de indruk dat het Hof zich bevoegd acht ten aanzien van klachten over de executie van zijn arresten.³⁷ Het nieuwe Hof heeft zich hierover nog niet uitgesproken; we moeten derhalve afwachten welk standpunt het zal innemen.

5.3.3 De VN-mensenrechtenorganen

62. Het IVBPR zwijgt op het punt van de tenuitvoerlegging van de *views* van het VN-Mensenrechtencomité. Hetzelfde geldt voor de CERD en de CAT. De niet-bindende aard van de *views* en aanbevelingen zal daaraan niet vreemd zijn. Voorts is niet voorzien in een toezichthoudende rol van een 'extern orgaan', zoals de VN-Veiligheidsraad vis-à-vis het IGH en het Comité van Ministers vis-à-vis het EHRM. In theorie zouden de Algemene Vergadering

35. EHRM, 19 maart 1997, *Hornsby – Griekenland* (RJD 1997, p. 495; SEW 1997, p. 339, m.nt. RAL), r.o. 40-41. Maar zie § 6.4.2 voor een uitzondering.

36. Verg. EHRM, 6 september 1978, *Klass – BRD* (A-28), r.o. 24. Vermeldenswaard is dat het Hof in *Hornsby* schadevergoeding toekende wegens 'a deep feeling of injustice due to the fact that the Greek administrative authorities had not complied with the judgments of an international court' (EHRM, 1 april 1998, *Hornsby – Griekenland* (art. 50) (n.n.g.), r.o. 18).

37. Vooral EHRM, 1 april 1998, *Akdiyar – Turkije* (art. 50) (n.n.g.), r.o. 44: 'the issue of a shortfall in the payment of costs ordered in the principal judgment is a matter which concerns the proper execution of a judgment of the Court by the respondent State. Accordingly it is a question which falls to be decided by the Committee of Ministers of the Council of Europe'. Zo ook EHRM, 24 juli 1998, *Mentes – Turkije* (art. 50) (n.n.g.), r.o. 24, en EHRM, 28 oktober 1998, *Castillo-Algar – Spanje* (n.n.g.), r.o. 60.

van de VN en de (tweejaarlijkse) Vergadering van Verdragspartijen deze rol kunnen vervullen, maar in de praktijk gebeurt dit niet. Uit arren moede is het Comité geleidelijk zelf meer aandacht gaan besteden aan de *follow-up* van zijn *views*.³⁸

Sinds 1995 pleegt het Comité in zijn *view* de betrokken staat te verzoeken binnen een termijn van 90 dagen informatie te verschaffen over de maatregelen die zijn getroffen ter uitvoering van de uitspraak. Ook in de periodieke rapportage die de Verdragspartijen aan het Comité moeten voorleggen, dient hieraan aandacht te worden besteed. Daarnaast is een van de Comité-leden speciaal belast met de *follow-up*; hij benadert de staten die in gebreke blijven en spreekt hen aan op hun feilen. Van belang is in dit verband nog dat het Comité er op aandringt dat Verdragspartijen passende wetgeving aannemen teneinde de implementatie van zijn uitspraken mogelijk te maken.³⁹

§ 5.4 Indirecte rechtsgevolgen van internationale rechterlijke uitspraken: de 'derdenwerking' van arresten

5.4.1 *Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens*

63. Straatsburgse jurisprudentie bindt alle Verdragspartijen, ongeacht of zij betrokken zijn geweest bij de totstandkoming ervan.

Deze stelling lijkt in eerste instantie te worden ondermijnd door artikel 46 lid 1 EVRM: de Verdragspartijen verbinden zich ertoe 'zich te houden aan de einduitspraak van het Hof *in de zaken waarbij zij partij zijn*'. Doorgaans wordt hier *a contrario* uit afgeleid dat artikel 46 de bindende kracht van 's Hofs arresten *beperkt tot alleen* die Verdragspartijen die daadwerkelijk procespartij zijn in de desbetreffende zaak voor het Hof, en dan alleen nog voor zover het die concrete casus betreft. Maar de tekst van artikel 46 sluit niet uit dat uitspraken van het Hof rechtens relevant zijn voor de overige Verdragspartijen. Voorzover de bindende kracht van arresten al wordt beperkt, betreft dat m.i. slechts het operationele gedeelte van het arrest. Dat is niet het geval met de moti-

³⁸. Zie Boerefijn, *supra* noot 22, p. 690-695.

³⁹. *Ibidem*, p. 694.

vering ervan (de in het *as to the law*-gedeelte ontwikkelde *ratio decidendi*). Elementaire eisen van consistentie, rechtsgelijkheid en rechtszekerheid brengen met zich mee dat de rechter eerder ontwikkelde interpretaties in vergelijkbare zaken opnieuw toepast en dus ook dat rechtssubjecten zich in hun gedragingen richten op die precedenten.⁴⁰

In dit verband zij eraan herinnerd dat het EHRM de uiteindelijk verantwoordelijkheid draagt voor de interpretatie van het Verdrag.⁴¹ In de praktijk blijkt het Hof zelf zijn eigen jurisprudentie als gezaghebbend te beschouwen, in die zin dat het zijn precedenten in beginsel volgt; men zou van een feitelijke *stare decisis* kunnen spreken.⁴² Het is dan geen grote stap om vervolgens te aanvaarden dat de in de Straatsburgse jurisprudentie ontwikkelde interpretaties onderdeel uitmaken van de Verdragsbepaling waarop zij betrekking hebben en als zodanig bindend zijn voor *alle* Verdragspartijen.⁴³ De verplichting het EVRM te goeder trouw na te leven brengt met zich mee dat nationale autoriteiten niet welbewust een praktijk mogen continueren waarvan zij (kunnen) weten dat deze in de ogen van het Hof een schending van het EVRM oplevert.⁴⁴ Welke staat zal zich in Straatsburg willen verweren met het argument dat de in *Soering* ontwikkelde

40. J. Drion, *Stare decisis* (oratie Leiden, 1950), m.n. p. 23-27. Verg. T. Koopmans, 'Stare decisis in European Law', in O'Keefe & Schermers (red.), *Essays in European Law and Integration* (1982), p. 11-27 (herdrukt in *Juridisch Stijpelwerk* (1991), p. 309-325).

41. Zie § 2.2.3. Verg. ook EHRM, 29 oktober 1992, *Open Door - Ierland* (A-246-A), r.o. 69.

42. Zie bijv. EHRM, 26 oktober 1988, *Norris - Ierland* (A-142), r.o. 44; EHRM, 27 september 1990, *Cossey - VK* (A-184), r.o. 35; EHRM, 18 juli 1994, *Wynne - VK* (A-294-A), r.o. 36: 'cogent reasons' zijn nodig om het Hof te doen omgaan. Ik ga er hierbij van uit dat het nieuwe Hof in beginsel de bestaande Straatsburgse jurisprudentie zal volgen. Verg. ook de gehandhaafde regeling dat een Kamer rechtsmacht t.b.v. de Grote Kamer afstaat indien zij voorziet te zullen afwijken van bestaande jurisprudentie (art. 30 EVRM).

43. Verg. J. van der Velde, *Grenzen aan het toezicht op de naleving van het EVRM* (diss. Leiden, 1997), p. 74-79.

44. Verg. het al eerder aangehaalde EHRM, 20 maart 1991, *Cruz Varas e.a. - Zweden* (A-201), r.o. 103. Overigens bevat het EVRM minimum-normen, en het staat Verdragspartijen op grond van art. 53 vrij verder te gaan in de bescherming die zij bieden. Hetzelfde geldt voor de jurisprudentie van het Hof: die vormt een nadere uitwerking van de minimum-bescherming die het EVRM biedt. Aanvaarding van de bindende kracht van vaste jurisprudentie wil dus niet zeggen dat de Verdragspartijen er geen andere ('hogere') normen op mogen nahouden en dat daarmee de dialoog tussen nationale rechters en Straatsburg verstomt.

interpretatie van artikel 3 EVRM slechts uitlevering door het VK van alleen *deze klager* betreft?

Hiermee is niet gezegd dat *iedere* uitspraak aldus bindend is voor alle Verdragspartijen. Terecht heeft Myjer opgemerkt dat lang niet altijd aan de hand van een enkele uitspraak kan worden vastgesteld hoe het Hof een bepaling precies uitlegt en welke verplichtingen uit die interpretatie voortvloeien. Zeker als een arrest is gewezen ten aanzien van een land met een ander rechtstelsel kan het moeilijk zijn de precieze consequenties vast te stellen.⁴⁵ Wat te doen bij twijfel? Het lijkt prudent bepalingen van de nationale (grond)wet tot nader order te laten prevaleren, zo menen Alkema en Haak. Integendeel, aldus Van Dijk: de nationale rechter moet zich door de Straatsburgse rechtspraak laten leiden en dat kan best in het nadeel van een grondwettelijke bepaling uitvallen.⁴⁶ Het bindende karakter van het EVRM (gekoppeld aan de verplichting dit te goeder trouw na te leven en zo staatsaansprakelijkheid te voorkómen) en zijn aard als minimum-garantie (waar ons goede vaderland zeker niet bij achterwenst te blijven) maken dat ik mij bij de laatste aansluit. De discussie onderstreept intussen het nut van een prejudiciële procedure, waarmee twijfel kan worden weggenomen nog voordat de nationale rechter een knoop doorhakt.

Hoe dat ook zij: waar in de Straatsburgse jurisprudentie direct toepasbare rechtsregels zijn geformuleerd, liggen de zaken anders.⁴⁷ Overigens verdient het, juist gezien deze potentiële *erga omnes*-werking, aanbeveling een ruimere mogelijkheid te creëren om te interveniëren bij zaken voor het Hof; ik verwijs naar § 3.3.

45. E. Myjer, 'Hoe ver draagt het verdrag?', in *40 jaar ECRM en de Nederlandse rechtsorde* [Staatsrechtconferentie 1990], p. 118 en 125.

46. Zie resp. Alkema (1995), p. 80; W.E. Haak, 'Welk type strafproces ligt ten grondslag aan het EVRM en de rechtspraak van het EHRM?', in *DD* jrg. 26 (1996), p. 989; P. van Dijk, *Handelingen NJV* jrg. 125 (1995-II), p. 70 (met repliek van Alkema op p. 90).

47. Hierbij speelt allereerst de helderheid van de formulering een rol, terwijl ook de herhaling van een interpretatie en zelfs de stemverhouding kunnen bijdragen aan de derde-nwerking van Straatsburgse arresten. De wijze waarop het plenaire Hof in *Soering* unaniem tot het oordeel kwam dat uitlevering van betrokkene een schending van art. 3 EVRM zou opleveren, was m.i. voldoende om alle Verdragspartijen te binden aan de beginselen waarop die uitspraak was gebaseerd.

64. De opvatting dat de jurisprudentie van het Hof juridische consequenties *erga omnes* heeft, leek tot het begin van de jaren tachtig geen gemeengoed te zijn. Inmiddels is in recentere literatuur echter een kentering gesignaleerd: het komt steeds vaker voor dat derde staten in uitspraken van het Hof aanleiding zien om hun wetgeving aan te passen.⁴⁸ Het Hof zelf heeft er tot nu toe van afgezien onomwonden te verklaren dat Verdragspartijen gebonden worden door vaste jurisprudentie. De praktische noodzaak om een dergelijke uitspraak te doen is ook niet bijzonder groot (al zou zij de nationale autoriteiten wellicht een extra argument tot Straatsburg-conform optreden verschaffen). Immers, of vaste jurisprudentie de staten nu bindt of niet: het individu dat zijn rechten geschonden waant, kan zich wenden tot het Hof, en dat zal aan de hand van zijn vaste jurisprudentie nagaan of het Verdrag is geschonden. Het Hof zal, als daar aanleiding toe is, een 'verse' schending van het Verdrag constateren; afgezien van *Vermeire*⁴⁹ is het nog niet voorgekomen dat het Hof een staat het verwijt maakt dat het vaste jurisprudentie niet heeft nageleefd. Evenmin heeft het op die grond *punitive damages* toegekend. Wel zal de motivering in een dergelijk arrest zeer summier zijn en zich grotendeels beperken tot een verwijzing naar de eerdere jurisprudentie.⁵⁰

48. Zie m.n. het onderzoek van J. Polakiewicz: 'The Implementation of the ECHR and of the Decisions of the Strasbourg Court in Western Europe – An Evaluation', in *AEHRYB* jrg. 2 (1992), p. 147-171, en (met V. Jacob-Foltzer) 'The ECHR in domestic law: The impact of the Strasbourg case-law in States where direct effect is given to the Convention', in *HRIJ* jrg. 12 (1991), p. 65-85 en 125-142.

49. 'It cannot be seen what could have prevented the Brussels Court of Appeal and the Court of Cassation from complying with the findings of the *Marckx* judgment' (EHRM, 29 november 1991, *Vermeire – België* (A-214-C), r.o. 25). Het ging hierbij om een zaak tegen *hetzelfde* land; men kan er dan ook niet uit afleiden dat het Hof vereist dat rechters toepassing geven aan uitspraken die tegen een *derde* Verdragspartij zijn gewezen.

50. Verg. de trits zaken waarin de strafbaarstelling van homoseksuele handelingen centraal stond. Toen de Cypriotische strafwet in Straatsburg aan de kaak werd gesteld, maakte het Hof Cyprus geen verwijt 'à la *Vermeire*' dat het na de eerdere uitspraken in *Dudgeon* en *Norris* nog steeds zijn wetgeving niet had aangepast. Het Hof oordeelde dat art. 8 EVRM was geschonden en beperkte de motivering tot een korte verwijzing naar de eerdere jurisprudentie (EHRM, 22 april 1993, *Modinos – Cyprus* (A-259), r.o. 24-25).

5.4.2 *Het Internationaal Gerechtshof*

65. Heeft een uitspraak van het Internationaal Gerechtshof, gedaan in een zaak tussen X en Y, tevens effect op staat Z? Nee, zegt artikel 59 Statuut IGH met nog meer klem dan artikel 46 EVRM: 'The judgment of the Court has no binding force except between the parties and in respect of that particular case'. Dat spoort met de klassieke regel van verdragenrecht: *pacta tertiis nec nocent nec prosunt*.

Toch geldt hetgeen hiervoor met betrekking tot het EHRM is gezegd over de uitstraling van algemeen geformuleerde beginselen ook voor het IGH.⁵¹ In de rechtspraak worden uitspraken van het IGH wel aangevoerd als bewijs voor het bestaan van een volkenrechtelijke regel, al ligt de frequentie een stuk lager dan bij het Straatsburgse Hof het geval is. Een voorbeeld uit de Nederlandse jurisprudentie betreft een uitspraak van het Hof Amsterdam, waarin het zich bij het afbakenen van de territoriale wateren baseerde op de regels die het IGH eerder had toegepast in de Engels-Noorse *Fisheries*-zaak.⁵²

Ook in de buitenlandse rechtspraak duikt de jurisprudentie van het IGH een enkele keer op. Interessant is de conclusie van een Amerikaanse studie dat 'national judges are more inclined to receive an I.C.J. decision where beneficial to their own nationals'.⁵³ Zo is de uitspraak van het IGH in de *Hostages*-zaak, waar de gijzeling van Amerikaans ambassadepersoneel in Teheran centraal stond, met instemming aangehaald door de Amerikaanse rechter. Toen een Britse visser werd aangehouden in een gebied dat Noorwegen tot zijn exclusieve visserij-zone rekende, baseerde de Noorse rechter zijn veroordeling mede op de uitspraak van IGH dat de instelling van de Noorse zone in overeenstemming was met het internationale recht.

51. In die zin ook R.Y. Jennings, 'The Judiciary, International and National, and the Development of International Law', in *ICLQ* jrg. 45 (1996), p. 6-12.

52. Hof Amsterdam, 18 juni 1987, *USS Julius Furer*, in *SR* 1988, nr. 55, r.o. 16.

53. S. Ordonez & D. Reilly, 'Effects of the Jurisprudence of the ICJ on National Courts', in Franck & Fox (red.), *International Law Decisions in National Courts* (1996), p. 359.

Hoofdstuk 6

DE RECEPTIE VAN INTERNATIONALE RECHTSPRAAK IN DE NEDERLANDSE RECHTSORDE

§ 6.1 Inleiding

66. Op basis van het voorafgaande zou (met enige voorzichtigheid, gezien de omvang van het onderzoek) geconstateerd kunnen worden dat uitspraken van de internationale rechter min of meer loyaal plegen te worden nageleefd. De werkelijke kracht van de internationale rechtspleging kan echter pas worden gemeten op het moment dat het er echt om spant: als de internationale rechter een schending constateert en de betreffende staat zich niet, of niet van harte, bij dat oordeel wenst neer te leggen. De Veiligheidsraad blijkt niet bijzonder effectief in het afdwingen van naleving van uitspraken van het Internationaal Gerechtshof; de VN-mensenrechtencomités staan er helemaal alleen voor; het Comité van Ministers van de Raad van Europa wordt verweten dat het soms te snel tevreden is met de wijze waarop een staat uitvoering geeft aan een Straatsburgs arrest. Hier komt nog bij dat de praktijk van het EHRM zelf onvoldoende is gericht op *restitutio in integrum*.

Zo verplaatst de aandacht zich al snel naar de nationale rechtsorde. Is het mogelijk om naleving van een uitspraak van het IGH, het VN-Mensenrechtencomité of – in de praktijk relevanter – het EHRM af te dwingen met een procedure voor de nationale rechter? In theorie kan een nationale rechtsgang tal van voordelen bieden: de nationale rechter is ‘dichtbij’ en daarmee toegankelijk; zijn vonnissen kunnen doorgaans onmiddellijk worden geëxecuteerd; afhankelijk van het constitutionele recht kan hij bevoegd zijn een nationale wet buiten toepassing te laten.

De tenuitvoerlegging van internationale uitspraken door tussenkomst van de nationale rechter vormt een relatief nieuw vraagstuk, zo wordt opgemerkt in een recente Amerikaanse studie over de receptie van uitspraken van het IGH door de nationale rechter. Een analytisch model zou ontbreken; een systematisch patroon zou zich in de internationale rechtsorde nog niet heb-

ben ontwikkeld, aldus de auteurs.¹ Zoals zal blijken valt dat wat betreft Nederland erg mee, maar toch staat de vraag naar de tenuitvoerlegging van Straatsburgse uitspraken hier volop in de belangstelling.

67. Uitspraken van de internationale rechter richten zich primair tot de *staten* die partij zijn bij het geschil. De organen van deze staten worden niet rechtstreeks door de uitspraak geraakt, tenzij het nationale recht anders bepaalt. Een nationale rechter is derhalve niet per definitie 'gebonden' aan een uitspraak van bijvoorbeeld het IGH.² Anderzijds wordt zijn optreden vanuit volkenrechtelijk perspectief toegerekend aan de staat. Dit betekent dat rechterlijk handelen (of nalaten) dat niet in overeenstemming is met een uitspraak van het IGH, een internationaal-onrechtmatige daad van de betrokken staat oplevert. Men kan denken aan het Belgisch-Nederlandse grensgeschil (§ 2.1.1): nadat het Hof had vastgesteld dat de omstreden percelen aan België toebehoorden, vormde dat voor de Nederlandse staat *res iudicata*. Zou de Nederlandse rechter daaraan voorbij gaan, dan was een internationaal-onrechtmatige daad van Nederland het gevolg.

Toch komt het er in de praktijk niet vaak van dat de nationale rechter een op een IGH-uitspraak gebaseerde claim toekent. O'Connell vermeldt dat het nog niet is voorgekomen dat een staat die partij was bij een zaak voor het IGH, nakoming van de uitspraak heeft gevorderd voor de nationale rechter.³ En particulieren die zich op een IGH-uitspraak willen beroepen, stuiten niet zelden op procedurele obstakels. Zo weigerde de Amerikaanse rechter uitvoering te geven aan de uitspraak van het IGH in de *Nicaragua*-zaak. Nadat dit Hof had geoordeeld dat de Amerikaanse steun aan de *contra*'s in strijd was met het volkenrecht, eiste een actiegroep voor de Amerikaanse rechter dat de regering-Reagan deze steun daadwerkelijk zou staken. De eis werd

1. S. Ordonez & D. Reilly, 'Effects of the Jurisprudence of the ICJ on National Courts', in Franck & Fox (red.), *International Law Decisions in National Courts* (1996), p. 344-346.
2. Op 3 maart 1999 ging het IGH verder: 'the Governor of Arizona is under the obligation to act in conformity with the international undertakings of the United States' (Germany v. USA (prov. measures) – Order, r.o. 28).
3. M.F. O'Connell, 'The Prospects for Enforcing Monetary Judgments of the

echter afgewezen: 'neither individuals nor organizations have a cause of action in an American court to enforce I.C.J. judgments'.⁴ Dat kunnen de erven Breard inmiddels beamen.

§ 6.2 Status en bekendheid van internationale uitspraken in de Nederlandse rechtsorde

68. In de Nederlandse rechtsorde wordt veelvuldig verwezen naar uitspraken van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens. Over de constitutionele grondslag hiervan lopen de meningen uiteen. Sommigen zien uitspraken van het EHRM als 'besluiten van [een] volkenrechtelijke organisatie' in de zin van de artikelen 93 en 94 Grondwet.⁵ Anderen menen dat de Straatsburgse arresten moeten worden geacht te zijn geïncorporeerd in de verdragsbepaling waarop zij betrekking hebben.⁶ Dit theoretische debat heeft praktische consequenties: de eerste benadering noopt niet tot toepassing van arresten die tegen andere landen zijn gewezen, de tweede wel. Als ik het goed zie, huldigt de Hoge Raad de incorporatie-theorie.⁷ Kennelijk is dat ook de opvatting van de Nederlandse regering.⁸ Deze benadering sluit naadloos aan bij het volkenrechtelijke argument dat vaste jurisprudentie alle Verdragspartijen bindt (§ 5.4.1). Deze grondslag brengt overigens met zich mee dat ook *views* van de drie VN-men-

ICJ: A Study of Nicaragua's Judgment Against the United States', in *VaJIL* jrg. 30 (1990), p. 914.

4. Ordóñez & Reilly, *supra* noot 1, p. 356.

5. Zie m.n. Alkema (1985), p. 30, en (1995), p. 80. Zo ook A.W. Heringa, 'Van Europese Conventie tot Nederlandse Constitutie voor de Rechten van de Mens', in *40 jaar EVRM* (1990), p. 319.

6. J. van der Velde, 'Toepassing van Straatsburgse jurisprudentie door de Hoge Raad', in *NJCM-Bulletin* jrg. 15 (1990), p. 581-588; P. van Dijk in zijn interventie, *Handelingen NJV* jrg. 125 (1995-II), p. 70.

7. Zie het in § 1.1 aangehaalde citaat waarin de HR aangaf dat het arrest *Goodwin - VK* noopt tot een koerswijziging. Zie voorts bijv. HR, 10 november 1989 (*NJ* 1990, nr. 628, m.nt. EAAL en EAA), r.o. 3.3; HR, 12 september 1997 (*RvdW* 1997, nr. 168), r.o. 2 ('art. 328 Rv. [...] moet buiten toepassing blijven omdat het in zoverre niet verenigbaar is met het bepaalde in art. 6 EVRM zoals deze verdragsbepaling bijkens de rechtspraak van het EHRM moet worden begrepen', waarna wordt verwezen naar het EHRM-arrest *Vermeulen - België*).

8. Zie de verklaring gehecht aan res. DH (98) 204 (10 juli 1998) van het Comité van Ministers, n.a.v. EHRM, 17 december 1996, *Terra Woningen - Nederland* (*RJD* 1996, p. 2105): 'The Dutch Government considers that [...] the Convention and the judgments of the Court are, in principle, considered to have direct effect in Dutch law'.

senrechtenorganen als gezaghebbende interpretatie dienen te worden toegepast (zie § 2.3.1).⁹

69. De toepassing van uitspraken veronderstelt bekendheid daarmee. Men kan zich afvragen of de huidige verspreiding van de Straatsburgse jurisprudentie adequaat is geregeld. Die vraag is des te prangender geworden na inwerkingtreding van het Elfde Protocol: was de oude situatie relatief overzichtelijk omdat het oude Hof 'slechts' zo'n 100 uitspraken per jaar deed (en het gros van de Commissie-uitspraken onzichtbaar bleef), in de toekomst zal het lastig worden om de hoofdlijnen te ontwaren temidden van de duizenden beslissingen en einduitspraken van het nieuwe Hof. Zodra deze rechtspraak wordt gezien als een doolhof waarin slechts enkele specialisten zich wagen, is het Hof zijn doel voorbij geschoten.

Tegenwoordig worden tamelijk veel uitspraken gepubliceerd en becommentarieerd; sinds 1996 zijn de arresten van het Hof via Internet te raadplegen. Toch acht ik het niet uitgesloten dat er meer nodig is om de jurisprudentie onder de aandacht van wetgever, rechter en advocatuur te brengen. De algemene vakliteratuur volgt Straatsburg systematisch noch snel. Dat het *NJB* bereid is wekelijks de samenvatting van één Straatsburgs arrest te publiceren, valt toe te juichen, maar dat biedt de lezer slechts een eerste ingang. Van de dertig arresten waarin het EHRM Nederland veroordeelde, zijn op het moment van schrijven (eind 1998) nog altijd zes zaken niet in de *Nj* verschenen. Datzelfde geldt voor verschillende belangrijke arresten die tegen andere landen zijn gewezen. Dit is geen verwijt aan de *Nj*: de nationale rechtspraak is omvangrijk, de beschikbare ruimte niet onbeperkt, soms zal een annotatie wellicht op zich laten wachten. Maar, dat gezegd zijnde: de verspreiding van Straatsburgse jurisprudentie is niet optimaal. Over het vermogen van het gespecialiseerde *NjCM-Bulletin/Nederlands Tijdschrift voor de Mensenrechten* om deze lacune op te vullen, toont onze regering zich optimistisch:

9. Zie bijv. een trits uitspraken van de GRvB, 28 september 1989 en 28 februari 1990 (AB 1990, nrs. 232-234, m.nt. WASD), met verwijzing naar de HRC-uitspraak in de zaak *Danning - Nederland*.

In order to draw the Dutch courts' attention to the findings of the European Court of Human Rights, the [*Terra Woningen*] judgment has been published in the law journal *Nederlands Juristen Comité voor de Mensenrechten*, No. 5, 1997, pp. 617-628.¹⁰

Mijns inziens mag men toch wat meer van de regering verwachten, al was het maar omdat adequate publiciteit ertoe kan bijdragen dat vergelijkbare schendingen worden voorkomen. Ten aanzien van tegen Nederland gewezen arresten zou onmiddellijke publicatie (van een samenvatting) van het arrest in de *Staatscourant* of op een overheids-site op Internet voor de hand liggen.

70. Bij de rechterlijke toepassing van het EVRM, meer in het bijzonder van Straatsburgse uitspraken, heeft ook de advocatuur een taak. Zoals in § 3.5.2 al bleek, verlangt het EHRM immers niet van de rechter dat hij *ex officio* toetst aan het EVRM.¹¹ Zeker, men mag een alerte houding van de rechter verwachten als het aankomt op de bescherming van fundamentele rechten. Loyale tenuitvoerlegging van het EVRM is uiteraard gebaat bij ambtshalve toetsing. Maar het is een gevaarlijke misvatting te denken dat het EVRM daartoe naar huidig recht verplicht. Gevaarlijk in die zin dat de klager die zich voor de nationale rechter niet (in essentie) heeft beroepen op de rechten en vrijheden van het Verdrag, zal constateren dat zijn klacht in Straatsburg op die grond niet-ontvankelijk wordt verklaard. Als een advocaat tijdens de nationale procedure zijn werk niet doet, komt dat aldus in Straatsburg voor rekening van de klager (en eventueel, wegens aansprakelijkheid voor beroepsfouten, van de advocaat) – en niet van de staat.¹²

In dit verband zij nog opgemerkt dat de toenmalige Nederlandse rechter Martens de stelling heeft verdedigd dat de nationale rechter wel degelijk gehouden kan zijn ambtshalve aan het

10. Zie vorige noot.

11. EHRM, 15 november 1996, *Ahmet Sadık – Griekenland* (RJD 1996, p. 1638), r.o. 31-32. Ook het nieuwe Hof denkt er zo over: EHRM, 17 november 1998, *Perne – Nederland* (n.n.g.; NJB 1999, nr. 3).

12. Verg. ook EHRM, 19 februari 1998, *Bahaddar – Nederland* (RJD 1998, p. 250), r.o. 46. Het EHRM lijkt aldus eerder bereid aan te nemen dat een klager zijn (klacht)recht heeft verwerkt dan dat hij afstand van zijn recht heeft gedaan.

EVRM te toetsen.¹³ Onder verwijzing naar de *Van Schijndel*-uitspraak van het Hof van Justitie¹⁴ stelde hij dat

in those cases where domestic courts, under their national law, are in a position to apply the Convention *ex officio*, those courts *must* do so under the Convention. That is an obvious demand of the effectiveness both of the Convention as a constitutional instrument of European public order (*ordre public*) and of the 'national human right systems'.¹⁵

Een meerderheid van het Hof volgde Martens echter niet.

71. Een en ander sluit niet uit dat het nationale recht hogere eisen stelt aan de rechter. Naar Nederlands recht, zo meent De Werd, rust inderdaad een 'ambtshalve toetsingsplicht' op de rechter. Ook indien een klager zich niet op het EVRM beroept, zou de rechter eigener beweging moeten nagaan welke eisen dit verdrag stelt, aangezien artikel 94 Grondwet hem verplicht nationale wettelijke voorschriften buiten toepassing te laten bij strijd met een ieder verbindend verdragsrecht.¹⁶ Dit lijkt ook de opvatting van de Hoge Raad te zijn: 'het komt toch zeer regelmatig voor dat de Hoge Raad bij zijn beslissing vragen van uitleg van [het EVRM] ambtshalve onder ogen moet zien. Naar Nederlands recht is hij daartoe gehouden'.¹⁷

Indien men het bestaan van deze verplichting aanvaardt en haar combineert met de incorporatie-theorie, moet men concluderen dat de rechter (niet alleen de Hoge Raad!) naar Nederlands recht verplicht is eigener beweging toepassing te geven aan in-

13. Eerder zinspeelde hij al er op dat een 'gerecht' in de zin van art. 6 EVRM bevoegd moet zijn om eigener beweging in te gaan op rechtsvragen die de partijen niet hebben opgeworpen: EHRM, 26 april 1995, *Fischer - Oostenrijk* (A-312), p. 38, noot 24.

14. HvJEG, 14 december 1995, *Van Schijndel & Van Veen* (gev. zaken 430/93 en C-431/94), Jur. 1995, p. I-4705.

15. EHRM, 15 november 1996, *Ahmet Sadik - Griekenland* (RJD 1996, p. 1661, § 11). Niet-nakoming van deze verplichting zou geen schending van het EVRM opleveren. De aangeklaagde staat zou echter, in de visie van Martens, niet als verweer mogen voeren dat de klager de nationale rechtsmiddelen niet heeft uitgeput.

16. M. de Werd, 'Ius curia novit - Ambtshalve aanvulling van rechtsgronden door de bestuursrechter', in *NJB* 1998, p. 691, met reactie dzz. en naschrift op p. 1074.

17. HR, *Toelichting op de jaarcijfers 1995 en 1996*, p. 19.

dividuele uitspraken van het EHRM. Naar ik aanneem bestaat deze verplichting niet wanneer de rechter daarmee de hem passende lijdelijkheid zou moeten verzaken door buiten de rechtsstrijd van de partijen te treden.¹⁸ Desalniettemin lijkt dit een zware wissel te trekken op de rechter. Het belang van een adequate verspreiding van de Straatsburgse jurisprudentie wordt daarmee onderstreept.

§ 6.3 Receptie van internationale uitspraken door wetgever en bestuur

72. De Tijdelijke Wet Kroongeschillen, de wet BOPZ, de wet Getuigenbescherming: in reactie op Straatsburgse uitspraken heeft de wetgever – soms sneller dan anders – maatregelen genomen om nieuwe schendingen te voorkomen. Ook arresten tegen derde landen hebben geleid tot wetwijziging. Het klassieke voorbeeld is de reactie op het tegen België gewezen *Marchx*-arrest.¹⁹

Soms zijn andere maatregelen getroffen, al dan niet in afwachting van nadere wetgeving. Zo gaf de Minister van Justitie na het *Winterwerp*-arrest richtlijnen voor de toepassing van de toenmalige Krankzinnigenwet.²⁰ Kort na het *Brogan*-arrest vaardigden de Procureurs-Generaal een richtlijn uit ter regeling van de in-verzekeringstelling.²¹ Nadat het EHRM in het *Kroon*-arrest een schending van artikel 8 EVRM had geconstateerd, bood de ambtenaar van de burgerlijke stand van de gemeente Amsterdam

18. Verg., m.m., de *Van Schijndel*-uitspraak, *supra* noot 14, r.o. 22.

19. De snelle reactie van de Hoge Raad (*NJ* 1980, nr. 463, m.nt. EAA) werd gevolgd door wijziging van het BW (met terugwerkende kracht tot 13 juni 1979, de datum van het *Marchx*-arrest): *Stb.* 1982, nr. 608.

20. Zie *Stc.*, 18 juni 1980 en *NJB* 1980, p. 734-735. De richtlijn bevat o.m. de volgende passage: 'De uitspraak van het Hof brengt met zich mee *dat de rechter [...] gehouden is* een persoon die vanwege zijn geestesgesteldheid van zijn vrijheid mag worden beroofd, in de gelegenheid te stellen door hem te worden gehoord.

21. De commotie in Nederland na *Brogan* illustreert niet alleen het enorme belang van de Straatsburgse jurisprudentie voor onze rechtspraak, maar ook (en daarom) het zeker zo grote belang van helder geformuleerde arresten. Zie voor een overzicht I.M. Abels, 'Brogan-wetgeving: herziening van de regeling van de in-verzekeringstelling in het Wetboek van Strafvordering', in *AdeJrg.* 14 (1995), p. 37-43, en E. Myjer, 'The plain meaning of the word "promptly"', te verschijnen in *Liber amicorum Roto Ryssdal* (1999).

alsnog gelegenheid aan mw. Kroon en haar partner om het vaderschap te ontkennen, resp. het kind te erkennen.²²

In dit verband kan ook het bekende *Procola*-arrest worden genoemd. Onduidelijk is of dit arrest noopt tot een formele scheiding van wetgevingsadviserende en rechtsprekende taken van de Raad van State. Het kabinet heeft dan ook besloten vooralsnog geen wettelijke maatregelen te nemen, maar eerst de ontwikkelingen in de Straatsburgse jurisprudentie af te wachten. Binnen de Raad van State zijn organisatorische voorzieningen getroffen om te voorkomen dat staatsraden die eerder betrokken zijn geweest bij advisering over bepaalde regelgeving, deel uitmaken van een kamer die over de rechtmatigheid van deze regelgeving moet oordelen.²³ Vanuit Straatsburgs perspectief kan men het kabinet zijn afwachtende houding bezwaarlijk kwalijk nemen: het is de summiere motivering van dit arrest die daartoe uitnodigt.

73. Voor een volledig overzicht, laat staan een analyse, van de genomen maatregelen ontbreekt hier de ruimte.²⁴ Wel wil ik signaleren dat er van diverse kanten kritiek is uitgeoefend op de wijze waarop wetgever en bestuur inspelen op ontwikkelingen in de Straatsburgse jurisprudentie. Zo zouden zij niet altijd in staat zijn het juiste evenwicht te vinden tussen snelheid en zorgvuldigheid bij de implementatie van Straatsburgse arresten. Meer in het algemeen wordt de wetgever wel verweten geen samenhangende (dan wel een minimalistische) beleidsvisie op mensenrechten te hebben en wetsvoorstellen in de praktijk slechts fragmentarisch te toetsen aan mensenrechten.²⁵

22. Aldus J. de Boer, 'De broedende kip in EVRM-zaken', in *NJB* 1995, p. 1033.

23. Zie ook *Kamerstukken II* 1997/98, 25 425, nr. 3.

24. Zie bijv. Y. Klerk & E. Jansz de Jonge, 'The Netherlands', in Gearty (red.), *European Civil Liberties and the European Convention on Human Rights* (1997), p. 127-137. Over de strafwetgever: de notitie *Strafvordering in balans* (*Kamerstukken II* 1993/94, 23 672, nr. 1, m.n. p. 13-16) en E. Myjer, 'Pro justitia', in *45 jaar EVRM* (1996), p. 183-184.

25. Zie bijv. J. van der Velde, 'Het toezicht op de naleving van het EVRM en de implementatie van Straatsburgse beslissingen in Nederland', in *40 jaar EVRM* (1990), p. 178; P.J. Boukema, 'Openingsrede', in *Handelingen NJV/jrg. 123* (1993-II), p. 1-8, en *NJB* 1993, p. 991-993; G. Bertens, I. Iluussen, B. Labuschagne, 'De Nederlandse wetgever en de implementatie van arresten van het EHRM', in *NJCM-Bulletin* jrg. 19 (1994), p. 519-538; verschillende auteurs in de bundel *Rechten, regels, realiteit - Wetgever en mensenrechtenbeleid* (1994), L.F.M. Verhey, 'Implementatie van het EVRM door de wetgever', in *45 jaar EVRM* (1996), p. 103-116.

Daar staat tegenover dat het voor de wetgever lang niet altijd duidelijk is welke conclusies moeten worden verbonden aan uitspraken van het Hof. Voorts wordt tegenwoordig bij tal van nieuwe wetsvoorstellen in de memorie van toelichting een mensenrechtelijke paragraaf opgenomen, waarin de voorgestelde bepalingen worden getoetst aan het EVRM, inclusief Straatsburgse jurisprudentie. Een andere verheugende ontwikkeling is dat het parlement sinds 1996 jaarlijks een overzicht van de belangrijkste ontwikkelingen in de Straatsburgse jurisprudentie krijgt voorgelegd.²⁶

Niettemin lijken verbeteringen mogelijk, bijvoorbeeld door een aanvulling van de Aanwijzingen voor de regelgeving.²⁷ Daarnaast zou een interdepartementale werkgroep kunnen worden ingesteld, met de taak te analyseren welke consequenties de Straatsburgse jurisprudentie heeft voor de Nederlandse rechtsorde, zoals dat nu al gebeurt met jurisprudentie van het Hof van Justitie van de EG. Het jaarlijkse overzicht van Straatsburgse jurisprudentie biedt een voor de hand liggend uitgangspunt voor een dergelijke exercitie; merkwaardig genoeg speelt dit materiaal momenteel geen enkele (zichtbare) rol bij de toetsing van bestaande en bij de voorbereiding van nieuwe regelgeving. Het ligt voor de hand dat de hier genoemde activiteiten zich in eerste instantie op het EVRM concentreren, maar toch zou het aanbeveling verdienen dat ook de overige mensenrechtenverdragen worden 'meegenomen'. Ook een uitspraak van het VN-Mensenrechtencomité kan immers relevant zijn voor de Nederlandse rechtsorde; het is dan zaak daar adequaat op in te spelen.

§ 6.4 Receptie van internationale uitspraken door de rechter

6.4.1 *Aanpassing van de jurisprudentie*

74. Tien jaar geleden heeft Van Dijk de houding beschreven welke de Hoge Raad innam ten opzichte van de mensenrechten-

26. Het overzicht wordt in opdracht van het Ministerie van Buitenlandse Zaken verzorgd door het Studie- en Informatiecentrum Mensenrechten (SIM). De rapportage beperkt zich overigens tot een samenvatting van arresten van het EIIRM en van eventuele annotaties; de mogelijke gevolgen voor de Nederlandse rechtsorde blijven onbesproken.

27. Zie voor een uitgewerkt voorstel Verhey, *supra* noot 25, p. 112. Verg. ook M.J.T.M. Vijghen, 'Implementation of the ECHR in Dutch legislation', in *The Execution*, p. 223-233.

verdragen.²⁸ Van Dijk zag het jaar 1980 als keerpunt. In de periode daaraan voorafgaand stelde de Nederlandse rechter zich afhoudend op: vrijwel steeds kwam hij tot de conclusie dat zich geen schending van de ingeroepen bepaling had voorgedaan. In de tachtiger jaren viel een wijziging in de houding van de rechter te constateren. De Hoge Raad – vooral de Strafkamer – besteedde steeds meer aandacht aan bepalingen van mensenrechtenverdragen en constateerde vaker een schending daarvan. Ook de civiele kamer roerde zich op het terrein van personen- en familierecht.²⁹ Een enkele maal liet de rechter een bepaling van Nederlands recht, die strijdig werd geacht met een verdragsbepaling, buiten toepassing; vaker ging hij over tot verdragsconforme interpretatie van de wetbepaling.

De door Van Dijk gesignaleerde trend heeft zich in de afgelopen tien jaar zeker doorgezet.³⁰ Daarbij valt op dat de Hoge Raad, om mij daartoe te beperken, meer en meer verwijst naar afzonderlijke uitspraken van het EHRM. Soms reageert de Hoge Raad aldus op veroordelingen van Nederland.³¹ Voor het effect van arresten lijkt het echter niet van groot belang of Nederland al dan niet procespartij was; illustratief is de reactie van de Hoge Raad op de arresten *Borgers* en *Vermeulen-België*.³² Voor andere voorbeelden moet ik volstaan met een korte verwijzing.³³ Het is evident dat een expliciete verwijzing naar Straatsburgse jurispru-

28. P. van Dijk, 'De houding van de Hoge Raad jegens de verdragen inzake de rechten van de mens', in *De plaats van de Hoge Raad in het huidige staatsbestel* (1988), p. 173-209.

29. Zie voor een overzicht M. de Langen, 'De betekenis van artikel 8 EVRM voor het familierecht', in *Handelingen NJVjrg.* 120 (1990-I), p. 85-183.

30. Verg. de jaarlijkse overzichten van Nederlandse jurisprudentie terzake in het *NJCM-Bulletin*.

31. bijv. HR, 2 juli 1990 (*NJ* 1990, nr. 692, m.nt. ThWvV), n.a.v. *Kostovski*; HR, 6 december 1994 (*NJ* 1995, nr. 515, m.nt. AHJS), n.a.v. *Lala* en *Pelladoah*.

32. Zie J.W. IJssink, 'De conclusie na Borgers', in *NJB* 1998, p. 1108-1110. Verg. reeds Alkema (1985), p. 35.

33. Een greep uit de jurisprudentie van de laatste tien jaar: HR, 10 november 1989, *NJ* 1990, nr. 628: verwijzing naar het EHRM-arrest *Berrrehab*; HR, 30 maart 1990, *NJ* 1991, nr. 249: verw. naar *Soering*; HR, 16 november 1990, *NJ* 1991, nr. 475: verw. naar *Rees*; IIR, 20 januari 1991, *BNB* 1991, nr. 134: verw. naar *Hauschildt*; IIR, 9 februari 1993, *NJ* 1993, nr. 603: verw. naar *Abdoella*; HR, 29 april 1994, *NJ* 1995, nr. 727: verw. naar *Sekanina*; HR, 30 november 1994, *NJ* 1995, nr. 668: verw. naar *James e.a.*; HR, 10 mei 1996 *NJ* 1996, nr. 578: verw. naar *Goodwin*; HR, 13 juni 1997, *NJ* 1998, nr. 361: verw. naar *Oberschlick*; HR, 12 september 1997, *RvdW* 1997, nr. 168: verw. naar *Vermeulen*; HR, 30 september 1997, *NJ* 1998, nr. 104: verw. naar *Saunders*; HR, 16

dentie op zichzelf nog niet zoveel zegt: de nationale rechter kan een EHRM-uitspraak volgen zonder dat met zoveel woorden te vermelden; omgekeerd kan hij daar ook slechts lippendienst aan bewijzen. Toch lijken de veelvuldige verwijzingen aan te geven dat de Hoge Raad het standpunt deelt dat Martens al in 1991 verkondigde: 'het EHRM heeft geoordeeld en daaraan moeten we ons houden'.³⁴ Of, zoals Koopmans het samenvatte: 'Roma locuta, causa finita'.³⁵

Wellicht ten overvloede zij hierbij aangetekend dat het EVRM minimum-waarborgen beoogt te bieden. De Nederlandse rechter moet dan ook enerzijds de Straatsburgse 'minimum-jurisprudentie' analyseren, en anderzijds nagaan of hij op basis van de Nederlandse rechtscultuur verder behoort te gaan. In die zin is de rechter niet op voorhand *verplicht* Straatsburgse uitspraken te volgen.³⁶ Dat de nationale rechter in dezen een eigen verantwoordelijkheid heeft, werd onlangs ook op andere wijze duidelijk gemaakt. Het EHRM oordeelde in een Zweedse zaak dat een juridische procedure niet binnen een redelijke termijn was afgehandeld. Het Hof constateerde derhalve een schending van artikel 6 lid 1 EVRM – en ging aldus voorbij aan het argument van de Zweedse regering dat de uitspraak vertraging had opgelopen

december 1997. *NJ* 1998, nr. 352: verw. naar *Kamasinski*; HR, 23 januari 1998, *NJ* 1998, nr. 525: verw. naar *Batco*; HR, 11 september 1998, *NJ* 1998, nr. 829: verw. naar *Masson & Van Zon*. Zie voorts H.G. Schermers, *The Influence of the European Commission of Human Rights* (1992), m.n. p. 44-50, en N. Doorduijn, *De invloed van het EHRM op de Nederlandse rechtspraak* (1994), met uitgebreide verwijzingen.

34. Interview in *NJB*, 1991, p. 474. Zeer expliciet is HR, 23 januari 1998, *NJ* 1998, nr. 525, r.o. 3.4: 'de voor de Nederlandse rechter [...] in art. 53 EVRM besloten plicht zich [...] te houden aan de beslissing van het EHRM ter zake van dit gebrek en de door dit Hof aan dit gebrek verbonden gevolgen'.
35. T. Koopmans, *Le juge néerlandais et la Convention européenne des droits de l'homme*, lezing op 29 november 1997 (verg. *NJB* 1998, p. 312). Interessant is dat de Britse *Human Rights Act 1998* in art. 2 bepaalt dat 'a court or tribunal determining a question which has arisen in connection with a Convention right must take into account any judgment, decision, declaration or advisory opinion of the European Court of Human Rights'.
36. Verg. J.G.C. Schokkenbroek, 'Algemene erkenning naar de taken van de Straatsburgse en de nationale organen', in *40 jaar ECRM en de Nederlandse rechtsorde* (Staatsrechtconferentie 1990), p. 84. In deze zin ook J. de Boer in zijn noot onder *NJ* 1998, nr. 686. Een uitzondering kan zich voordoen als de rechter met een verderstrekkende interpretatie van het EVRM in botsing zou komen met andere eisen van het EVRM – hetgeen in horizontale verhoudingen het geval kan zijn. Zie Alkema (1995), p. 104.

*omdat de Zweedse rechter had gewacht op het oordeel van het Europees Hof in een vergelijkbare zaak.*³⁷

75- Terug naar de houding van de Hoge Raad ten opzichte van de mensenrechtenverdragen. Kritiek had Van Dijk op de rechtspraak waarin de Hoge Raad kwam tot een 'relatieve rechtstreekse werking' van verdragsbepalingen. In die gevallen liet de HR in het midden of zich een schending van de ingeroepen bepaling had voorgedaan, omdat het wegnemen van de potentiële strijdigheid hoe dan ook rechtspolitieke keuzes vergde die 'niet binnen de rechtsvormende taak van de rechter' vielen.³⁸ Deze argumentatie miskent de in artikel 94 Grondwet aan de rechter gegeven zelfstandige functie bij de handhaving van verdragsbepalingen, aldus Van Dijk. In navolging van hem betoogt De Boer dat de Hoge Raad steeds dient na te gaan of er sprake is van strijd is met het EVRM; indien dat het geval is moet de Raad 'zoveel als in zijn vermogen ligt' aan de eis of het verzoek tegemoet komen. Voorts dient de rechter naar zijn mening niet eindeloos te wachten op de wetgever: hij heeft een eigen verantwoordelijkheid.³⁹ Ook Meijers waarschuwt in dit verband voor abstinentie of een terughoudende opstelling van de rechter.⁴⁰ Barkhuysen & Van Emmerik voeren aan dat artikel 13 EVRM zich ertegen verzet dat de in het gelijk gestelde klager met lege handen naar huis wordt gestuurd.⁴¹

Aan de andere kant heeft o.a. Martens begrip gevraagd voor de positie van de Hoge Raad.⁴² Opnieuw speelt de democratische legitimatie van de rechter een rol: uit oogpunt van constitutionele zuiverheid verdient het de voorkeur dat de keuzes met soms ingrijpende maatschappelijke gevolgen worden gemaakt door

37. EHRM, 19 februari 1998, *Paulsen-Medalen & Svensson - Zweden* (RJD 1998, p. 131), r.o. 42 j° 22.

38. Van Dijk verwees hierbij naar HR, 12 oktober 1984, *NJ* 1985, nr. 230; hierna is menig vergelijkbaar arrest gevolgd.

39. J. de Boer, 'De broedende kip in EVRM-zaken', in *NJB* jrg. 70 (1995), p. 1027-1034, en recenter diens noot onder HR, 5 september 1997, *NJ* 1998, nr. 686.

40. L.C.M. Meijers, 'Rechtsvormende taak van de rechter bij implementatie van Straatsburgse rechtspraak', in *45 jaar EVRM* (1996), p. 122-124.

41. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, 'Rechtsbescherming bij schending van het EVRM: betere (samen)werking van Straatsburgse en Nederlandse instanties gewenst', in *NJCM-Bulletin* jrg. 23 (1998), p. 684.

42. Interview in *NJB* 1991, p. 475. Verg. ook HR, *Toelichting op de jaarcijfers 1995 en 1996*, p. 19-20. Zie ook het stuk van Donner genoemd in § 3.3, noot 41.

de wetgever ('De rechter kan daaraan maar beter niet gaan moreren'). De rechter dient zich dan ook te onthouden van beslissingen die de bespreking van reeds aanhangige wetsontwerpen kunnen doorkruisen.⁴³ Tegelijkertijd loopt de legitimatie van de rechter ook gevaar indien hij uitspraken doet die de ontwikkelingen in de samenleving niet weerspiegelen, of die onvoldoende recht doen aan het belang van individuele rechtsbescherming in concrete gevallen. Zo bezien zit de rechter tussen twee vuren: grijpt hij in, dan wordt hem verweten zich de rol van wetgever-plaatsvervanger aan te meten; laat hij dat na, dan treft hem het verwijt dat hij zijn plicht tot rechtsbescherming verzaakt. Op technisch niveau zou men ter verdediging van de terughoudende rol van de Hoge Raad kunnen aanvoeren dat in de hier bedoelde situaties de ingeroepen verdragsbepalingen kennelijk in dit opzicht niet een ieder verbindend zijn in de zin van de artikelen 93-94 Grondwet. Het gevaar van de door De Boer bepleite rechterlijke 'noodverbanden' is dat de wetgever hen gemakshalve voor blijvende oplossingen aanziet. *C'est le provisoire qui dure.*

Een algemeen oordeel over deze discussie valt niet te geven; veel hangt af van de ernst van de inbreuk op de rechten van betrokkene en de fase waarin het eventuele wetgevingsproces zich bevindt. Niettemin komt het mij voor dat de nationale rechter zich in ieder geval minder gelegen zal moeten laten liggen aan de grenzen van zijn rechtsvormende taak, indien het een situatie betreft die al eerder door het EHRM als strijdig met het Verdrag is bestempeld.⁴⁴ Hieraan kan nog worden toegevoegd dat de nationale rechter geen argument voor terughoudendheid kan ontleen aan het feit dat het EHRM regelmatig een *margin of appreciation* toekent aan de nationale autoriteiten. De positie van het EHRM brengt nu eenmaal met zich mee dat het zich soms terughoudend moet opstellen; voor de nationale rechter kan men daarin eerder een opdracht tot indringende toetsing lezen (zie § 3.2.2).

43. Aldus de HR en de PG R Emmelink in hun gezamenlijk advies over constitutionele toetsing, weergegeven in *NJCM-Bulletin* jrg. 17 (1992), p. 248.

44. Verg. EHRM, 29 november 1991, *Vermeire - België* (A-214-C), r.o. 25.

6.4.2 *Het lot van de succesvolle klager*

76. De tot nu toe besproken jurisprudentie heeft betrekking op nieuwe gevallen. Straatsburg doet een uitspraak, de nationale rechter volgt. Daarmee is nog niet gezegd welke houding de rechter dient aan te nemen ten opzichte van degene die de bal aan het rollen heeft gebracht: de succesvolle klager. Het zijn vooral de bekende zaken *Van Mechelen* en *Dombo* geweest die de discussie hierover in een stroomversnelling hebben gebracht.⁴⁵ In *Van Mechelen* worden vier mannen schuldig bevonden aan een gewelddadige bankoverval en veroordeeld tot gevangenisstraf. In Straatsburg betogen zij met succes dat hun proces niet voldeed aan de eisen van artikel 6 EVRM: hun veroordeling berustte voor een doorslaggevend gedeelte op verklaringen van anoniem gebleven politie-functionarissen. Wat betekent dit voor de klagers persoonlijk? Dienen zij te worden vrijgelaten? Dient hun

45. Een schat aan informatie is te vinden in Barkhuysen, Van Emmerik & Van Kempen (red.), *The Execution of Strasbourg and Geneva Human Rights Decisions in the National Legal Order* (1999). Zie voor een uitstekend overzicht ook T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, 'Betere tenuitvoerlegging van Straatsburgse uitspraken in de Nederlandse rechtsorde', in *NJCM-Bulletin* jrg. 21 (1996), p. 987-1005. Ver daarvoor reeds Martens in het *NJB*-interview, 1991, p. 470; J. de Hullu in *NJCM-Bulletin* jrg. 16 (1991), p. 331-334; J. Polakiewicz, *Die Verpflichtungen der Staaten aus den Urteilen des EGMR* (1992), m.n. p. 112-146; P. Kempces, 'Na *Dombo* Beheer: pleidooi voor aanvulling van art. 382 Rv.', in *NJB* jrg. 69 (1994), p. 194; T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, 'Tenuitvoerlegging van Straatsburgse uitspraken in de Nederlandse rechtsorde na *Dombo*', in *NJB* 1996, p. 1861-1862; M.I.W.E. Hillen-Muns & M.P.J. Ruijpers, 'Request-civiel: een buitengewoon rechtsmiddel nieuw leven inblazen?', in *TCR* jrg. 5 (1997), p. 1-5; E. Myjer, 'Getuigende dienders en Straatsburgse rechtsbescherming', in *NJB* 1997, p. 883-889, met reactie van T. Spronken op p. 1128-1130; G. Knigge in zijn noot onder *Van Mechelen*, in *NJ* 1997, nr. 635; P.H. van Kempen, 'Doorwerking van beslissingen van het Straatsburgse Hof in afgesloten strafzaken', in *A&E* jrg. 46 (1997), p. 354-363; M. Kamminga, 'Volkenrechtelijke aansprakelijkheid van de staat jegens het individu', in *Med. NVIR* dl. 115 (1997), p. 40-43; P.H. van Kempen, 'Rechtsvinding als oplossing voor verwerking van EHRM-beslissingen in strafzaken?', in *Trema* 1998, p. 104-108; E. Myjer, 'Nu toch maar in de revisie?', in *NJCM-Bulletin* jrg. 23 (1998), p. 4-13; de preadv. van P. Lemmens & W. Vandenhole resp. P.H. van Kempen voor de *Ver. voor de vergelijkende studie u.h. recht van België en Nederland* (1998; zie *DD* 1999, p. 96-152). Een studie van het Comité van (regerings-)experts van de Raad van Europa beperkte zich tot een opsomming van voor- en nadelen van *review proceedings*; zie *HRLJ* jrg. 13 (1992), p. 71-78. Op een in sept. 1998 door de Raad van Europa georganiseerde conferentie t.g.v. de 50e verjaardag van de UVRM bestond duidelijke steun voor het creëren van een revisie-procedure; zie de bundel *In our hands* (1998), p. 61, 132, 170.

proces te worden heropend? Vormt schadevergoeding het gepaste antwoord? *Dombo* betrof een civiele procedure. Centraal stond de vraag of een bank een lening had verstrekt aan een onderneming. De filiaalhouder van de bank mocht getuigen, de directeur van de onderneming als partij-getuige niet. Het EHRM constateerde een schending van artikel 6 EVRM doordat geen recht was gedaan aan het beginsel van *equality of arms*. Ook hier doet zich de vraag voor hoe nu verder. Dient het proces te worden heropend? Vormt schadevergoeding het gepaste antwoord?

Bij de beantwoording van deze vragen – die, het zij hier herhaald, bij invoering van een prejudicieel stelsel enigszins aan relevantie zouden inboeten – moet m.i. tot uitgangspunt dienen dat *restitutio in integrum* de eerst aangewezen reactie is op iedere schending van het EVRM. Dit volgt uit zowel het algemene volkenrecht als de Straatsburgse jurisprudentie (zie § 5.1 e.v.). Onder *restitutio in integrum* versta ik in dit verband dat alle gevolgen van de aanvankelijke schending voor zover mogelijk worden uitgewist; de procedure die aanleiding gaf voor de geslaagde klacht in Straatsburg wordt opnieuw gevoerd, ditmaal met inachtneming van alle vereisten van het EVRM.

Strafrecht

77. Naar huidig recht is in Nederland zo'n schone-lei-scenario niet mogelijk. Wat betreft het *strafrecht*, waarnaar de meeste aandacht pleegt uit te gaan, maakt artikel 457 Sv. de herziening mogelijk van een in kracht van gewijsde gegane uitspraak houdende veroordeling.⁴⁶ Maar deze bepaling, ver voor de Tweede Wereldoorlog tot stand gebracht, is niet toegesneden op Straatsburgse uitspraken. Dat blijkt allereerst wel uit de twee herzieningsgronden: tegenstrijdige bewezenverklaringen en het aan het licht komen van *nova* (vrijwel consequent opgevat als omstandigheden van feitelijke aard). Zodoende leveren nieuwe uitspraken van het Hof van Justitie der EG of van de Nederlandse rechter geen grond tot herziening op.⁴⁷ Artikel 457 is ook in een ander op-

46. Opgemerkt zij dat art. 68 lid 1 Sr., waarin de *ne bis in idem*-regel is neergelegd, expliciet een uitzondering maakt voor de herzieningsprocedure.

47. Zie resp. HR, 13 januari 1976, NJ 1976, nr. 339, en HR, 26 april 1983, NJ 1983, nr. 650, m.nt. ThWvV. Bij beschikking van 13 juni 1995 (n.n.g.) wees de HR een op de EHRM-arresten *Lala* en *Pelladoah* gebaseerd herzieningsverzoek af. Zie G.G.J. Knoop, 'Lala en Pelladoah: geen feitelijk novum', in *Advocatenblad* jrg. 75 (1995), p. 744-746.

zicht ongeschikt voor ons doel. Herziening wegens *nova* is immers alleen maar mogelijk indien deze feiten, waren zij indertijd bekend geweest, zouden leiden tot vrijspraak, ontslag van rechtsvervolging, niet-ontvankelijkheid van het OM of toepasselijkverklaring van een minder zware strafbepaling. Het is duidelijk dat een heropening niet noodzakelijkerwijze tot één van deze vier uitkomsten behoeft te leiden. Zowel in de Belgische zaak *Piersack* als in de Oostenrijkse zaak *Windisch* werd de strafzaak tegen de klager heropend en met inachtneming van de Straatsburgse uitspraak 'overgedaan'; de nieuwe uitkomst was identiek aan de oorspronkelijke.⁴⁸ Artikel 457 mist dan ook de flexibiliteit die bv. wel kan worden gevonden in artikel 359a Sv., op grond waarvan vormverzuimen niet alleen kunnen leiden tot niet-ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie maar ook tot strafverlaging en bewijsuitsluiting.

78. Een 'soort nooduitgang' (aldus annotator Van Veen) werd in 1991 geopend door de civiele kamer van de Hoge Raad. Onder uitzonderlijke omstandigheden kan onverkorte tenuitvoerlegging van een veroordeling onrechtmatig zijn, zo overwoog de HR. Daarvan is sprake indien een uitspraak van het EHRM, waarmee de strafrechter bij zijn beslissing geen rekening heeft kunnen houden, noopt tot de slotsom dat die beslissing op zodanige wijze tot stand is gekomen dat niet meer kan worden gesproken van een *fair trial* in de zin van artikel 6 EVRM. Daarmee staat de weg voor de veroordeelde open om in kort geding te vorderen dat de executie van zijn straf wordt verboden, onderbroken of beperkt.⁴⁹ Inderdaad een nooduitgang. Evenals bij gratiëring blijft het strafvonnis zelf onaangetast; van *restitutio in integrum* of compensatie is hier geen sprake. Onderbreking van executie (zoals in de *Van Mechelen*-zaak door de minister van Justitie werd bevolen) moet, in de typologie van de ILC (§ 5.1) eerder worden

48. Zie EHRM, 26 oktober 1984, *Piersack - België* (art. 50) (A-85), r.o. 11, en EHRM, 28 juni 1993, *Windisch - Oostenrijk* (artikel 50) (A-255-D), r.o. 14. In de tweede zaak overwoog het Hof dat 'the end-result of the fresh set of proceedings, together with the fact that the term of imprisonment previously served by the applicant was fully taken into account, have brought about a situation as close to *restitutio in integrum* as possible in the nature of things'.

49. HR, 1 februari 1991, *NJ* 1991, nr. 413, m.nt. ThWvV; *NJCM-Bulletin* jrg. 16 (1991), p. 325 m.nt. JvdV en JdH.

gezien als beëindiging van de nog voortdurende gevolgen van een schending.

In dit verband moet nog melding worden gemaakt van een tweede nooduitgang: de actie wegens onrechtmatige rechtspraak. Terwijl de hoofdregel in dit verband is dat de Staat niet aansprakelijk kan worden gehouden, heeft de Hoge Raad een uitzondering aanvaard indien bij de voorbereiding van een rechterlijke beslissing zo fundamentele rechtsbeginselen zijn veronachtzaamd dat – opnieuw – niet meer kan worden gesproken van een eerlijke en onpartijdige behandeling.⁵⁰ Voorwaarde is wel dat tegen de beslissing geen rechtsmiddel openstaat en heeft opengestaan. Verschillende auteurs betogen m.i. terecht dat de rechter zich thans te terughoudend opstelt.⁵¹ Een loyale toepassing van het EVRM vereist dat, waar *restitutio* niet mogelijk is, de staat aansprakelijk wordt gehouden voor elke schade die aantoonbaar het gevolg is van een rechterlijke uitspraak die niet in overeenstemming is met het EVRM. Het ligt voor de hand hierbij rekening te houden met een eventueel door het EHRM reeds toegekende billijke genoegdoening, al brengt het enkele feit dat het EHRM een bedrag heeft toegekend niet met zich mee dat de klager geen aanvullende claim kan indienen bij de Nederlandse rechter.⁵²

Civil en bestuursrecht

79. Wat betreft het *civiele recht* biedt artikel 382 Rv. iets meer aanknopingspunten: een request-civil is onder meer mogelijk bij sommige categorieën rechterlijke fouten of verzuimen. Door Straatsburg geconstateerde schendingen van het EVRM vallen

50. Zie bijv. IIR, 3 december 1971, *NJ* 1972, nr. 137, m.nt. GJS; HR 29 april 1994, *NJ* 1995, nr. 727, m.nt. CJHB en EAA. Persoonlijke aansprakelijkheid van de rechter is uitgesloten o.g.v. art. 42 lid 3 Wvra; zie V.V.R. van Bogaert, 'Het (on)geschonden vertrouwen in de rechterlijke macht', in *Trema* 1998, p. 33-37.

51. Zie bijv. S.C.J.J. Kortmann, 'Wie betaalt de rekening?', in *NJB* jrg. 68 (1993), p. 921-926; P. Smits, *Artikel 6 EVRM en de civiele procedure* (diss. R'dam, 1996), p. 136-138 en 238-239; Barkhuysen & Van Emmerik, *supra* noot 45, p. 998-1002; C.E. Drion, 'Remedies under Dutch law for violation of human rights in civil proceedings: state liability and/or reopening the case?', in *The Execution*, p. 201-220.

52. In die zin ook, in de 'post-Dombo'-zaak, Hof Den Haag, 17 juli 1997, *NJ-kort* 1997, nr. 75. Verg. ook EHRM, 6 november 1980, *Sunday Times* – VK (No. 1) (art. 50) (A-38), r.o. 15; bij het toekennen van genoegdoening past het Hof geen maatstaven van nationaal recht toe.

daar naar huidig recht echter niet onder.⁵³ Wat betreft het *bestuursrecht*: artikel 8:88 AWB maakt het wellicht mogelijk om een uitspraak van het EHRM als grond voor herziening te beschouwen,⁵⁴ maar zover is de bestuursrechter nog niet gegaan.

De vraag dringt zich op of het in deze categorieën zaken überhaupt wenselijk is een heropening mogelijk te maken. Barkhuysen & Van Emmerik menen dat de civiele wederpartij mag vertrouwen op de kracht van gewijsde van de rechterlijke uitspraak. Bovendien heeft de wederpartij haar zaak in Straatsburg niet kunnen bepleiten; dat maakt het onredelijk haar met de gevolgen van het EHRM-arrest te confronteren. Meer in het algemeen menen de twee auteurs dat belangen van derden door heropening niet in het geding mogen komen.⁵⁵ In zekere zin vindt hun standpunt steun in de uitspraak van het EHRM in de zaak *Vermeire*. Bij de verdeling van de erfenis was een buiten echt geboren kleinkind uitgesloten. Het Hof constateerde een schending van artikel 14 j^o 8 EVRM en kende de klaagster een – door de Belgische staat te betalen – genoegdoening toe ter grootte van het aandeel in de erfenis waarop zij recht had gehad als zij een wetlige kleindochter was geweest. De overige erfgenamen, die meer hadden ontvangen dan waarop zij gezien het EVRM recht hadden, hoefden niets af te staan.⁵⁶ De staat draaide daarmee op voor de gevolgen van de schending van het EVRM, en kennelijk is dat wat Barkhuysen & Van Emmerik willen zien.

80. Toch verdient een andere redenering mijn voorkeur. De volkenrechtelijke verplichting tot *restitutio* ontstaat bij schending

53. Maar zie het vervolg op de *Dombo*-zaak, waarin het EHRM een schending van art. 6 had vastgesteld. De Rb. meende dat het geding d.m.v. een request-civiel diende te worden heropend: Rb. Den Haag, 18 september 1996 (*Nf-kort* 1997, nr. 70; *JB* 1996, nr. 251, m.nt. AWI), r.o. 11-12. In hoger beroep bevestigd door Hof Den Haag, 17 juli 1997, *Nf-kort* 1997, nr. 75.

54. Art. 8:88 AWB spreekt van 'feiten of omstandigheden die hebben plaatsgevonden voor de uitspraak'. In onze situatie doet het EHRM uiteraard pas uitspraak *nadat* de bestuursrechter dat heeft gedaan. Maar de uitspraak van het EHRM is declaratoir (§ 5.1): de schending van het EVRM heeft zich eerder voorgedaan, en het is de schending die de verplichting tot *restitutio* in het leven roept. Pessimistischer, onder verw. naar jurisprudentie, is H.J. Simon, 'Implementation of Strasbourg judgments in Dutch administrative law', in *The Execution*, p. 304.

55. Barkhuysen & Van Emmerik, *supra* noot 45, p. 997.

56. EHRM, 4 oktober 1993, *Vermeire - België* (art. 50) (A-270-A). Merk op dat het Hof, gezien zijn taakopvatting, niet anders had kunnen oordelen (§ 5.2.1).

van het EVRM, ongeacht of deze zich voordoet in een civiele of strafrechtelijke of bestuursrechtelijke context. *Restitutio* is soms niet mogelijk, maar het is maar de vraag of het rechtszekerheidsbeginsel in dit opzicht een onoverkomelijk obstakel vormt. Uiteraard mag men ervan uitgaan dat een rechterlijk vonnis kracht van gewijsde behoudt, maar mij dunkt dat een door het EHRM geconstateerde schending van mensenrechten voldoende grond kan vormen om hierop een uitzondering te maken ten aanzien van degene die zijn voordeel heeft gedaan met deze schending.⁵⁷ Waarom zou de wederpartij in de *Dombo*-zaak blijvend mogen profiteren van de *inequality of arms* die het toenmalige Nederlandse procesrecht kende? *Ex iniuria ius non oritur*: uit onrecht kan geen recht voortkomen.

Daar komt bij dat het onderscheid tussen 'derden' en de overheid vaag en arbitrair kan zijn. Dienden de bedrijfsverenigingen waartegen Schouten, Meldrum en De Haan voor de nationale rechter procedeerden, op voorhand gevrijwaard te zijn van heropening van de zaak, ook al heeft het EHRM schendingen van artikel 6 in die procedures geconstateerd? Stel dat iemand twee vergelijkbare procedures over nakoming van een overeenkomst voert – één tegen de gemeente, de ander tegen een bank – en dat zich in beide procedures een zelfde schending van het EVRM voordoet. Zou het een aanvaardbaar resultaat zijn dat in het ene geval heropening mogelijk is en in het andere niet?

Tot slot de overweging dat de wederpartij niet in de gelegenheid is geweest haar standpunt in Straatsburg te verdedigen en dat het daarom onredelijk zou zijn haar met de gevolgen van het EHRM-arrest te confronteren. Allereerst zou *ik* niet graag de stelling verdedigen dat een ieder die niet het woord heeft mogen voeren ter terechtzitting in Straatsburg, geen enkele boodschap heeft aan de uitspraken van het EHRM. Bovendien bestaat de mogelijkheid voor de wederpartij om zelf te interveniëren in de procedure voor het EHRM (artikel 36 lid 2 EVRM). Voorts worden haar belangen daar indirect behartigd door de regering van de verwerende staat, die immers de uitspraak van de nationale rechter loyaal pleegt te verdedigen. Ten slotte biedt heropening

57. Verg., *m.m.*, EHRM, 22 november 1995, S.W. – VK (A-335-B; NJ 1997, nr. 1, m.nt. Kn), r.o. 44. Verg. ook de redencering van de Rb. in de *Dombo*-zaak (*supra* noot 53), r.o. 11-12.

van de nationale procedure alle gelegenheid om te voldoen aan de eisen van hoor en wederhoor.⁵⁸ Zou de benadeelde wederpartij desondanks menen dat haar legitieme verwachtingen zijn geschaad door heropening van de procedure, dan zou zij schadevergoeding van de staat kunnen vorderen.

81. Een actie tegen de staat wegens onrechtmatige civiele rechtspraak lijkt intussen geen aantrekkelijk alternatief. Uiteraard is het zeer wel mogelijk dat wordt voldaan aan de eis dat zo fundamentele rechtsbeginselen zijn veronachtzaamd dat van een *fair trial* geen sprake was. Maar het kan voor de rechter moeilijk zijn om, in een procedure waarin de oorspronkelijke wederpartij geen rol speelt, te komen tot een vaststelling van de omvang van de geleden schade en van het causaal verband tussen deze schade en de schending van het EVRM.⁵⁹

Naar een algemene regeling

82. Ik meen dan ook dat het zaak is een *algemene* regeling tot stand te brengen voor de receptie van Straatsburgse uitspraken waarin een schending van het EVRM is geconstateerd. Algemeen in twee opzichten: de regeling dient zich niet tot het strafrecht te beperken⁶⁰ en zij dient van toepassing te zijn op alle schendingen van het EVRM. Verschillende argumenten voor invoering van een dergelijke regeling zijn hiervoor al genoemd: de volkenrechtelijke verplichting waar mogelijk *restitutio in integrum* te bieden, de huidige onbevredigende Straatsburgse praktijk onder artikel 41 EVRM, het 'disciplinerende' effect dat uitgaat van *restitutio*.⁶¹ Het EHRM heeft zelf aangegeven dat het bieden van

58. In die zin ook Hillen-Muns & Ruijpers, *supra* noot 45, p. 5.

59. In die zin ook de Rb. Den Haag in de *Dombo-zaak* (*supra* noot 53), r.o. 10.

60. Verg. J. de Hullu in zijn noot bij HR, 1 februari 1991, in *NJCM-Bulletin* jrg. 16 (1991), p. 334, die tevens – en m.i. op goede gronden – betoogt dat de regeling ook van toepassing zou moeten zijn op uitspraken van de VN-mensenrechtencomités. Het feit dat deze organen niet bevoegd zijn bindende uitspraken te doen, behoeft niet met zich mee te brengen dat hun uitspraken geen grond voor heropening van een zaak opleveren. Centraal staat dat een schending van een bindende verdragsbepaling is geconstateerd (verg. § 2.3.1).

61. In deze volkenrechtelijke context ligt ook de rechtvaardiging om een onderscheid te maken tussen een uitspraak van het EHRM (grond voor heropening) en een wijziging in de jurisprudentie van de HR (geen grond voor heropening). Anders: A.F.M. Brenninkmeijer, 'Implementation of the decisions of the supervisory bodies of the ECHR by revision of judgments of national courts in the Netherlands', in *The Execution*, p. 185-200.

een mogelijkheid tot heropening van een rechtszaak, zoals dat bijvoorbeeld in Spanje en Zwitserland is gebeurd, getuigt van een prijzenswaardig loyale houding ten opzicht van het EVRM en de Straatsburgse jurisprudentie.⁶² Overigens is het ook voor de nationale rechtsorde onbevredigend wanneer in een zaak als *Van Mechelen* een schending van het EVRM wordt geconstateerd, terwijl het onduidelijk blijft welke uitkomst het nationale proces had gehad als de schending zich niet had voorgedaan.⁶³ Tot slot levert de letterlijke tekst van artikel 13 EVRM een sterk argument:

Een ieder wiens rechten en vrijheden die in dit Verdrag zijn vermeld, zijn geschonden [en wie anders dan het EHRM kan dat uiteindelijk vaststellen?! – RL], heeft recht op een daadwerkelijk rechtsmiddel [...].⁶⁴

Daarbij herinneren wij ons dat de waarborgen van het EVRM 'practical and effective' moeten zijn, niet theoretisch en illusoir (§ 2.2.3).

In de literatuur bestaat grotendeels overeenstemming dat er een herzieningsregeling moet komen, in ieder geval waar het strafzaken betreft.⁶⁵ De Minister van Justitie heeft hierover nog geen definitief standpunt ingenomen.⁶⁶

62. Zie EHRM, 13 juni 1994, *Barberà, Messegué & Jabardo – Spanje* (art. 50) (A-285-C), r.o. 15, en EHRM, 31 januari 1995, *Schuler-Zraggen – Zwitserland* (art. 50) (A-305-A), r.o. 14.

63. Mede op grond van deze overweging deel ik niet de opvatting van Spronken dat niet een *review* maar een *reconsideration* van de zaak geboden zou zijn, waarbij een bijzondere kamer van de HR slechts zou nagaan welke sanctie gepast is als het door het EHRM gewraakte bewijsmateriaal buiten beschouwing wordt gelaten. T. Spronken, 'Sitting on the ruins of justice', in *The Execution*, p. 255-265.

64. Anders maar zonder onderbouwing: de eerder genoemde studie van (regerings)experts, *supra* noot 45, p. 71. De experts zagen schadevergoeding als meer gepaste vorm van rechtsherstel, een uitgangspunt dat niet spoort met het primaat dat ook het EHRM toekent aan *restitutio* (§ 5.2.1).

65. Zie de in noot 45 genoemde bronnen. Spronken en Knigge plaatsen vraagtekens bij o.m. de betrouwbaarheid van getuigenverklaringen zoveel jaar na dato en de bereidheid van de klager om wéér een nieuwe procesfase in te gaan (*NJB* 1997, p. 1129, resp. *NJ* 1997, p. 3447). Deze bezwaren kunnen in een concreet geval gegrond zijn, maar staan niet in de weg aan de wenselijkheid van een algemene regeling.

66. Verg. *Aanhangsel Handelingen II* 1995/96, nr. 878 (ook afgedrukt in *NJB* 1996, p. 702-703; antwoord op vragen van het TK-lid Hendriks) en *Aanhang-*

83. De door het bestuur van de NJV aan de omvang van een preadvies gestelde grenzen zijn helaas al te ver overschreden om een dergelijke regeling *en detail* uit te werken; inspiratie daarvoor kan overigens in het buitenland worden gevonden.⁶⁷ Mijn blauwdruk zou in ieder geval drie elementen bevatten. Allereerst: het initiatief voor heropening dient uit te gaan van de klager. Ziet hij af van een dergelijke procedure, dan blijft het oude vonnis in stand. Weliswaar draagt de staat de verplichting tot *restitutio* jegens de overige Verdragspartijen en kan de individuele klager strikt genomen geen afstand doen van 'zijn' recht op rechtsherstel, maar in de Straatsburgse praktijk pleegt veel te worden overgelaten aan het initiatief van de klager. Dat varieert van het aanhangig maken van de procedure tot het al dan niet indienen van een verzoek om genoegdoening.⁶⁸ Het lijkt dan ook redelijk een klager de mogelijkheid te laten om genoeg te nemen met een uitspraak van het EHRM en vergoeding van gemaakte kosten.

Ten tweede: de regeling dient te voorzien in de mogelijkheid van schadevergoeding naast of in plaats van heropening van de zaak. Er doen zich immers schendingen van het EVRM voor die zich niet goed voor *restitutio* lenen. Overschrijding van de redelijke termijn (artikel 6) is daarvan een voorbeeld.⁶⁹ Daarnaast is herstel van de *status quo ante* niet altijd een adequate vorm van rechtsherstel; men kan denken aan gemiste inkomsten bij een onteigening in strijd met artikel 1 Eerste Protocol. Voorts kan het enkele feit dat de oorspronkelijke procedure een schending van het EVRM opleverde, een verplichting tot vergoeding van immateriële schade in het leven roepen. Eerder (§ 5.2.1) heb ik al aangegeven dat de nationale rechter vaak beter dan het EHRM in staat is een oordeel te vellen over de omvang van de schade.

sel Handelingen II 1996/97, nr. 1247 (ook afgedrukt in *NJB* 1997, p. 1154 (antwoord op vragen van Van Oven en Van Traa).

67. Zoals – jazerker! – in Rusland, waar het Constitutionele Hof in 1997 aangaf dat een uitspraak van de internationale rechter grond voor herziening kan opleveren. Zie M. Fershtman, 'Reopening of judicial procedures in Russia', in *The Execution*, p. 132.

68. Het EHRM kent niet ambtshalve schadevergoeding toe; zie bijv. EHRM, 27 april 1995, *Puccio – Italië* (A-315-A), r.o. 25.

69. Verg. EHRM, 13 juni 1994, *Barberà, Messegué & Jabardo – Spanje* (art. 50) (A-285-C), r.o. 16: 'the subsequent release and acquittal of the applicants could not in themselves afford *restitutio in integrum* or complete reparation for damage derived from their detention'.

Voor de laatste is een residuele taak weggelegd onder artikel 41 EVRM: leidt de nationale procedure niet tot bevredigend resultaat dan kan het EHRM altijd nog een billijke genoegdoening toekennen.⁷⁰ Een actie wegens onrechtmatige rechtspraak op basis van artikel 6:162 BW zou door de op te stellen *lex specialis* overbodig worden. Dat maakt het ook mogelijk om specifieke eisen te introduceren die samenhangen met de verplichting tot loyale tenuitvoerlegging van uitspraken van het EHRM.

In de derde plaats is denkbaar dat de regeling per rechtsgebied enkele specifieke bepalingen bevat.⁷¹ Zo moet wat betreft het strafrecht worden voorzien in de mogelijkheid dat de executie van de straf wordt onderbroken hangende de heropening van het proces, en moet, analoog aan het huidige artikel 461 Sv., *reformatio in peius* worden uitgesloten. Deze elementen lenen zich niet voor toepassing in een civiel- of bestuursrechtelijke context.

6.4.3 Vergelijkbare gevallen

84. Resteert de vraag in hoeverre de mogelijkheid tot heropening moet openstaan voor derden, dat wil zeggen personen die verkeren in een vergelijkbare situatie met degene die succes heeft geboekt in Straatsburg. Daarbij maakt het naar mijn mening geen verschil of het Straatsburgse oordeel een zaak tegen Nederland betreft of tegen een andere Verdragspartij; beslissend is dat het arrest duidelijk maakt dat een in Nederland gevoerde procedure niet aan de eisen van het EVRM voldeed.

Bij beantwoording van de vraag staan twee beginselen tegenover elkaar. Enerzijds: *litis finiri oportet*. De rechtszekerheid verlangt dat niet iedere nieuwe uitspraak van het EHRM leidt tot een stroom 'heropeningen'. De procespartij die in het oordeel van de rechter heeft berust, of zich niet op het EVRM heeft beroepen (of geen klacht in Straatsburg heeft willen indienen), dient zelf

70. Dit was de gang van zaken in EHRM, 2 september 1998, *Guillemin – Frankrijk* (art. 50), n.n.g. In een andere redelijke-termijn zaak aanvaardde het Hof dat de nationale schadevergoedingsprocedure wel adequaat rechtsherstel had opgeleverd (EHRM, 5 maart 1998, *Clooth – België* (art. 50) (RJD 1998, p. 486), r.o. 16).

71. Verg. ook E. Myjer, 'Nu toch maar in de revisie?', in *NJCM-Bulletin* jrg. 23 (1998), p. 12.

de consequenties van zijn processtrategie te dragen. Het EHRM liet deze argumenten zwaar wegen in de *Marchx*-zaak:

the principle of legal certainty, which is necessarily inherent in the law of the Convention [...] dispenses the Belgian State from re-opening legal acts or situations that antedate the delivery of the present judgment.⁷²

Maar, en daarmee kom ik aan het tegenovergestelde beginsel, *Marchx* was in dit opzicht uitzonderlijk. In geen andere zaak heeft het Hof de temporele werking van zijn uitspraken beperkt. Dat ligt ook niet voor de hand. Het Hof wordt geacht het recht te 'vinden', en niet nieuwe verplichtingen voor de Verdragspartijen in het leven te roepen. De Straatsburgse jurisprudentie heeft uiteraard een dynamisch karakter, maar zolang het Hof zelf niet aangeeft dat zijn uitspraken geen terugwerkende kracht hebben, is het niet aan anderen om het effect van deze uitspraken te beperken.⁷³ Aangezien niet de uitspraak van het EHRM maar de schending van de volkenrechtelijke verplichting leidt tot de verplichting tot *restitutio*, zouden (let wel: zouden!) in wezen alle gevallen waarin zich ooit een schending heeft voorgedaan sinds het EVRM voor Nederland van kracht werd, voor heropening in aanmerking komen, voor zover tegen de beslissing geen effectief rechtsmiddel openstaat en heeft opengestaan. En indien men aanvaardt dat de Nederlandse rechter gehouden is ambtshalve te toetsen aan het EVRM tenzij hij daarmee de hem passende lijdelijkheid zou verzaken (zie § 6.2), kan men bezwaarlijk een klager tegenwerpen dat hij zich indertijd niet op het EVRM heeft beroepen.

85. Hier komen rechtszekerheid en rechtvaardigheid tegenover elkaar te staan. De afweging tussen beide kan verschillend

72. EHRM, 13 juni 1979, *Marchx - België* (A-31), r.o. 58. Verg., m.m., EHRM, 22 oktober 1996, *Stubbings - VK* (RJD 1996, p. 1502, NJ 1997, nr. 449), r.o. 51.

73. In die zin ook vaste Luxemburgse jurisprudentie: zie bijv. HvJ, 2 februari 1988, *Barra* (zaak 309/85, Jur. 1988, p. 355), r.o. 12-14. Een uitzondering is slechts denkbaar indien het EHRM o.g.v. veranderende opvattingen omgaat, zoals bijv. kan gebeuren m.b.t. de plicht tot erkenning van de geslachtsverandering van transsexuelen. Indien het Hof deze verplichting in 1986 niet aanvaardt en in 1999 wel, kan niet worden volgehouden dat de verplichting altijd al in het EVRM opgesloten heeft gelegen - ook niet als het Hof in zijn arrest van 1999 de temporele werking niet beperkt.

uitvallen.⁷⁴ Aanvaardbaar lijkt in ieder geval dat de mogelijkheid van heropening open staat voor degenen die reeds een procedure in Straatsburg hebben lopen. Dat geldt ook voor degenen die in de positie zijn alsnog een klacht in te dienen (dat wil zeggen dat de zes-maanden termijn van artikel 35 EVRM nog niet is verstreken sinds de definitieve nationale beslissing in hun zaak is gevallen) op het moment dat een uitspraak van het EHRM duidelijk maakt dat hun procedure niet in overeenstemming met de eisen van het EVRM is verlopen. Er is dan geen redelijk doel mee gediend hen te dwingen daadwerkelijk een klacht in Straatsburg in te dienen. Zolang de verspreiding van Straatsburgse uitspraken niet optimaal is geregeld, zal men overigens een redelijke termijn (bv. eveneens zes maanden) moeten laten voor het instellen van een heropeningsprocedure. Dat zou met zich meebrengen dat men, afhankelijk van de omstandigheden, tot maximaal een jaar na de definitieve nationale beslissing om heropening van de zaak kan vragen.

De eerder geschetste 'nooduitgangen' (de vordering in kort geding dat de executie van de straf wordt verboden, onderbroken of beperkt, en de schadevergoedingsactie wegens onrechtmatige rechtspraak) kunnen uiteraard ook door derden worden gebruikt.⁷⁵

74. Zie over de 'curieuze vondst' van de CRvB in zijn beslissingen over de gelijke behandeling man/vrouw in de sociale zekerheid: P.H. Kooijmans, 'De politieke rol van de rechter in het internationale recht', in Rood (red.), *Recht en politiek* (1993), p. 47, en A.W. Heringa, 'Judicial Enforcement of Article 26 ICCPR', in *NYIL* jrg. 24 (1993), p. 139-182.

75. Zie bijv. HR, 1 februari 1991 (*Nf* 1991, nr. 413, m.nt. ThWvV; *NfCM-Bulletin* jrg. 16 (1991), p. 325 m.nt. JvdV en JdH, *Advocatenblad* jrg. 71 (1991), p. 226, m.nt. ThdR en JdH: "mede-daders Kostovski"); HR, 23 januari 1998, *Nf* 1998, nr. 525, m.nt. MS (post-Van de Hurk).

DE INVLOED VAN DE NATIONALE RECHTSPRAAK OP DE INTERNATIONALE RECHTSPLEGING

86. In het voorafgaande is vooral aandacht besteed aan de wijze waarop de nationale rechter inzicht kan verkrijgen in, en gevolg kan geven aan, de opvattingen van de internationale rechter. Daarmee zou allicht het beeld ontstaan dat er sprake is van eenrichtingsverkeer. Ten onrechte, aldus Rolv Ryssdal, de voormalige president van het EHRM: het Europees Hof voor de Rechten van de Mens wordt wel degelijk beïnvloed door de nationale jurisprudentie.¹ Voor de buitenwacht laat die invloed zich echter lastig in kaart brengen.

Eén potentiële vorm van beïnvloeding is tamelijk direct van aard. Schokkenbroek stelt dat het ontbreken van een behoorlijke concrete belangenafweging door de nationale rechter voor het Hof nogal eens aanleiding blijkt te zijn over te gaan tot een strengere toets.² Dat lijkt voor de hand te liggen. Zo zou men ook veronderstellen dat, omgekeerd, situaties waarin de nationale rechter expliciet aan het EVRM toetst, leiden tot een milder Straatsburgs onthaal. In de praktijk zijn daarvan zeker voorbeelden te vinden.³ Toch blijkt een nationale toets aan het EVRM geen enkele garantie te bieden voor een ruime *margin of appreciation*.⁴ Het lijkt er eerder op dat het Hof naar het oordeel van de nationale rechter verwijst indien het zelf al tot een gelijklopende conclusie is gekomen, net zo goed als het Hof wel naar de Commissie placht te verwijzen wanneer het dezelfde mening was toegedaan.

1. Speech voor de *Xth Conference of the European Constitutional Courts* (1996), doc. Cour (96) 364.
2. J.G.C. Schokkenbroek, *Toetsing aan de vrijheidsrechten van het EVRM* (1996), p. 518.
3. Schokkenbroek zelf noemt EIIRM, 20 november 1989, *markt intern – BRD* (A-165), r.o. 36-37, en EIIRM, 23 februari 1995, *Gasus – Nederland* (A-306-B), r.o. 73.
4. Zie bijv. drie Franse vreemdelingen-zaken: EHRM, 26 september 1997, *Mehemi en El Boujaïdi – Frankrijk* (RJD 1997, p. 1959) en EHRM, 21 oktober 1997, *Boujlifa – Frankrijk* (RJD 1997, p. 2250). Het Hof laat geen enkele *margin*, ook al heeft de nationale rechter aan het EVRM getoetst.

87. Op de tweede Top van de Raad van Europa, op 10-11 oktober 1997 in Straatsburg, kondigde de Britse premier Tony Blair aan dat zijn land zou overgaan tot incorporatie van het EVRM. Blair gaf daarvoor o.m. de volgende reden: 'I want British judges to make their own distinctive contribution to the development of human rights in Europe'. Dit veronderstelt, niet onlogisch, dat het Hof bij zijn interpretatie van het EVRM rekening houdt met de opvattingen die daaromtrent leven in de nationale rechtspraak van de Verdragspartijen. Daarvan zijn in de jurisprudentie inderdaad wel voorbeelden te vinden. In een enkele zaak neemt het Hof met zoveel woorden de interpretatie van de nationale rechter over.⁵ In andere gevallen verwijst het Hof in globale zin naar de rechtsopvattingen in 'the great majority of the Member States of the Council of Europe'.⁶ Van een systematisch onderzoek daarnaar lijkt echter geen sprake; zoals eerder (§ 3.3) opgemerkt ontbreekt het in Straatsburg ook aan de middelen om aan rechtsvergelijking te doen. Meer in het algemeen is het moeilijk de precieze invloed van nationale jurisprudentie op het Hof te taxeren, ook als we buiten beschouwing laten dat het Hof uiteraard niet iedere nationale interpretatie van het EVRM voetstoots overneemt. De invloed van nationale rechtspraak op de rechtsvinding van het Hof wordt daarvoor te vaak in het midden gelaten.

88. Het is van evident belang dat de internationale rechter niet in een vacuum opereert. Niet voor niets heeft het EG-Hof van Justitie van het begin af aan benadrukt dat het veel waarde hecht aan een goede relatie met de nationale rechter. Dat blijkt niet alleen uit een tegemoetkomende houding jegens bijvoorbeeld prejudiciële vragen, maar ook uit de frequente ontmoetingen met de nationale rechter die het Luxemburgse Hof organiseert. Van het kabinet van de Nederlandse rechter in het Hof van Justitie pleegt steeds een rechterlijk ambtenaar in opleiding (RAIO) deel uit te maken.

Het EHRM zou er goed aan doen dit voorbeeld te volgen, zeker nu de Straatsburgse rechters (net als hun Luxemburgse colle-

5. Zie bijv. EHRM, 6 september 1978, *Klass - BRD* (A-28), r.o. 36; EHRM, 27 mei 1997, *Eriksen - Noorwegen* (RJD 1997, p. 839), r.o. 82.

6. Zie bijv. 22 oktober 1981, EHRM, *Dudgeon - VK* (A-45), r.o. 60. Verg. A.W. Heringa, 'The 'Consensus Principle': The role of 'common law' in the ECHR case law', in *MJrg.* 3 (1996), p. 108-145.

ga's) een voltijdse aanstelling hebben gekregen in een tijd dat het aantal Verdragpartijen zo sterk stijgt. Geregelde bijeenkomsten met nationale rechters lijken van groot belang. Wellicht kan worden bevorderd dat gebruik wordt gemaakt van de in het verleden wel geboden mogelijkheid een RAIO-plaats in te ruimen in de Griffie. Dergelijke contacten bevorderen enerzijds de 'EVRM-expertise' onder de rechterlijke macht en bieden anderzijds het Hof een waardevolle mogelijkheid op de hoogte te blijven van nationale rechtsontwikkelingen en knelpunten.

89. Tot slot een kort woord over het Internationaal Gerechtshof. Artikel 38 lid 1 (d) IGH-Statuut vermeldt dat (nationale) rechterlijke beslissingen een hulpmiddel vormen voor het bepalen van rechtsregels. In de praktijk blijkt het Hof echter in het geheel niet naar nationale jurisprudentie te verwijzen.⁷ Het valt voor de buitenwacht dus niet vast te stellen of de nationale rechtspraak van invloed is op de rechtsvinding van het IGH.

7. Verg. H. Thirlway, 'The Law and Procedure of the ICJ 1960-1989 (part two)', in *BYIL* jrg. 61 (1990), p. 128; L. Erades, *Interactions between International and Municipal Law* (1993), p. 950.

Hoofdstuk 8

SLOT

90. Na het voorafgaande kan – en moet – het slot kort blijven.
Litis finiri oportet.

91. Het internationaal publiekrecht heeft zich vooral sinds het einde van de Tweede Wereldoorlog bijzonder sterk ontwikkeld. In een gemiddeld jaar, 1996, telt het *Tractatenblad* zo'n 350 afleveringen, samen goed voor ruim 5000 bladzijden. De *United Nations Treaty Series* laten een vergelijkbare indruk achter. Weliswaar is bij de publicatie ervan een ernstige achterstand opgetreden (men is nog maar nauwelijks toegekomen aan de periode na 1991), maar toch omvat de serie thans ruim 1800 delen, waarin meer dan 31.000 verdragen zijn opgenomen. In het kader van de Raad van Europa zijn inmiddels 168 – multilaterale – verdragen tot stand gebracht. De Raad van Europa zelf heeft berekend dat er ruim 10.000 bilaterale verdragen nodig zouden zijn om een vergelijkbaar netwerk van afspraken tussen de betrokken staten tot stand te brengen.

'Vertrouwen is goed, controle is beter', schijnt Lenin gezegd te hebben (en mocht hij het niet hebben gezegd: we kunnen ons voorstellen dat hij het in ieder geval heeft gedacht). De immense hoeveelheid internationale regelgeving zou sterk aan waarde inboeten als niet was voorzien in mechanismen om de verdragspartijen ertoe aan te zetten haar verplichtingen ook daadwerkelijk na te komen. Toezicht op de tenuitvoerlegging is dan ook van vitaal belang. En mochten zich conflicten voordoen – hetzij over een vermeende niet-nakoming van de verplichtingen, hetzij over de interpretatie daarvan – dan is een effectieve vorm van geschillenbeslechting noodzakelijk.

Voor een deel zijn toezicht en geschillenbeslechting in handen gelegd van internationale organen die, in sterkere of zwakkere mate, beschikken over rechtsprekende bevoegdheden. Parallel aan de ontwikkeling van de internationale rechtsorde heeft zich zelfs een ware proliferatie van internationale rechtsprekende organen voorgedaan. De internationale rechter staat echter niet alleen in zijn taak. Integendeel: van oudsher is het juist de natio-

nale rechter die hier een rol heeft te spelen. Enerzijds mag men van hem verwachten dat hij, zoals alle staatsorganen, loyaal uitvoering geeft aan de verplichtingen die zijn staat is aangegaan. Door recht te spreken in overeenstemming met bestaande verdragsverplichtingen zal hij staatsaansprakelijkheid vis-à-vis de overige verdragspartijen kunnen voorkomen. Anderzijds wordt de rol van nationale hoeder van het verdrag hem hoc dan ook wel opgedrongen door procespartijen: duo-moeders die een adoptie-verzoek schragen op artikel 8 EVRM, een transport-onderneming die meent dat de verhoging van het invoertarief op ureumformaldehyde niet strookt met het Gemeenschapsrecht. Verwacht het Gemeenschapsrecht van de nationale rechter dat hij tevens *juge de droit commun* is, het internationale recht doet in wezen hetzelfde beroep op hem – zij het dat het van de nationale constitutie en rechtscultuur afhangt of dit beroep daadwerkelijk wordt gehoord en gehonoreerd.

92. Het internationale recht komt aldus tot gelding in allerlei verschillende kaders: de nationale rechtsorde, de communautaire, het kader van de Raad van Europa en van de VN. Deze systemen staan tamelijk los van elkaar. Dat kan ertoe leiden dat binnen iedere rechtsorde een rechter opereert onder het motto 'ieder voor zich', gebonden als hij is aan de eigen regels van materieel en formeel recht. Wat dat betekent werd duidelijk in de zaak *Breard* waarmee dit preadvies opende. Juist om dergelijke situaties te voorkomen is het van belang bruggen tussen de verschillende rechtsorden te bouwen.¹

93. De meest elegante brug wordt gevormd door de prejudiciële procedure. Hier staat rechterlijke samenwerking voorop, en niet de confrontatie die inherent is aan de situatie waarin de internationale rechter pas oordeelt nadat de nationale rechtsmiddelen zijn uitgeput. Zoals in hoofdstuk 4 is geschetst, hebben de succesvolle Luxemburgse ervaringen met deze procedure in het verleden wel geleid tot voorstellen om ook het EHRM en het IGH de bevoegdheid te verlenen prejudiciële uitspraken te doen. Onder erkenning van de potentiële nadelen die aan een

1. 'Rechters aller lagen: verenigt ul!', aldus P. Pescatore in *Compliance*, p. 124. Verg. ook H.G. Schermers, 'The ICJ in Relation to Other Courts', in Müller e.a. (red.), *The ICJ* (1997), p. 261-268.

dergelijke procedure zijn verbonden, meen ik dat het zaak is de discussie hierover, in ieder geval voor wat betreft Straatsburg, nieuw leven in te blazen.

94. Een andere brug tussen de verschillende rechtsorden is minder tastbaar maar zeker zo belangrijk. Zo goed als de nationale rechter rekening behoort te houden met de uitspraken en opvattingen van de internationale rechter, zo dient de internationale rechtsvorming te worden beïnvloed door de ontwikkelingen in de nationale rechtsorden. Dit vereist feitelijke informatie-uitwisseling over en weer (waarbij adequate verspreiding van jurisprudentie een vanzelfsprekende eerste stap vormt) en voldoende capaciteit, zowel op nationaal als op internationaal niveau, om ontwikkelingen elders in kaart te brengen en te analyseren. In dit verband moet worden opgemerkt dat de financiële mogelijkheden van het Straatsburgse Hof en zijn griffie in schril contrast staan met het belang van het EVRM.

Bij de wisselwerking tussen nationale en internationale rechter spelen ook ongrijpbare zaken als *goodwill* een rol. Persoonlijke contacten tussen de betrokkenen kunnen hier een goede dienst bewijzen (hoofdstuk 7). Een eigentijdse procedure voor de voordracht van kandidaat-rechters voor internationale gerechten kan de positie van de internationale rechter wellicht verder versterken (§ 2.5).

Wenselijk is ook een zekere transparantie van de rechtspraak: de nationale rechter zou steeds duidelijk moeten maken welk gewicht hij toekent aan relevante internationale uitspraken, en omgekeerd. Die wens komt niet zozeer voort uit academische orderingsdrift, als wel uit de veronderstelling dat een goed gemotiveerd nationaal oordeel eerder op begrip zal stuiten bij de internationale rechter. Ook hier geldt de wet van wederkerigheid: een uitspraak van de internationale rechter zal allicht op een welwillender ontvangst mogen rekenen als de nationale rechter zijn oordelen daarin kan terugvinden. *En passant* maakt dit klassieke rechterlijke handwerk (precedenten worden gevolgd, verworpen of onderscheiden) een dialoog tussen de rechters mogelijk, die kan bijdragen aan een verdere ontwikkeling van de jurisprudentie.

Van het grootste belang, ten slotte, is dat de internationale rechter, en dan met name het Europees Hof voor de Rechten van de

Mens, zijn rechtsvormende taak serieus neemt (zie § 3.3). Met helder gemotiveerde uitspraken kan het Hof de nationale rechter houvast bieden. Tevens kan het aldus indirect bijdragen aan vermindering van zijn werklast. Dat laatste is cruciaal: een Straatsburgs Hof waar jaarlijks 20.000 zaken adequaat worden afgedaan, is vermoedelijk een brug te ver.

95. Een situatie waarin de interactie tussen de internationale en de nationale rechtsorde niet altijd bevredigend verloopt, ontstaat juist op het moment dat het er echt om spant: als de internationale rechter een schending constateert. Het duidelijkst komt dit in Straatsburg aan de oppervlakte. De mogelijkheden van Straatsburg om staten in het 'Europees garcel' te houden, zijn beperkt. Voor een deel zijn die beperkingen overigens inherent aan het karakter van het internationale recht. Het EHRM is niet bevoegd zelf voor *restitutio in integrum* te zorgen. Het stelt zich te terughoudend op bij het aangeven van de consequenties die door de nationale autoriteiten moeten worden verbonden aan de constatering dat het EVRM is geschonden. Zijn schadevergoedingsbeleid is onvoorspelbaar en inherent onbevredigend. Het internationale toezicht op de naleving van de arresten functioneert behoorlijk (zeker zolang staten bereid zijn de oordelen van het Hof te aanvaarden) maar is niet perfect. In Nederland wordt de jurisprudentie van het Hof weliswaar 'meegenomen' bij de vorming van nieuwe regelgeving en jurisprudentie – maar met de succesvolle klager zelf weten we ons eigenlijk geen raad. Het nationale recht bevat geen voorziening om een procedure waarin zich een schending van het EVRM heeft voorgedaan, te heropenen. Is het goed beschouwd niet wonderbaarlijk dat Nederland bindende verplichtingen onder het EVRM is aangegaan en de rechtsmacht van het EHRM heeft erkend, maar geen enkele regeling heeft getroffen om de bindende uitspraken van dat Hof ten uitvoer te leggen?

96. Kennelijk stuiten wij hier op een nieuwe fase in de ontwikkeling van het recht. Staten hebben geleidelijk het nut van internationale samenwerking erkend, het belang van bindende verdragsverplichtingen ingezien, de noodzaak van internationale rechtspleging aanvaard. Nu gaat het erom een volgende stap te zetten: de uitspraken van de internationale rechter daadwer-

kelijk een plaats te geven in de nationale rechtsorde. Dit is niet alleen een kwestie van *effet utile* van de internationale rechtspleging. De in § 5.3.2 besproken *Hornsby*-zaak leert ons dat de situatie waarin de overheid geen gevolg geeft aan rechterlijke uitspraken, indruist tegen het rechtsgevoel en uiteindelijk de rechtsorde ondermijnt.

97. Een blik op het Gemeenschapsrecht leert dat ook daar de implementatie van arresten, in dit geval van het Hof van Justitie, een punt van zorg is. Teneinde de tenuitvoerlegging daarvan te verbeteren is in het Verdrag van Maastricht gekozen voor een *top-down* benadering in de vorm van een aanvulling op artikel 171 EG-Verdrag. Indien een Lid-Staat nalaat de maatregelen te nemen die noodzakelijk zijn om een eerder door het Hof van Justitie geconstateerde schending van het Gemeenschapsrecht op te heffen, kan de Europese Commissie de zaak opnieuw aankaarten en daarbij het Hof voorstellen een dwangsom of boete op te leggen.

Tot nu toe heeft de Commissie echter slechts aarzelend invulling willen geven aan deze nieuwe mogelijkheid. De overwegingen van politieke opportuniteit die mogelijk een rol spelen bij haar talmen, komen niet voor in de *bottom-up* benadering van de bekende arresten *Francoovich* en *Brasserie du Pêcheur*² – een benadering die naadloos aansluit bij de traditie van decentrale toepassing van het Gemeenschapsrecht onder de regie van het Hof van Justitie. De waakzame burger die constateert dat zijn overheid hem de rechten onthoudt die hij aan het EG-recht zou moeten kunnen ontfangen, maakt op basis van datzelfde EG-recht aanspraak op rechtsherstel; een procedure voor de nationale rechter moet daartoe open staan. Waarom zou dat anders zijn bij schending van andere internationale verplichtingen?

98. In de hoofdstukken 5 en 6 is geschetst hoe de tenuitvoerlegging van internationale uitspraken, meer in het bijzonder die van het EHRM, zou kunnen verlopen. Indien het EHRM een schending van het Verdrag constateert, zou het de zaak op de rol moeten houden teneinde de klager, zo deze dat wenst, in de

2. HvJEG, 19-11-1991, *Francoovich & Bonifazi* (gev. zaken C-6/90 en C-9/90, Jur. 1991, p. I-5357), en HvJEG, 5-3-1996, *Brasserie du Pêcheur & Factortame III* (gev. zaken C-46/93 en C-48/93, Jur. 1996, p. I-1029).

gelegenheid te stellen het nationale proces te doen heropenen. In het Nederlandse recht zou een daartoe strekkende regeling moeten worden opgenomen; zij zou ook moeten voorzien in het toekennen van schadevergoeding. Duurt de nieuwe nationale procedure te lang of levert deze onbevredigende resultaten op, dan kan het Hof alsnog interveniëren en zelf op basis van artikel 41 EVRM een billijke genoegdoening aan de klager toekennen. Dit scenario heeft overigens wel wat weg van een prejudiciële procedure: na een Straatsburgse episode waarin bindend is vastgesteld welke eisen voortvloeien uit het EVRM, wordt de zaak weer in handen van de nationale rechter gelegd.

99. Het doek gaat neer, nu voor de laatste maal. Maar terwijl het omlaag ruist werpen wij nog een laatste blik op de internationale rechter. Dit preadvies kan worden gelezen als een pleidooi voor versterking van zijn positie: vooral op het terrein van de rechtsvorming wordt veel van hem verwacht. Als hoeder van de internationale rechtsorde dient hij slagvaardig te kunnen optreden. De versterking van zijn positie is evenwel niet gezocht in meer centralisme, in die zin dat bijvoorbeeld het EHRM de bevoegdheid zou moeten worden toegekend om nationale uitspraken ongedaan te maken. Integendeel, een zekere decentralisatie is bepleit. Argumenten van subsidiariteit (de legitimiteit van de nationale instellingen alsmede hun doorgaans betere beoordelingspositie) en van *efficiency* (de nabijheid van de nationale rechter alsmede diens capaciteit om grote hoeveelheden zaken af te handelen) pleiten ervoor dat de verwezenlijking en handhaving van het internationale recht zoveel mogelijk op nationaal niveau gestalte krijgen.

BIJLAGE

Tegen Nederland gewezen arresten waarin het EHRM een schending van het EVRM constateerde

De arresten hadden betrekking op de volgende bepalingen:

- artikel 5 (de positie van militairen¹ resp. psychiatrische patiënten²);
- artikel 6 (grootweg onder te verdelen in toegang tot de rechter³; onafhankelijkheid van de rechter⁴; onpartijdigheid van de rechter⁵; het recht op een eerlijke en openbare behandeling⁶; het recht op hoor en wederhoor ('*adversarial proceedings*')⁷; *equality of arms*⁸; de redelijke termijn⁹; het recht ge-

1. EHRM, 8 juni 1976, *Engel e.a.* (A-22; *NJ* 1978, nr. 223-224, m.nt. DHMM; *AAe* 1977, p. 55, m.nt. EAA); EHRM, 22 mei 1984, *De Jong e.a.*, *Van der Stuijs e.a.* en *Duinhof e.a.* (A-77, 78 en 79; *NJ* 1986, nr. 507, m.nt. EAA); EHRM, 28 november 1991, *Koster* (A-221; *NJ* 1995, nr. 526, m.nt. EAA; *NJCM-Bull.* 1992, p. 558, m.nt. EM).
2. Zie EHRM, 24 oktober 1979, *Winterwerp* (A-33; *NJ* 1980, nr. 114, m.nt. EAA; *AAe* 1980, p. 105, m.nt. MdB; *Leading Cases*, p. 95); EIIRM, 21 februari 1990, *Van der Leer* (A-170-A; *NJ* 1991, 624, m.nt. EAA; *NJCM-Bull.* 1990, p. 373, m.nt. FM); FHRM, 27 september 1990, *Wassink* (A-185-A; *NJ* 1991, nr. 625, m.nt. EAA; *NJCM-Bull.* 1991, p. 448, m.nt. MvE); EIIRM, 25 oktober 1990, *Koendjibiharie* (A-185-B; *NJ* 1991, nr. 626, m.nt. EAA; *NJCM-Bull.* 1991, p. 151, m.nt. EM); EHRM, 2 september 1998, *Erkalo* (n.n.g., *NJB* 1998, nr. 36).
3. EHRM, 17 december 1996, *Terra (RJD)* 1996, p. 2105; n.n.g. in *NJ*; *NJCM-Bull.* 1997, p. 617, m.nt. MV).
4. EIIRM, 23 oktober 1985, *Bentham* (A-97; *NJ* 1986, nr. 102, m.nt. EAA; *NJCM-Bull.* 1985, p. 685, m.nt. TZ; *AAe* 1986, p. 229, m.nt. EMIII1B; *Leading Cases*, p. 178); EHRM, 19 april 1994, *Van de Hurk* (A-288; *NJ* 1995, nr. 462, m.nt. EAA; *NJCM-Bull.* 1994, p. 389, m.nt. IFMV; *Leading Cases*, p. 554).
5. EHRM, 26 augustus 1997, *De Haan (RJD)* 1997, p. 1379; n.n.g. in *NJ*; *NJB* 1997, nr. 23; *NJCM-Bull.* 1998, p. 722, m.nt. AWH).
6. EHRM, 29 mei 1986, *Feldbrugge* (A-99; *NJ* 1987, nr. 432, m.nt. EAA; *NJCM-Bull.* 1986, p. 452, m.nt. AWMW; *RSV* 1987, nr. 23, m.nt. NJH).
7. EHRM, 27 maart 1998, *K.D.B. en J.J.* (*RJD* 1998, p. 603 resp. p. 620; n.n.g. in *NJ*; *NJB* 1998, nrs. 17-18; *NJCM-Bull.* 1998, p. 884, m.nt. MLWMV).
8. EIIRM, 27 oktober 1993, *Dombo* (A-274; *NJ* 1994, nr. 534, m.nt. HJS en EJD; *NJCM-Bull.* 1994, p. 695, m.nt. TS).
9. EHRM, 25 november 1992, *Abdoela* (A-248-A; *NJ* 1993, nr. 24, m.nt. EAA; *NJCM-Bull.* 1993, p. 169, m.nt. EM); EHRM, 26 mei 1993, *Bunkate* (A-248-B; *NJ* 1993, nr. 466, m.nt. EAA; *NJCM-Bull.* 1993, p. 593, m.nt. FM); EHRM, 9 december 1994, *Schouten & Meldrum* (A-304; n.n.g. in *NJ*; *NJCM-Bull.* 1995, p. 466, m.nt. AWH).

- tuigen à charge te (doen) ondervragen¹⁰; procedures *in absentia*¹¹);
- artikel 8 (respect voor privé-leven¹² resp. gezinsleven¹³);
- artikel 10 (vrijheid van meningsuiting¹⁴);
- artikel 14 jo. artikel 1 Eerste Protocol (discriminatie o.g.v. geslacht i.h.k.v. het sociaal zekerheidsrecht¹⁵).

10. EHRM, 20 november 1989, *Kostovski* (A-166; *NJ* 1990, nr. 245, m.nt. FAA; *NJCM-Bull.* 1990, p. 351, m.nt. EM; *AAE* 1990, p. 315, m.nt. AHJS; *Leading Cases*, p. 329); EHRM, 23 april 1997, *Van Mechelen* (*RJD* 1997, p. 691; *NJ* 1997, nr. 635, m.nt. Kn; *NJCM-Bull.* 1997, p. 1052, m.nt. PJB).
11. EHRM, 22 september 1994, *Lala en Pelladoah* (A-297-A en B; *NJ* 1994, nr. 733, m.nt. Kn; *NJCM-Bull.* 1994, p. 1069, m.nt. EM).
12. EHRM, 26 maart 1985, *X & Y – Nederland* (A-91; *NJ* 1985, nr. 525, m.nt. FAA; *NJCM-Bull.* 1985, p. 410, m.nt. JGCS; *Leading Cases*, p. 156).
13. EHRM, 21 juni 1988, *Berrehab* (A-138; *NJ* 1988, nr. 746, m.nt. FAA; *NJCM-Bull.* 1988, p. 579, m.nt. JDMS; *RV* 1988, nr. 17, m.nt. PB; *Leading Cases*, p. 257); EHRM, 27 oktober 1994, *Kroon e.a.* (A-297-C; *NJ* 1995, nr. 248, m.nt. JdB; *RodW* 1994, nr. 227; *NJCM-Bull.* 1995, p. 45, m.nt. CJF).
14. EHRM, 9 februari 1995, *Bluf!* (A-306; n.n.g. in *NJ*; *NJCM-Bull.* 1995, p. 480, m.nt. JMdm).
15. EHRM, 21 februari 1997, *Van Raalte* (*RJD* 1997, p. 173; *NJ* 1997, nr. 580, m.nt. PJB; *NJCM-Bull.* 1997, p. 475, m.nt. AW; *AB* 1997, nr. 432, m.nt. FJLP).

DEEL II

EUROPESE RECHTSPRAAK IN DE
NEDERLANDSE RECHTSPLEGING:
IMPRESSIES UIT DEN HAAG EN
LUXEMBURG

preadvies Mr. A.W.H. Meij

1. INLEIDING 137
 - 1.1 Oriëntatie 137
 - 1.2 De EG-gerechten in hun omgeving 139
 - 1.3 Plan van aanpak 145
2. DE NATIONALE RECHTER ALS INTERFACE 147
 - 2.1 Het perspectief verschoven 147
 - 2.2 Gemeenschapsrechtelijke rechtsvinding 150
3. PREJUDICIËLE RECHTSEENHEID: FEITEN EN RECHT 154
 - 3.1 Algemene opmerkingen 154
 - 3.2 Ontvankelijkheidseisen 156
 - 3.3 Een cassatie-analoge benadering 159
 - 3.4 Onrijpe verwijzingen 162
4. VOORLICHTING OF RECHTSEENHEID? 169
 - 4.1 Uitgangspunten en algemene opmerkingen 169
 - 4.2 Heroriëntatie op taakverdeling 170
 - 4.3 Drie stellingen en twee vraagpunten 180
5. COÖRDINATIE EN PROLIFERATIE 187
 - 5.1 Coördinatie tussen rechters onderling 187
 - 5.2 Proliferatie van prejudiciële verwijzingen 192
 - 5.3 Reparatie van onrechtmatige rechtspraak? 199

6.	DE TOEKOMST VAN DE EUROPESE RECHTSPLEGING	203
6.1	De EU-gerechten	203
6.2	De Europese equipering van de nationale rechter	209
	JURISPRUDENTIEREGISTER	216
	LITERATUURLIJST	219

INLEIDING

1.1 Oriëntatie

1. Volgens een krantenbericht – januari 1999 – heeft een Brabantse importeur van Noord-Iers ossenvlees de staat aangesproken tot vergoeding van de bedrijfsschade, die bij hem optrad onmiddellijk na de NOVA-uitzending in maart 1996 over BSE, waarin toenmalig landbouwminister Van Aartsen adviseerde: ‘Eet Nederlands vlees’.

Het lijkt niet zo eenvoudig aan te tonen en uit te maken in hoeverre de gestelde schade nu een gevolg was van de BSE-berichten zelf of van de uitspraak van de minister. Zou de importeur nu zelf op het idee gekomen zijn Richtlijn 70/50 EEG en het Buy Irish-arrest (249/81)¹ in te roepen, waaruit blijkt dat zo een ‘buy national’-aansporing op zichzelf al een ingevolge art. 28 EG (30 oud) verboden handelsbelemmering oplevert, of zou de rechter een en ander ambtshalve op Internet hebben getraceerd? Een exceptie uit hoofde van de volksgezondheid op grond van art. 30 EG (36 oud) lijkt er niet in te zitten, want tegen het licht van de aan te leggen evenredigheidstoetsen zou het advies: ‘Koop maar even geen vlees van herkomst uit gebieden waar BSE is geconstateerd, tot we meer weten’ voldoende zijn geweest. Zonder te willen beweren dat de importeur van dit geval naar gemeenschapsrecht nu zoveel beter af zou zijn, illustreert dit bericht het verschil in probleemstelling, in dit geval bewijspositie, al naargelang de rechter een nationaal dan wel communautair perspectief kiest. Zie daar, in een notendop, waar dit preadvies over gaat.

2. Ook indien het door het bestuur van de NJV aangereikte thema wordt gereduceerd tot de vraag hoe de rechtspraak van de EG-gerechten zich verhoudt tot de Nederlandse rechtspraak, vraagt het nog enige nadere oriëntatie. Bij het zoeken daarnaar duiken enkele op het eerste oog verwarrende paradoxen op.

1. De tussen haakjes vermelde cijfers verwijzen naar het jurisprudentieregister.

Het is een gemeenplaats te zeggen dat het recht van de Europese Gemeenschappen zijn invloed doet gelden op nagenoeg alle terreinen van het nationale recht. Niettemin heeft het zich van meet af aan ontwikkeld als een afzonderlijke discipline, met een eigen plaats in het wetenschappelijk forum en in de juridische opleiding, en bijbehorende hand- en studieboeken en periodieken. Door niet daarin gevormde juristen wordt het dikwijls ervaren als een uit vreemde bron in het nationale recht binnendringend verschijnsel – om niet te zeggen van buiten komend onheil – waar men het liefst buiten blijft, omdat het moeilijk toegankelijk is en traditionele concepties van juridische problemen overhoop haalt. Uit een in 1996 in opdracht van de Stichting Studiecentrum Rechtspleging (SSR) gehouden enquête blijkt dat dit voor rechters en officieren van justitie niet anders is. Ongeveer 40% van de respondenten zegt in de dagelijkse praktijk zelden met gemeenschapsrecht te maken te hebben. Een even groot aantal geeft aan dat zaken met gemeenschapsrechtelijke aspecten altijd van een extra moeilijkheidsgraad zijn, vanwege onbekendheid met de materie, de ingewikkeldheid ervan en de slechte toegankelijkheid van de bronnen. Minst genomen zou men kunnen denken dat het gemeenschapsrecht in de dagelijkse praktijk van de rechtspleging geen gemeengoed is.

3. In hun bijdrage over Nederland aan de bundel 'The European Court and National Courts', merken Claes en De Witte op dat belangrijke beginselen van gemeenschapsrecht als rechtstreekse werking, voorrang, conforme uitleg van nationaal recht en overheidsaansprakelijkheid voor schending ervan 'did not require (as it did elsewhere) a painful reconsideration of established doctrine... It all fits into the system of the Dutch Constitution and Dutch judges have accepted the doctrine of the European Court on those matters as the governing law'. In zijn onderzoek naar de toepassing door nationale rechters van het gemeenschapsrecht inzake het vrije verkeer van goederen signaleert Jarvis daarentegen nogal talrijke gevallen, waarin de toetsing van nationale maatregelen aan de artikelen 28 en 30 EG (30 en 36 oud) door Nederlandse rechters niet voldoet aan de daartoe ontwikkelde eisen uit de rechtspraak van het Hof van Justitie. Ook hieruit blijkt dat de aanpassing van de Nederlandse rechtspleging aan materiële en procedurele eisen, benaderings-

wijzen en toetsingsmethoden, voortvloeiend uit het gemeenschapsrecht, geenszins vanzelf spreekt.

Alvorens nader aan te geven welke aanpak mij voor ogen staat, stel ik voor een korte blik te werpen op de EG-gerechten.

1.2 De EG-gerechten in hun omgeving

4. De EG-gerechten bestaan uit het Hof van Justitie in enge zin en het Gerecht van eerste aanleg. Samen vormen zij de instelling Hof van Justitie genoemd in artikel 7 EG (4 oud).

Het Gerecht is opgericht in 1989 om de werklust van het Hof te verlichten. Zijn bevoegdheden zijn in de loop der jaren steeds verder uitgebreid. Thans is het Gerecht bevoegd om kennis te nemen van alle rechtstreekse beroepen, die worden ingesteld door particulieren (natuurlijke en rechtspersonen). De rechtstreekse beroepen zijn te onderscheiden van de indirecte zaken, beter bekend als de prejudiciële vragen, die niet worden aangebracht door procespartijen, maar door nationale rechters. Deze behoren tot de uitsluitende bevoegdheid van het Hof, dat immers als bijzondere taak heeft toe te zien op de eenheid in de uitleg van het gemeenschapsrecht.

Het Hof en, in mindere mate, het Gerecht hebben een buitengewoon karakter door hun hybride hoedanigheid, de bijzondere aard van hun rechtsmacht, en de omstandigheden waaronder ze hun taken uitoefenen.

5. Wat betreft de hybride hoedanigheid, valt op dat beide EG-gerechten zowel kunnen optreden als bestuursrechter, bijvoorbeeld inzake beroepen tot nietigverklaring van handelingen van de Raad of de Commissie (artikel 230 EG – 173 oud), als arbiter in burgerlijke zaken, op basis van een arbitragebeding vervat in een door of namens de Gemeenschap gesloten privaatrechtelijke overeenkomst (artikel 238 EG -181 oud), als quasi-strafrechter, in beroepen tegen administratieve sancties opgelegd door de Commissie (artikel 229 EG – 172 oud) en als ambtenarenrechter, in geschillen tussen de instellingen en hun ambtenaren (artikel 236 EG – 179 oud). Het Hof kan daarbij ook nog optreden als institutioneel rechter, inzake geschillen tussen de EG-instellingen of tussen de lidstaten en de instellingen, of – zeldzaam – tussen lidstaten onderling, als constitutioneel rechter, bijvoor-

beeld wanneer het wordt gevraagd een advies te geven over de verenigbaarheid van een internationaal akkoord met het EG-Verdrag (artikel 300 EG – 228 oud) en als cassatierechter, ingeval van hogere voorziening tegen arresten en beschikkingen van het Gerecht (artikel 225 EG – 168 A oud).

6. Typerend in verhouding tot andere internationale gerechten, is dat Hof en Gerecht in de bevoegdheden voorzien bij de verdragen, verplichte rechtsmacht hebben, bij uitsluiting van nationale en andere internationale rechterlijke instanties (artikelen 240 EG – 183 oud en 292 EG – 219 oud). Soms is hun bevoegdheid echter facultatief, bijvoorbeeld in het geval van een arbitragebeding in een door of namens de Gemeenschap gesloten overeenkomst. Wanneer het Gerecht een geschil behandelt, dat op die basis is binnengekomen, kan dat het vertrouwde gevoel geven eens met een gewone zaak van doen te hebben – een prettige gewaarwording wanneer men zich bevindt temidden van een stapel dossiers, die betrekking hebben op een gecompliceerd kartel.

Bijzonder van aard is de rechtsmacht van het Hof van Justitie ingevolge artikel 234 EG (177 oud) uitspraak te doen op verzoeken van nationale rechters om prejudiciële beslissing van rechtsvragen van gemeenschapsrecht in bij hen aanhangige gedingen. Deze unieke juridische figuur is wegens groot succes ook in enkele verwante internationale overeenkomsten gekopieerd (bijvoorbeeld in de Benelux, in het Andes Pact en in het kader van de Europese Economische Ruimte voor de buiten de EG gebleven EVA-landen). De prejudiciële procedure heeft het Hof de gelegenheid gegeven zijn rol als motor van het Europese integratieproces vorm te geven. Alle belangrijke juridische concepten, zoals voorrang en rechtstreekse werking van gemeenschapsrecht en aansprakelijkheid van lidstaten voor inbreuken op gemeenschapsrecht, heeft het Hof ontwikkeld naar aanleiding van prejudiciële vragen. De samenwerking tussen nationale rechters en het Hof is gebleken niet alleen de rechtseenheid te dienen, maar vooral een cruciale functie te vervullen voor de vorming en ontwikkeling van het gemeenschapsrecht.

7. De omstandigheden waaronder de EG-gerechten hun werkzaamheden uitoefenen zijn in verhouding tot nationale rechts-

pleging al even ongewoon. De leden van Hof en Gerecht, van 15 verschillende nationaliteiten en uit 11 verschillende taalgebieden, brengen elk hun eigen juridische, maatschappelijke en culturele achtergrond en tradities naar Luxemburg mee. Dat betekent dat er maar weinig dingen vanzelf spreken, behalve wellicht een zekere behoedzaamheid in de onderlinge omgang en een natuurlijke neiging om te zoeken naar gemeenschappelijke componenten in elkaars benaderingen. Zulke verschillen uiten zich bijvoorbeeld in specifieke aandacht van de Franse rechter voor kwesties van ontvankelijkheid, in de manier waarop de Engelse rechter tijdens een mondelinge behandeling vragen op partijen pleegt af te vuren en in de meer dan gemiddelde gevoeligheid van Scandinavische rechters voor problemen van openbaarheid van bestuur.

Weinig rechters hebben dezelfde moedertaal gemeen, want de 11 officiële talen van de Gemeenschappen komen allemaal als zodanig voor bij de leden van het Gerecht, en bijna allemaal bij die van het Hof. De onderlinge communicatie tussen de rechters vindt om historische redenen nog steeds overwegend in het Frans plaats. Omdat behalve de Franse rechter slechts weinig rechters deze taal werkelijk perfect beheersen, vindt uitwisseling van ideeën vaak in schriftelijke vorm plaats, door middel van rapporten en nota's, om de gedachtewisseling nauwkeurig voor te bereiden. Ter voorbereiding worden geregeld rechtsvergelijkende nota's gemaakt door een goed geoutilleerde onderzoeksdienst, die bestaat uit een of meer gekwalificeerde juristen uit elk nationaal stelsel.

De 11 officiële gemeenschapstalen kunnen ook elk de procestaal van een zaak zijn. Vertalingen spelen derhalve een belangrijke rol in het werk in Luxemburg. De processtukken worden uit al die talen naar de gemeenschappelijke werktal vertaald en de arresten op hun beurt weer naar de procestaal en de andere talen. Daartoe beschikt het Hof over een dienst, bestaande uit enkele honderden jurist-linguïsten; voor de mondelinge behandelingen is er een zeer kundige tolkdienst, die – althans nu nog – nagenoeg alle vereiste vertolk-combinaties kan verzorgen.

8. De werkwijze van Hof en Gerecht wordt ook beïnvloed door de reglementen voor de procesvoering. Deze reglementen, van

origine gemodelleerd op die van de Franse Conseil d'État, zijn betrekkelijk strak; veranderingen kunnen uitsluitend worden aangebracht na unanieme goedkeuring van de lidstaten. Het rigide karakter van de procesreglementen maakt het soms onmogelijk om een eenvoudig probleem via een makkelijke maar onconventionele weg op te lossen. De reglementen hebben een aantal kenmerken die specifiek zijn voor de internationale context waarin Hof en Gerecht hun werk doen. Zo kunnen de lidstaten, evenals de instellingen, te allen tijde tussenkomen in procedures voor Hof en Gerecht; zij hoeven daartoe geen belang aan te tonen. Van deze mogelijkheid tot tussenkomst wordt veel gebruik gemaakt.

De bijzondere omstandigheden waaronder Hof en Gerecht hun werkzaamheden verrichten, brengen mee dat de behandeling van een gemiddelde zaak in Luxemburg dikwijls aanzienlijk gecompliceerder is en vooral meer tijd vergt dan de behandeling van een zaak voor een nationale rechter. Dit geldt te meer indien er niet sprake is van één zaak, maar – zoals in het geval van de 40 beroepen in het cementkartel – van een serie zaken. Na voeging is er dan sprake van één bepaald nogal bewerkelijke mega-zaak.

9. Het Hof van Justitie wordt ingevolge artikel 223 EG (167 oud) samengesteld uit personen die alle waarborgen voor onafhankelijkheid bieden en aan alle gestelde eisen voldoen om in hun onderscheiden landen de hoogste rechterlijke ambten te bekleden of die bekend staan als kundige rechtsgeleerden. Voor de leden van het Gerecht is laatstbedoeld vereiste in artikel 225 EG (168 A oud) toegespitst op bekwaamheid om rechterlijke ambten te bekleden. Dit onderscheid geeft een aanwijzing dat, waar voor het Hof het rechtsgeleerde niveau beslissend is, de leden van het Gerecht concreet moeten voldoen aan de eisen voor toegang tot de magistratuur in hun land van herkomst. De achtergrond daarvan is, dunkt mij, dat voor deze feitelijke eerste aanleg behoefte bestond en bestaat aan ervaren rechters, die, kort gezegd, van wanten weten bij de afdoening van grotere aantallen zaken. Mijn – nog zeer korte – ervaring is dat het Gerecht inderdaad in staat is een zeker aantal kleinere zaken met enige voortvarendheid af te doen. Het leeuwendeel van de aandacht gaat echter uit naar een evenmin gering aantal zaken, waarvan

de omvang, het aantal procesdeelnemers en de complexiteit maar zelden in de nationale rechtspleging worden aangetroffen.

10. Een enkele opmerking over de benoeming en de wijze van selectie van rechters in Hof en Gerecht is wellicht op zijn plaats. De benoeming is niet een Raadsbesluit, maar het meest klassieke voorbeeld van een zogenoemd kaderbesluit, d.w.z. een besluit van de vertegenwoordigers van de regeringen van de lidstaten in het kader van de Raad bijeen. Elke regering pleegt een enkelvoudige voordracht te doen aan de conferentie van regeringsvertegenwoordigers, die bij mijn weten tot dusver nimmer bezwaren heeft gemaakt, welke tot een gewijzigde voordracht hebben geleid. Een belangrijk voordeel van deze methode is dat de vertegenwoordiging van de juridische traditie van elke lidstaat in Hof en, tot dusver, Gerecht, aldus verzekerd is. Of dat uitgangspunt op langere termijn te handhaven is tegen het licht van aan effectieve rechtspleging te stellen eisen, staat nog te bezien. Bijzondere rotatie-systemen, bedacht voor de benoeming van een extra rechter bij een even aantal lidstaten, laat ik hier terzijde.

11. De selectie van kandidaten vindt in de lidstaten op heel verschillende wijze plaats. Overlaten van de selectie aan de lidstaten heeft het voordeel dat elke lidstaat kan aanknopen bij zijn eigen tradities met betrekking tot rechtersbenoemingen. Het brengt natuurlijk mee dat in sommige gevallen politieke overwegingen niet uitgesloten zijn. In dit opzicht valt het op dat in Duitsland politieke kleur een zo belangrijke factor is, dat na een coalitiewisseling in de Bondsregering de zittende rechters in Hof en Gerecht aan het eind van hun lopende mandaat geenszins van herbenoeming verzekerd zijn. In Frankrijk bestaat sinds jaar en dag een vaste praktijk om de magistratuur in dier voege bij de selectie te betrekken, dat 'à tour de rôle' voor het Hof en het Gerecht elk, telkens afwisselend een kandidaat wordt voorgedragen van herkomst uit de 'ordre judiciaire' en uit de administratieve rechtspraak (Conseil d'État). Bij een en ander merk ik nog op dat, bij de relatief beperkte omvang van Hof en Gerecht tot dusver, de corpsgeest in het besef van een gemeenschappelijke opdracht op de Luxemburgse Kirchberg zo sterk is dat soms veronderstelde pogingen van regeringen van lidstaten om door

middel van hun benoemingsbeleid onwenselijk geachte rechtsontwikkelingen te beïnvloeden, daarbij onmiddellijk verbleken.

12. Een nadeel van selectie van eigen kandidaten door de lidstaten is dat van het systeem geen aansporing uitgaat om tot een gemeenschappelijk Europees profiel te komen. Door het Europees Parlement is wel voorgesteld om de voorgedragen kandidaten, met stemming en al, door een parlementair forum te laten 'screenen', naar voor de hand ligt op Europese gezindheid, om zo aan de benoeming enige democratische legitimatie mee te geven. Dat lijkt mij geen goed idee. Nog daargelaten of dit daadwerkelijk onuitgesproken politieke overwegingen van een lidstaat zou kunnen compenseren, schuilt in deze door Amerikaans voorbeeld geïnspireerde figuur een veel groter gevaar van onbetugelde politisering. Zeker gelet op de in Hof en Gerecht aanwezige sfeer van professionele rechterlijke samenwerking, zou zo'n middel dan ook erger zijn dan de kwaal. Waar het, afgezien van voor de hand liggende selectiecriteria als rechterlijke ervaring, kennis van en ervaring met het Europese recht, alsmede talenkennis, op aankomt is immers wat Royer, oud-president van de Hoge Raad, zo treffend heeft getypeerd als de professionele habitus van de rechter. Politieke screening is voor de toetsing daarvan een ongeschikt middel.

13. In Nederland pleegt een voorstel aan het kabinet voor een op te maken voordracht te worden voorbereid door de ministers, die het aangaat, in dit geval die van justitie en buitenlandse zaken. Daarbij valt op dat de procedure, voorzover daarvan sprake is, vooral gelijkenis vertoont met die voor benoemingen in andere internationale functies, zij het met dit verschil dat er geen aanwijzingen zijn dat tot dusver politieke kleur enige rol van betekenis heeft gespeeld. Verrassend is eigenlijk dat geen aansluiting is gezocht bij de uitgangspunten voor rechtersbenoemingen in Nederland. Constitutionele en andere argumenten, die kunnen worden aangevoerd voor de procedure voor nationale rechterlijke benoemingen, gelden immers evenzeer voor benoemingen in internationale rechterlijke functies. Daarbij komt dat verbondenheid met de nationale juridische traditie en met de beroepsgroep in eigen land, van eminent belang is om een effectieve bijdrage aan de Europese rechtsvorming te leveren. Het

Beneluxgerechtshof biedt in dit opzicht door zijn samenstelling op voordracht van én uit de cassatiegerechten van de drie landen een aantrekkelijk voorbeeld. In EG-verband is het niet mogelijk dit voorbeeld te volgen, al was het maar omdat de belasting een dubbelfunctie zonder meer uitsluit, maar ook omdat artikel 4 van het Statuut voor het Hof – terecht – iedere andere betaalde functie incompatibel verklaart. Aangezien het gaat om een kandidatuur uit eigen land, ligt het evenmin voor de hand te werken met een aanbeveling van het betrokken gerecht zelf. Een en ander sluit intussen niet uit naar Frans voorbeeld de Nederlandse magistratuur bij de voorbereiding van een voordracht te betrekken door, bijvoorbeeld, een commissie bestaande uit de president van en de procureur-generaal bij de Hoge Raad en de vice-president van de Raad van State, een aanbeveling te laten opmaken op de wijze die voor die colleges zelf gebruikelijk is. Ook voor andere internationale rechtsprekende functies ligt zodanige aanknopng bij de nationale praktijk in de rede.

1.3 Plan van aanpak

14. Om de interactie tussen het werk van de EG-gerechten, in het bijzonder het Hof van Justitie zelf, en de Nederlandse rechtspleging in het vizier te krijgen, stel ik mij voor eerst te bezien of het mogelijk is enkele kenmerkende eigenschappen van het gemeenschapsrecht en de weerslag daarvan in de nationale rechtspraak te identificeren. De hoofdmoot van dit preadvies bestaat vervolgens uit een drietal hoofdstukken, waarin enkele praktische aspecten van de verhouding tussen het Hof van Justitie en de nationale rechtspleging, toegespitst op de prejudiciële procedure, worden onderzocht. Tenslotte zal ik nog iets zeggen over het toekomstperspectief.

15. De beschouwingen, die volgen, zijn in hoofdzaak impressies van opgedane ervaringen. Zij vormen dan ook vooral een uitwendige exercitie. Het is niet mijn bedoeling analyses uit de omvangrijke literatuur over de communautaire rechtspraak over te doen of te bespreken. Wel heb ik daaruit natuurlijk inspiratie opgedaan. De aansporing vanwege het NJV-bestuur om bronvermeldingen in voetnoten achterwege te laten, leverde in dat opzicht een klein dilemma op, omdat de talrijke auteurs, die mij

tot inspiratie hebben gediend, daardoor ernstig tekort zou worden gedaan. Om daaraan tegemoet te komen, is als bijlage een geselecteerde literatuurlijst opgenomen, waarin in elk geval de in de tekst vermelde publicaties zijn terug te vinden.

Bovendien is het voor een preadviseur met rechterlijke ervaring, over dit onderwerp, welhaast onvermijdelijk van enige casuïstiek gebruik te maken. De in de tekst vermelde zaaknummers van de rechtspraak van het Hof van Justitie en het Gerecht zijn in volgorde, met vindplaats, gerangschikt in een tweede bijlage, evenals de nationale uitspraken, geordend naar de in de tekst daaraan toegekende volgnummers.

16. Het zwaartepunt van de navolgende impressies ligt bij de toepassing van het recht van de Europese Gemeenschappen, doorgaans aangeduid als gemeenschapsrecht, of ook wel als EG-recht. Voor de aanduiding van verdragsbepalingen wordt de nieuwe nummering, geïntroduceerd door het Verdrag van Amsterdam gebruikt, met vermelding van de oude nummers tussen haakjes. Het recht van de tweede en de derde pijler van de Europese Unie, alsmede van het tempeldak boven de drie pijlers, komt sporadisch aan de orde, al was het maar omdat het nog niet of nauwelijks tot toepassing in de rechtspraak aanleiding heeft gegeven.

DE NATIONALE RECHTER ALS INTERFACE

2.1 Het perspectief verschoven

17. In zijn vorig jaar onder de pakkende titel 'La mondialisation heureuse', verschenen boek over de golven van liberalisering en globalisering die Frankrijk overspoelen, geeft Alain Minc de volgende kenschets van de nationale staat: 'L'État traditionnel, national, régalien et faussement autoritaire devient un simple interface entre le citoyen et les nouveaux pouvoirs. Interface vis-à-vis du réseau d'institutions européennes... Et, dans la mise en jeu de ce qui lui reste de pouvoirs, l'État est dessaisi au profit d'institutions dépendantes, au premier rang desquelles une justice, hier simple administration spécialisée, aujourd'hui recours ultime'.

Hoewel door de Franse achtergrond gekleurd, raakt deze typeering ook voor de Nederlandse situatie de kern van het thema, dat ons bezighoudt. Hebben de staten gelcidelijk aan de rol gekregen van interface tussen de burger enerzijds en de EG-instellingen anderzijds, dan heeft van de staatsorganen de rechter bij uitstek de functie van juridische interface. Weliswaar vindt de rechter zijn organieke bevoegdheidsgrondslag in de nationale rechtsorde, waartoe hij behoort, zijn gezichtspunt is ruimer geworden dan die orde. Met formele grondslag in de nationale rechtsorde, treedt hij op als gemeenschapsrechter met de uit artikel 10 EG (5 oud) voortvloeiende materiële opdracht de effectieve werking van het gemeenschapsrecht te waarborgen. De voorrang en de rechtstreekse werking van het gemeenschapsrecht brengen mee dat hij vrij van constitutionele beperkingen zijn communautaire taak vervult ten opzichte van nationale wetgeving en bestuurlijk optreden. Hij is bovendien toegang tot de Europese rechter en aanbrenger van vragen omtrent de rechtmatigheid van op nationaal niveau uitgevoerde communautaire wetgeving en bestuursbesluiten. Deze veranderde positie schept verplichtingen.

18. In de eerste plaats verlangt deze nieuwe positie van de rech-

ter dat hij zijn perspectief mee verschuift. Zodra zich in de feiten van een zaak een grensoverschrijdend element voordoet, rijst de vraag of een van de communautaire verkeersvrijheden in het geding is. Het gaat daarbij niet alleen om situaties, waarin onderscheid wordt gemaakt naar nationaliteit of herkomst, zoals in het geval van de gemeente Biarritz, die de verhuur van vissershuisjes aan de baai voorbehield aan Franse kunstenaars (197/84). Ook de Wet op de geneesmiddelenprijzen, die op zichzelf zonder onderscheid naar herkomst voorziet in een bevoegdheid tot vaststelling van maximumprijzen, ontkomt niet aan een toetsing aan het in de rechtspraak van het Hof ontwikkelde criterium of de bij de wet voorziene berekeningsmethodiek nog toelaat dat ingevoerde geneesmiddelen met redelijke winst worden afgezet. Evenmin gaat het alleen om situaties, waarin sprake is van belemmeringen voor goederen, personen of diensten uit andere lidstaten. Ook de eigen onderdaan die, bijvoorbeeld, in een andere lidstaat relevante ervaring heeft opgedaan voor de toegang tot een beroep, heeft er aanspraak op dat die ervaring wordt meegeteld voor zijn toelating (115/78). Veel verder nog breekt het gemeenschapsrecht in traditioneel nationaal georiënteerde verhoudingen in, wanneer de aan de zorgverzekeraars toegekende bevoegdheid om medewerkersovereenkomsten te sluiten in discussie is.

19. Wanneer sprake is van nationale voorschriften, die strekken tot omzetting van EG-richtlijnen of tot nadere uitvoering van rechtstreeks toepasselijke EG-verordeningen, kan de rechter niet meer volstaan met reconstructie van de feiten en het toepasselijke nationale recht. Daarenboven kunnen vragen rijzen over de verhouding tussen de nationale voorschriften en de communautaire grondslag, ter uitvoering waarvan zij strekken. Daarbij verschuift het perspectief van de nationale rechter mee aan de hand van ontwikkelingen in de rechtspraak van het Hof van Justitie. Aanvankelijk golden als uitgangspunt voor het onderzoek de beginselen van de voorrang en de rechtstreekse werking van het gemeenschapsrecht, terwijl aan de nationale stelsels werd overgelaten aan de bevindingen terzake gevolgen te verbinden. Inmiddels koerst de rechtsontwikkeling op vereisten aan de nationale stelsels om effectieve bescherming van aan het gemeenschapsrecht ontleende rechten te waarborgen, door

maximale gemeenschapsrechtconforme uitlegging van nationaal recht en, zonodig, staatsaansprakelijkheid voor de gevolgen van tekortkomingen.

Soms kan de nationale rechter al anticiperen op ontwikkelingen, die in de rechtspraak van het Hof nog hun beslag moeten krijgen. Zo placht de Nederlandse belastingrechter al voor het leerstuk van de conforme uitleg in de jurisprudentie van het Hof opdook, na te gaan in hoeverre de Wet op de omzetbelasting in overeenstemming met de BTW-richtlijnen kon worden uitgelegd. Veel moeilijker bleek dat in een geval, waarin eerst jaren na de introductie van communautaire vakbekwaamheidseisen voor het beroepsvervoer bleek dat de Nederlandse wet een niet weg te poetsen verschil vertoonde met de communautaire voorschriften. Bij de nadere aanpassing van de bestuurspraktijk aan de EG-richtlijn stuitte de intrekking van nog conform de oude nationale praktijk verleende vergunningen op het vertrouwensbeginsel. Aangezien op dit gebied derdenbelangen in het spel zijn en bovendien de rechtspraak al eerder de nationale wet richtlijnconform had uitgelegd, moest in dat geval het vertrouwensbeginsel wijken, zodat slechts de subsidiaire weg naar schadevergoeding overbleef (1)¹.

20. Soms is het perspectief zelfs ruimer dan het Europese en krijgt het inderdaad mondiale trekken. In de in hoofdstuk 3 nader te vermelden zaak van de roodvoorhoofdkanarie (2) was niet alleen de verenigbaarheid van de Vogelwet met artikel 28 EG (36 oud) aan de orde. Bovendien rees de vraag of een mogelijke rechtvaardiging van het verhandelingsverbod van de Vogelwet uit hoofde van de bescherming van dieren ingevolge artikel 30 EG (28 oud) niet mede steun vindt in de omstandigheid dat de EG zelf ook partij is bij het Verdrag van Bern tot behoud van wilde dieren en planten in Europa. Ook talrijke andere internationale overeenkomsten, bijvoorbeeld op het gebied van grondrechten, internationale handel, visserij en milieubescherming, beïnvloeden op hun beurt het toe te passen gemeenschapsrecht. Een praktisch probleem hierbij is dat de aldus cumulerende stelsels zelden of nooit een afgerond, mooi aansluitend geheel vormen, zodat telkens ingewikkelde vragen kunnen rijzen omtrent afbakening, hiërarchie en complementariteit.

1. De tussen haakjes vermelde cijfers verwijzen naar het jurisprudentieregister.

2.2 Gemeenschapsrechtelijke rechtswinding

21. Hiervoor bleek en passant al dat de veranderde omgeving, waarin de rechter opereert, behalve een verschuiving van het perspectief, voorts enige aanpassing vergt van zijn instrumentarium. De traditionele, op de nationale wet georiënteerde methoden van rechtswinding voldoen niet meer. Het is in hoofdzaak de rechtspraak van het Hof van Justitie, die nieuwe methoden aanreikt, aangepast aan de strekking en het karakter van het gemeenschappelijke recht. Daaruit blijkt meteen dat het belang van de rechtspraak in verhouding tot wetgeving, als bron van recht, aanzienlijk is toegenomen.

22. De opdracht van het Hof van Justitie in artikel 220 EG (164 oud) de eerbiediging van het recht bij de uitlegging en toepassing van dit Verdrag te verzekeren, geeft geen aanwijzing omtrent de aard van dit recht. Traditionele rechtswindingsmethoden bieden bij ontbreken van historische bronnen en door de geringe normatieve precisie van de materiële verdragsbepalingen evenmin soelaas. Vooral voor het interne marktrecht heeft de opbouw van het verdrag als een gelaagd doel-middelensysteem, gebaseerd op attributie van bevoegdheden aan de Gemeenschapsinstellingen en gebonden aan tijdschema's, de weg gewezen naar de in de rechtspraak veelvuldig toegepaste systematisch-teleologische methode. Door de gelijktijdige ontwikkeling van belangrijke leerstukken als de autonomie, de voorrang en de rechtstreekse werking van het gemeenschapsrecht en brede uitgangspunten voor de uitleg van de materiële verdragsbepalingen kon deze methode een eigen dynamiek krijgen, waarvan een stimulerende werking uitging en uitgaat voor verdere evolutie. Op die basis zijn bijvoorbeeld in de rechtspraak met betrekking tot de verkeersvrijheden van geval tot geval verder verfijnde toetsingsschema's ontwikkeld voor de beoordeling van belemmeringen door nationale voorschriften of praktijken.

23. Zoals reeds vermeld blijkt uit onderzoek van nationale rechtspraak dat nationale rechters lang niet altijd hun voorstellingen omtrent de verenigbaarheid van de nationale wet prijsgeven door de vereiste toetsing volledig uit te voeren. Vooral ten aanzien van maatregelen, die op zichzelf geen onderscheid ma-

ken naargelang van grensoverschrijding sprake is, wordt wel tot uitgangspunt gekozen de vraag of feitelijk discriminatie is vast te stellen in plaats van de vraag of zich een potentiële verkeersbelemmering voordoet. In de nog nader te vermelden zaak Terhoeve ging de verwijzende rechter er, in verwarring met de rechtspraak over gelijke behandeling van mannen en vrouwen, van uit dat van onverenigbaarheid met artikel 39 EG (48 oud) eerst sprake zou zijn, indien de bestreden regeling in hoofdzaak onderdanen van andere lidstaten treft. Voorts wordt al vlug aangenomen dat een eenmaal vastgestelde verkeersbelemmering gerechtvaardigd wordt door dwingende eisen van algemeen belang, zonder na te gaan of de regeling daartoe geschikt en noodzakelijk is en of het beoogde doel niet met minder belemmerende middelen kan worden bereikt.

24. In het Nederlandse rapport voor het Fide-congres 1998 over de nationale toepassing van het communautaire mededingingsrecht wordt gewezen op een 'gap' tussen dat recht en de toepassing ervan door Nederlandse rechters. Als het communautaire recht al wordt toegepast, dan toch bij voorkeur zodanig dat de status quo van een in beginsel nietige overeenkomst zoveel mogelijk kan worden gehandhaafd. Ter verklaring wijst het rapport erop dat de kortgedingprocedure, waarin de schending van de artikelen 81 en 82 EG (85 en 86 oud) meestal aan de orde wordt gesteld, zich niet leent voor het diepgaand feitelijk onderzoek dat voor de beoordeling nodig is. Een tweede verklaring is dat een rechtstraditie op dit terrein in Nederland ontbreekt. Van gemakkelijke receptie van in de rechtspraak van Hof en Gerecht op dit terrein ontwikkelde toetsingskaders is tot dusver dus geen sprake. Mogelijk zal de nieuwe Mededingingswet ook voor wat betreft het gemeenschapsrecht hierin verandering brengen.

25. In een onvolledig rechtsstelsel als het gemeenschapsrecht is, is voorts een belangrijke rol weggelegd voor beginselen. Voor de opsporing daarvan verwees het Hof van Justitie al in vroege EGKS-rechtspraak naar de algemene rechtsbeginselen, die de rechtsstelsels van de lidstaten gemeen hebben. Deze verwijzing is in het EG-Verdrag zelf terug te vinden in artikel 288 EG (215 oud) als grondslag voor de niet-contractuele aansprakelijkheid

van de Gemeenschap en in de Francovich-rechtspraak mede ten grondslag gelegd aan de aansprakelijkheid van de lidstaten voor schending van het gemeenschapsrecht.

26. Een reeks van de in de rechtspraak aanvaarde beginselen vertoont gelijkenis met een aantal in het Nederlandse recht bekende beginselen van behoorlijk bestuur. Hoewel het Hof aanknoping zoekt bij soortgelijke beginselen in de nationale stelsels, krijgen de beginselen in de rechtspraak van het Hof een eigen communautaire betekenis. De rechtsvergelijkende methode, die voor de opsporing van relevante beginselen wordt gebruikt, komt er kortweg op neer dat achter de nationale inkleding van een rechtsfiguur wordt gezocht naar de regel, die er de kern van vormt, om aan die kern vervolgens de in de communautaire context passende betekenis te geven.

27. Een van de belangrijkste communautaire rechtsbeginselen, het evenredigheidsbeginsel, kan illustreren hoezeer communautaire en nationale percepties uiteen kunnen lopen. In het gemeenschapsrecht vindt dit inmiddels in artikel 5 EG (3B oud), samen met het attributiebeginsel en het subsidiariteitsbeginsel, als basisregel gecodificeerde beginsel toepassing als toets voor de beoordeling van de aanvaardbaarheid van verkeersbelemmeringen, maar ook ter toetsing van bestuursbesluiten en in een reeks andere varianten. In de Nederlandse rechtspraak aanvankelijk alleen gchantoord als maatstaf voor het gewicht van opgelegde sancties, krijgt het beginsel maar mondjesmaat voet aan de grond. Het College van Beroep voor het bedrijfsleven hanteert het communautaire beginsel bij de toetsing van maatregelen ter uitvoering van communautaire voorschriften en een enkele maal in een poging tot assimilatie met het, onder verwijzing naar de rechtspraak van het Hof, in artikel 3:4, tweede lid Awb neergelegde gelijknamige beginsel (3). De afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State leest in die Awb bepaling blijkens recente rechtspraak echter niet anders dan de ouderwetse willekeurtoets (4 en 5).

Intussen geeft de betekenis, die algemene rechtsbeginselen in de rechtspraak van het Hof hebben gekregen, aanleiding tot belangwekkend wetenschappelijk onderzoek naar Europese ius commune-ontwikkelingen. Een belangrijke rol spelen algemene

rechtsbeginselen in de ontwikkeling vanuit de voorrang en de rechtstreekse werking naar effectieve rechtsbescherming, die telkens nadere eisen stelt aan het nationale procesrecht.

28. Een eigen categorie onder de gemeenschapsrechtelijke algemene rechtsbeginselen wordt gevormd door de grondrechten. Aanvankelijk 'ontleend' aan de gemeenschappelijke tradities van de lidstaten dienaangaande, het EVRM en andere internationale instrumenten, wordt in de rechtspraak van het Hof en het Gerecht sinds enige tijd rechtstreeks toepassing gegeven aan het EVRM. Deze praktijk heeft inmiddels bevestiging gevonden in artikel 6, tweede lid, Unieverdrag (Foud). Aangezien dit het domein van mijn mede-*preadviseur* is, volsta ik met vermelding van enkele opmerkelijke recente toepassingen van artikel 6 EVRM.

Een eerste betreft de weigering van de Commissie om toegang te geven tot door haar in het kader van de samenwerking met nationale rechters voor de toepassing van het mededingingsrecht, aan nationale rechters gezonden brieven. In zijn arrest construeerde het Gerecht een uitzondering op het beginsel van openbaarheid van documenten van de Commissie door met verwijzing naar artikel 6 EVRM te overwegen dat het recht van eenieder op een eerlijke behandeling van zijn zaak mede inhoudt dat het de nationale rechter, aan wie de begeerde correspondentie gericht was, vrij moet staan zijn eigen procesregels toe te passen op het vlak van de vertrouwelijkheid van dossierstukken (T-83/96).

Voorts gaf het Hof onlangs voor het eerst toepassing aan het beginsel van de redelijke termijn ten aanzien van een arrest van het Gerecht in een kartelzaak. Als genoegdoening voor de als buitensporig lang aangemerkte procedure, die tot dat arrest had geleid, werd de opgelegde geldboete verlaagd (C-185/95 P).

PREJUDICIËLE RECHTSEENHEID: FEITEN EN RECHT

3.1 Algemene opmerkingen

29. Nationale rechters beschikken in de prejudiciële procedure van artikel 234 EG (177 oud) en equivalenten in andere EU-verdrags- en protocolteksten over een uniek hulpmiddel om hun interface-functie tussen de burger en de Europese instituties te vervullen. Afgezien van enkele in par. 1.2 vermelde varianten in een drietal verwante organisaties, onderscheidt het gerechtelijk systeem van de EU zich daarmee nadrukkelijk van andere internationale organisaties die een rechtsprekende functie kennen. De primaire functie van de prejudiciële procedure is – zoals bekend – de eenheid in de toepassing van het gemeenschapsrecht te waarborgen. Daarnaast heeft de procedure – en daarmee het Hof van Justitie – een wezenlijke functie vervuld voor de opbouw van de communautaire rechtsorde, voor de integratie van het EG-recht in de nationale rechtsorden en de juiste afbakening van beide componenten, alsmede voor de ontwikkeling van de rechtsbescherming van particulieren in de gemeenschappelijke orde.

30. Nederlandse rechters hebben van meet af aan met een zeker elan aan de procedure deelgenomen en zij doen dat nog steeds. Met een ruw door de bank genomen gemiddelde van een kleine 20 prejudiciële verwijzingen per jaar over de laatste twaalf jaren – met een uitschieter tot 43 in 1993 en dips naar 13 in 1994 en 10 in 1996 – bevinden zij zich iets aan de bovenkant van het gemiddelde van de lidstaten. Nu zeggen zulke kwantitatieve gegevens op zichzelf erg weinig. Hooguit kan worden vastgesteld dat zowel vanuit Nederland als uit andere lidstaten de bijdrage van lagere rechters relatief groot is. In Nederland is de verhouding over de hele linie van algemene en gespecialiseerde rechtspraak ongeveer fifty-fifty, waarbij het beeld enigszins vertekend wordt doordat enkele hoogste bestuursrechters in eerste en laatste instantie rechtspreken. Ook valt op dat de organisatie van de rechtspraak in de lidstaten een belangrijke rol speelt.

31. Uit landen, waar een min of meer gespecialiseerde bestuursrechtspraak bestaat op terreinen waar het gemeenschapsrecht ver ontwikkeld is, zoals Duitsland en Nederland, zijn verhoudingsgewijs meer prejudiciële verzoeken afkomstig dan uit landen waar dat niet het geval is. Het gaat daarbij om terreinen waarop het gemeenschapsrecht zich nadrukkelijk manifesteert, zoals het landbouw- en douanerecht. Zo ook hebben verwijzingen van belastingrechters gewoonlijk betrekking op BTW-vraagstukken. De rechtstreekse invloed van vrij verkeersbepalingen op de directe belastingen heeft eerst in recenter jaren tot enkele verwijzingen aanleiding gegeven. In Nederland is ongeveer 70% van de verwijzingen afkomstig van gespecialiseerde bestuursrechters. Burgerlijke en strafrechters verwijzen dus aanzienlijk minder.

Daarin schuilt een aanwijzing dat de integratie van het gemeenschapsrecht in de nationale rechtspleging soepeler verloopt op gebieden, waar het nadrukkelijk en exclusiviteit opeisend aanwezig is, dan in situaties waarin de niet steeds even voorspelbare gevolgen van de verkeersvrijheden of het mededingingsrecht aandacht vragen. De aantallen gepubliceerde uitspraken van burgerlijke en strafrechters, waarin het gemeenschapsrecht aan de orde komt, wekken – anders dan de eerdervermelde enquêteresultaten suggereren – niet de indruk dat het gemeenschapsrecht voor die rechters nu zoveel minder in 't spel is. Wel zou men kunnen denken dat de toepassing van materies als de EG-merkenrichtlijn en het EEX-Verdrag – en dus ook de verwijzing van prejudiciële vragen daaromtrent – dichterbij de rechterlijke ervaringswereld liggen dan, bijvoorbeeld, de analyse van de gevolgen van artikel 28 EG (30 oud) voor een vergunningstelsel voor de sloop van autowrakken of die van een beroep op artikel 81 EG (85 oud) voor een naar nationaal recht vertrouwde contractuele verhouding.

32. Het is niet mijn bedoeling hier in te gaan op vorenvermelde functies of de Nederlandse rechtspraak ter zake in al zijn geleidingen te evalueren. Het is evenmin nodig om de procedure-modaliteiten en de Europese rechtspraak terzake uiteen te zetten. Over al deze aspecten is een overvloed aan literatuur verschenen. Eerder zou ik de aandacht willen vestigen op een aantal punten die van belang zijn met betrekking tot de praktische

doeltreffendheid van het prejudiciële mechanisme en enige suggesties dienaangaande willen formuleren.

3.2. Ontvankelijkheidseisen

33. Naar klassieke opvatting behelst de prejudiciële procedure een vorm van rechterlijke samenwerking, waarbij de nationale rechter en het Hof van Justitie – elk volgens zijn eigen competentie – geroepen zijn om rechtstreeks en wederzijds bij te dragen tot het vinden van een beslissing waardoor de uniforme toepassing van het gemeenschapsrecht in alle lidstaten wordt gewaarborgd (16/65). De verhouding tussen het Hof en de nationale rechter is niet hiërarchisch, maar complementair. De taakverdeling komt hierop neer dat de nationale rechter de probleemstelling formuleert, d.w.z. de relevante feiten vaststelt, alsmede zonodig het in geding zijnde nationale recht omschrijft, en beoordeelt of en welke vragen van gemeenschapsrecht met het oog op de beslechting van het geschil beantwoording behoeven. De competentie van het Hof strekt tot het geven van een rechtsoordeel over de voorgelegde vragen omtrent interpretatie of geldigheid. Aan dat rechtsoordeel is de verwijzende rechter, en met hem andere rechters die nog van de hoofdzaak mochten kennismaken, op zijn beurt gebonden bij de toepassing ervan in het concrete geval. In theorie is dus de verwijzende rechter exclusief bevoegd ten aanzien van het onderzoek van de feiten en het nationale recht, terwijl het Hof in laatste instantie exclusief bevoegd is om de juiste uitleg en/of geldigheid van gemeenschapsrecht te beoordelen. In dit verband werd en wordt ook wel het onderscheid uitlegging en toepassing van gemeenschapsrecht gehanteerd.

34. In de praktijk is alras gebleken dat deze bevoegdheidsonderscheidingen dikwijls niet eenvoudig te maken zijn. Zeker, het Hof pleegt toepassingsvragen of rechtstreekse vragen naar de verenigbaarheid van nationaal recht in abstracte termen te herformuleren. Anderzijds wordt de beantwoording van vragen zoveel mogelijk toegesneden op de omstandigheden van het concrete geval, om een zo doeltreffend mogelijke bijdrage te leveren tot de beslechting van het geschil voor de nationale rechter. Daartoe is vereist dat laatstgenoemde het feitelijk en juridisch

kader van dat geschil uiteenzet en inzicht verschaft in de gedachtesgang, die hem geleid heeft tot het oordeel dat beantwoording van de gestelde vragen noodzakelijk is voor de beslechting daarvan. Suggesties van deze strekking, overigens al sinds jaar en dag in de rechtspraak terug te vinden, zijn eind 1996 voor 't eerst samengebracht in door het Hof opgestelde 'Wenken voor de indiening van prejudiciële verzoeken door de nationale rechters'. Deze sluiten aan bij een begin jaren negentig meer systematisch ingezette praktijk om verwijzingen, waarin de grondslag en de probleemstelling onvoldoende zijn toegelicht om een doeltreffende beantwoording van de opgeworpen vragen mogelijk te maken, niet-ontvankelijk te verklaren.

35. Tot dan toe had het Hof zulke situaties uiterst behoedzaam en omzichtig benaderd en slechts in enkele uitzonderlijke gevallen vragen onbeantwoord gelaten, naar te veronderstellen valt uit hoffelijkheid en om nationale rechters niet kopschuw te maken. In de sindsdien tot enige tientallen aangegroeide niet-ontvankelijkverklaringen komen met enige regelmaat situaties terug, waarin een serie voor de verwijzende rechter afgeschoten gemeenschapsrechtelijke losse flodders eenvoudig wordt doorgeschoven naar het Hof. Naar aanleiding van een niet nader toegelichte vraag, of het voorbehouden van sommige tv-kanalen aan de overheid verenigbaar is met artikel 82 EG (86 oud), oordeelde het Hof dat de uit het dossier en de schriftelijke opmerkingen blijkende informatie zo fragmentarisch was dat het, bij gebreke van voldoende kennis van de feiten van het hoofdeding, niet in staat was om de vermelde bepaling uit te leggen in verband met de situatie, die voorwerp was van dat geding (C-320/90 en 322/90). In *La Pyramide* vroeg een Franse rechter-commissaris in een zogenoemde gerechtelijke herstelprocedure in aansluiting op een tweetal eerdere arresten over de mededingingsrechtelijke waardering van een stelsel van vergoeding van muziekauteursrechten een lange reeks nadere preciseringen, waarvan het Hof moest vaststellen dat sommige geen verband hielden met het bij de verwijzende rechter aanhangige geding, andere verwezen naar niet overgelegde stukken en weer andere de feiten, die de vragen rechtvaardigen, in het midden lieten (C-378/93). In een derde geval werd in het kader van een strafvervolgung wegens tabaksmokkel gevraagd om uitleg van een

lange reeks verdragsbepalingen, onder meer over vrij goederenverkeer, nationale monopolies, mededinging en openbare ondernemingen, zonder precisering van de monopolies, zoal relevant voor de beslissing in de hoofdzaak, en zonder verduidelijking waarom de Spaanse wetgeving onverenigbaar zou zijn met de vermelde bepalingen (C-167/94). Meer algemeen pleegt het te gaan om gevallen, waarin zonneklaar is dat een zinvolle behandeling en beantwoording van de opgeworpen vragen op de grondslag van de beschikbare gegevens niet mogelijk is.

Van een andere orde en meer uitzonderlijk zijn de gevallen, waarin een vraagpunt wordt voorgelegd dat in het hoofdgeding niet in geschil is. Aangezien een antwoord dan niet noodzakelijk is voor de beslissing in het hoofdgeding, is zo'n verzoek eveneens niet-ontvankelijk (C-83/91).

36. Constante rechtspraak wijst erop dat een deugdelijke inrichting van de verwijzingsuitspraak niet alleen voor het Hof zelf van belang is. De lidstaten en de Gemeenschapsinstellingen, die aan de procedure kunnen deelnemen, mochten ook in staat zijn met kennis van zaken opmerkingen in te dienen. Daartoe wordt de verwijzingsuitspraak in alle andere officiële EG-talen vertaald. Aangezien noch het nationale procesdossier, noch de bijlagen bij de verwijzing vertaald worden, is het volgens vorenvermelde 'wenken' dus van belang dat alle relevante informatie in de verwijzingsuitspraak zelf staat. Inderdaad klagen lidstaten en instellingen geregeld over te summiere verwijzingsuitspraken.

In de zaak Van der Kooy (C-181/97), over de vraag of over een schip van herkomst uit het vrije verkeer van de Nederlandse Antillen BTW bij invoer verschuldigd is, dan wel van intra-communautaire verwerving moet worden uitgegaan, achtte de Franse regering het verzoek niet-ontvankelijk, omdat uit het verwijzingsarrest niet was op te maken waarom de Hoge Raad als vaststaand aannam dat het oorspronkelijk in Nederland gebouwde schip van herkomst uit de Nederlandse Antillen was. Het Hof vond de verwijzing ook wel zeer beknopt, maar oordeelde dat het zich in beginsel moest baseren op de premissen, die de verwijzende rechter bewezen achtte.

37. In de literatuur is hier en daar kritisch gereageerd op de nieuwe praktijk om aan prejudiciële verwijzingen ontvankelijk-

heidseisen te stellen. Erkend wordt wel dat het Hof, als iedere rechter, bevoegd is zich van zijn eigen competentie te vergewissen, maar er worden ook tekenen in gezien van een trendbreuk ten opzichte van de hierboven aangeduide, klassieke bevoegdheidsverdeling. Door te controleren of beslissing van de voorgelegde vragen noodzakelijk is voor de beslechting van de hoofdzaak, zou het Hof zich begeven in het exclusieve domein van de verwijzende rechter. Bovendien zou niet-ontvankelijk verklaren van onvoldoende toegelichte verwijzingen een oneigenlijke vorm van instroombeperking opleveren, die de zo gekoesterde prejudiciële samenwerking in gevaar brengt.

Nu is het probleem van de aan verwijzingsuitspraken te stellen eisen zo oud als de procedure zelf. Nieuw is alleen de vereenvoudigde wijze van afdoening, bij beschikking, in gevallen waarin een zinvolle behandeling van de gestelde vragen en een nuttige beantwoording ervan met het oog op de beslissing van de hoofdzaak, kennelijk onmogelijk is. Bij de huidige omvang van de prejudiciële praktijk van het Hof zou een instroombeperking een mooi neveneffect zijn; hoofddoel is het dunkt mij niet en van de omvang ervan moet men zich ook niet te veel voorstellen.

Achter het verschijnsel van de kennelijk niet-ontvankelijke verwijzingen gaat echter een probleem schuil dat van fundamenteeler betekenis is voor een doeltreffende werking van de prejudiciële procedure.

3.3 Een cassatie-analoge benadering

38. Welbeschouwd is het prejudiciële incident een onnatuurlijke ingreep in het rechterlijke besluitvormingsproces. In het onderhavige verband vat ik dit op als selectie van de relevante feiten en opsporing van de daarbij passende uitlegging van de toepasselijke regels in een ambachtelijk proces, waarin beide componenten nauw verweven zijn. Het prejudiciële mechanisme knipt dit proces in twee afzonderlijke stukken, terzake waarvan twee verschillende rechters bevoegd zijn. Zo bezien staat de klassieke taakverdeling tussen het Hof en de nationale rechter haaks op het proces van rechterlijke besluitvorming, met alle risico's van misverstanden en incongruenties van dien. In zijn bijdrage aan de bundel *Ondernemingsrecht in internationaal perspectief* betwijfelt Ouwerkerk dan ook of de prejudiciële procedure een

geschikt instrument is om de uniforme toepassing van een te ontwikkelen European civil code te waarborgen: 'in matters of civil law the points of law should not be detached from the questions of fact; both elements should be reviewed when expressing a legal view.' Op andere rechtsgebieden is dat, dunkt mij, niet heel anders.

39. Om op het spoor te komen van de eisen die een doeltreffende rechterlijke besluitvorming stelt aan de bijdrage van de nationale rechter in het prejudiciële proces, heb ik wel eens de stelling verdedigd dat de prejudiciële procedure maar beter kan worden afgeschaft. Sommige lidstaten kennen ook in nationaal verband wel prejudiciële procedures. Het meest gangbaar is echter een postjudiciële, tot rechtsvragen beperkte voorziening in cassatie, zoals die met de oprichting van het Gerecht van eerste aanleg ook in de communautaire rechterlijke organisatie ingang heeft gevonden. 'Postjudicieel' betekent in dit verband dat een afgeronde uitspraak van de rechter a quo voorligt; 'tot rechtsvragen beperkt' brengt mee dat voor nader feitenonderzoek geen plaats is, evenmin als in de prejudiciële procedure, en dat alleen de rechtsoordelen van de rechter a quo ter discussie staan. De toetsing in cassatie blijft niet beperkt tot een abstracte uitleg van het toepasselijke recht, maar pleegt zich mede uit te strekken tot de juridische kwalificatie van de feiten. Een niet te onderschatten verschil met de prejudiciële procedure schuilt daarin dat in laatstbedoeld geval van de verwijzende rechter niet per se een afgeronde redenering wordt verlangd, maar alleen signalering van een, gelet op de feiten, relevante rechtsvraag, waarvan hij de beantwoording denkt nodig te hebben voor de beslechting van het geschil. Een tweede, theoretisch, verschil is dat de juridische kwalificatie van de feiten en/of de gemeenschapsrechtelijke kwalificatie van in geding zijnde regels van nationaal recht niet pleegt te worden gerelateerd tot de competentie van de Europese rechter, maar tot het domein van de nationale rechter. Vervanging van de prejudiciële procedure door een rechtstreekse Europese rechtsvragenvoorziening van elke nationale rechterlijke beslissing, die toepassing geeft aan gemeenschapsrecht, zoals ook door Jarvis voorgesteld in zijn eerderevermelde studie, levert dus een heel ander beeld op van de taakverdeling tussen de Europese en de nationale rechter.

40. Voor de goede orde merk ik meteen op dat het idee van een rechtstreekse Europese rechtsvragenvoorziening van nationale uitspraken aantrekkelijk kan voorkomen uit het oogpunt van rechterlijke besluitvorming. De beslissing om zodanige voorziening te vragen en dus de ermee gemoeide tijd en kosten ervoor over te hebben komt bovendien daar te liggen waar deze in een volwassen stelsel thuis hoort, te weten bij de meest gereede partij zelf in plaats van bij de rechter. Daartegenover staan echter zodanige obstakels dat bepleiten van die optie niet erg realistisch is. In de eerste plaats zou de introductie van een formele hiërarchische verhouding tussen het Hof van Justitie en nationale rechters op zichzelf al onoverkomelijke bezwaren oproepen. In de tweede plaats zou, als meest voor de hand liggend praktisch bezwaar, een ongelimiteerde openstelling van zodanige voorziening een in internationaal en vooral meertalig verband nauwelijks te organiseren apparaat voor de schifting van kaf en koren vereisen. Het idee wordt hier dan ook slechts ten tonele gevoerd als instrument om de gedachten ten aanzien van de doeltreffendheid van het prejudiciële stelsel nader te bepalen.

41. Aan de communautaire kant van de prejudiciële medaille is het verschil met cassatierechtspraak, daarin bestaand dat de kwalificatie van feiten en/of nationaal recht naar gemeenschapsrecht tot het domein van de nationale rechter behoort, sterk te relativiseren. Het is weliswaar vaste praktijk van het Hof om vragen, die rechtstreeks zien op toepassing van EG-recht op de feiten of op de verenigbaarheid van een nationaal voorschrift of bestuurspraktijk, in abstracte termen te herformuleren. Bij de beantwoording van voldoende precieze vragen pleegt de abstractie echter flinterdun te zijn. In sommige gevallen, waarin het onderscheid tussen uitlegging en toepassing niet goed te maken is, zoals de indeling van producten in postonderverdelingen van het gemeenschappelijk douanetarief, wordt de abstractie geheel losgelaten. In andere gevallen hangt de benadering sterk af van de nauwkeurigheid van de gestelde vraag en de beschikbaarheid van feitelijke informatie. Zijn die onvoldoende, dan moet ermee worden volstaan de nationale rechter de uitleggingscriteria mee te geven, die hem in staat moeten stellen nader te verifiëren of in het concrete geval aan de vereisten van de ingeroepen regel

van gemeenschapsrecht is voldaan. Is de informatie voldoende dan aarzelt het Hof niet zelf te kwalificeren.

42. Een voorbeeld, onder vele andere, geeft het arrest *Alpine Investment* (C-384/93), waarin het Hof niet alleen de vraag beantwoordde of het in een vergunningvoorschrift vervatte verbod op 'cold calling' bij bemiddeling in effectentransacties binnen de werkingssfeer van artikel 49 EG (59 oud) viel, maar ook volledig naging of de daartoe ingeroepen rechtvaardigingsgronden voldeden aan de daartoe te stellen evenredigheidseisen. In de recentere arresten *British Telecom* (C-392/93) en *Brinkmann Tabakfabriken* (C-319/96) over aansprakelijkheid van lidstaten voor onjuiste uitvoering van richtlijnen, valt op dat het Hof zelf toetst of aan de gemeenschapsrechtelijke vereisten voor zodanige aansprakelijkheid is voldaan. In beide gevallen kwam het tot de conclusie dat de door de betrokken lidstaten gevolgde opvatting van de richtlijn niet kennelijk in strijd was met letter of doel van het gemeenschapsrecht en dus niet tot aansprakelijkheid kon leiden. In de hiervoor uiteengezette opvatting van het prejudiciële proces analoog aan cassatierechtspraak, is met deze benaderingen niets mis.

43. De grootste moeilijkheid voor een cassatie-analoge benadering van het prejudiciële proces doet zich voor aan de zijde van de nationale rechter. De aan verwijzingen te stellen vereisten strekken ertoe dat de nationale rechter een begin maakt met het proces van selectie van feiten en regels, om zo de communautaire rechtsvraag op het spoor te komen, waarvan beantwoording nodig is voor de eindbeslissing. Voor een werkelijk doeltreffende overneming van de behandeling van die rechtsvraag door het Hof, ligt het voor de hand dat de verwijzende rechter zijn rechtsvindingsexercitie volledig afmaakt, zodat voor het Hof zijn communautaire rechtsoordelen ter discussie staan. Alleen dan wordt, dunkt mij, het risico van 'accidents de parcours' tot een minimum beperkt.

3.4 Onrijpe verwijzingen

44. De eerder aangeduide theoretische taakverdeling tussen het Hof en de nationale rechter kan er gemakkelijk toe leiden

dat de laatste zich minder betrokken voelt bij de communautaire component van de gedeelde rechterlijke besluitvorming. Voss, de oud-president van het Finanzgericht Hamburg, heeft er meermalen op gewezen dat Duitse rechters zich niet alleen laten weerhouden van de prejudiciële samenwerking door onwetendheid en door de tijdsduur van het incident, maar, wanneer zij er wel aan toekomen, ook nogal eens onvolledig en onduidelijk zijn in hun uiteenzetting van de feitelijke en juridische achtergrond van de verwezen vragen. Voor Nederland is de situatie niet anders. Zelf heb ik daarbij wel bespeurd dat de omstandigheid, dat de beslissing van een eenmaal opgespoord vraagpunt aan een ander gremium moet worden overgelaten, de professionele animo van verwijzende rechters om het tijdrovende onderzoek te verrichten, dat doorgaans voor de oplossing nodig is, niet vergroot. Daarbij komt in een cassatie-analoge benadering, die ik hier bepleit en die een afgerond oordeel verlangt, het risico dat een dergelijk afgerond oordeel door het Hof niet wordt gevolgd. Toch komt het mij voor dat in een volwassen stelsel van prejudiciële samenwerking onkunde, afzijdigheid en risicomijding niet meer kunnen worden aanvaard en dat in de nabije toekomst dan ook veel meer onrijpe verwijzingen tot terugverwijzing aanleiding zullen moeten geven. Enkele voorbeelden kunnen dit illustreren.

45. In een van de zaken waarin een zognoemd 'securitelverweer' aanleiding gaf tot verwijzing, werd de vraag voorgelegd of een PVV-Verordening aanmeldingsplichtige technische voorschriften bevat. A.-G. Léger komt in zijn conclusie in deze zaken tot de slotsom dat de 'onderhavige nationale maatregelen' in het kader van een andere richtlijn zijn aangemeld en door de Commissie goedgekeurd, zodat zij ingevolge artikel 10 van de 'securitel' richtlijn niet nog eens behoeften te worden aangemeld. Uit de conclusie blijkt niet ondubbelzinnig of de eerste aanmelding nu de PVV-Verordening betreft of maatregelen krachtens de Diergeneesmiddelenwet. Hoe dat ook zij, een én ander is te rekenen tot het feitelijk vooronderzoek, dat tot het domein van de verwijzende rechter behoort. Zijn de bevindingen van A.-G. Léger juist, dan is de gestelde vraag zonder voorwerp en komt de verwijzing in aanmerking om onbeantwoord te worden teruggestuurd (C-425/97 en C-427/97). Het geval vertoont enige ge-

lijkenis met de zaak Zabala (C-422/93 en C-424/93). In die zaak veranderde de feitelijke grondslag van de vragen, over weigering van werkloosheidsuitkeringen aan Baskische grensarbeiders, hangende de procedure voor het Hof in die zin dat in zulke uitkering alsnog werd voorzien. Het Hof besliste dat het alleen bevoegd was, wanneer de nationale rechter zou vaststellen dat het punt van geschil nog actueel was.

46. In een tweede zaak naar aanleiding van een securitelverweer (C-226/97) werd de vraag gesteld of een verdachte, die terechtstaat wegens overtreding van artikel 8, tweede lid, onder a, WvW 1994, zich met vrucht kan beroepen op de verplichting de Regeling ademanalyse buiten toepassing te laten, aangezien deze niet ingevolge richtlijn 83/189/EEG bij de Commissie was aangemeld. Blijkens de conclusie van A.-G. Fennelly heeft de Commissie voor het Hof gesuggereerd dat deze verwijzing zo gebrekkig was ingericht dat zij niet-ontvankelijk kon worden verklaard en alleen afgeraden dit te doen vanwege het belang duidelijkheid te verkrijgen over de draagwijdte van de aanmeldingsplicht. De eerste vraag, zo laat het arrest zien, is natuurlijk of de Regeling wel technische voorschriften in de zin van de richtlijn bevat. Opvallender is echter dat de vraag, zoals hiervoor weergegeven, geheel aan het Hof overlaat te bedenken waarom de kwestie in de context van het nationale strafproces relevant zou kunnen zijn. Van de noodzaak op het opgeworpen punt een beslissing te verkrijgen om het geschil te kunnen beslechten, blijkt geen spoor in het verwijzingsvonnis. Het is het Hof dat de vraag herformuleert tot deze: of de richtlijn aldus moet worden uitgelegd dat niet-naleving van de aanmeldingsplicht tot gevolg heeft dat bewijs verkregen door middel van een volgens de niet-aangemelde Regeling goedgekeurd ademanalyse-apparaat niet kan worden gebruikt tegen een verdachte, die terechtstaat wegens rijden onder invloed. Mogelijk is de verwijzende rechter gered door de opschudding over de toenmalige Securitel-affaire. Daarop wijst ook het feit dat de zaak, waarin twee lidstaten en de Commissie zijn tussengekomen en waarover het Hof zich plenair heeft gebogen, bij voorrang is behandeld en in de relatieve recordtijd van een jaar is afgedaan. Onder minder uitzonderlijke omstandigheden zou het voor de hand liggen de verwijzende rechter eerst opheldering te vragen.

47. Moeilijker is het geval, waarin de feitenvaststelling door de nationale rechter voor het Hof bestreden wordt. Een treffend voorbeeld geeft de zaak *Phytheron/Bourdon* (C-352/95) over de communautaire uitputting van een merkrecht op een product, dat volgens de verwijzingsuitspraak door een dochteronderneming van het merkhoudende concern in Turkije was vervaardigd en vervolgens ingevoerd in Duitsland, daar door *Phytheron* gekocht met het oog op levering aan *Bourdon* in Frankrijk. *Bourdon* annuleerde de bestelling op grond dat het product niet in Frankrijk in de handel kon worden gebracht zonder toestemming van de merkhouder. Voor het Hof werd, in tegenstelling tot de verwijzingsuitspraak, gesteld dat de betrokken partij in Duitsland was gefabriceerd en naar Turkije uitgevoerd, daar van de Turkse dochter van de merkhouder gekocht door een tussenhandelaar, die aan *Phyteron* verkocht. Dit verschil in feitelijke probleemstelling leidt tot een substantieel verschillende rechtsvraag. Waar een stoutmoedige cassatierechter onder omstandigheden wellicht nog kan inbreken in een zwak feitelijk oordeel om de juiste rechtsvraag te selecteren, restte het Hof niet anders dan zich te baseren op het verwijzingsvonnis. Het wees er daarbij op dat de merkhouder zelf geen partij voor de nationale rechter was en dus ook geen toegang had tot de procedure voor het Hof en dat bovendien de lidstaten en andere partijen, die in de prejudiciële procedure kunnen tussenkomen, zich uitsluitend op de verwijzingsuitspraak kunnen baseren. Het laat zich raden dat eerst na verdere feitelijke schermutseling voor de nationale rechter zal blijken of de gegeven prejudiciële beslissing noodzakelijk was voor de beslechting van het geschil. De alternatieve vraag of de richtlijn internationale uitputting van het merkrecht toelaat is overigens inmiddels ontkennend beantwoord in het arrest *Silhouette* (C-355/96).

48. Tot de categorie onrijpe feitelijke grondslag is ook te rekenen het vooral in de cassatierechtspraak wel voorkomende verschijnsel dat een mogelijk te verwijzen vraag rijst, doch onvoldoende feiten vaststaan om te kunnen beoordelen of de beantwoording noodzakelijk is voor de beslechting van het geschil. Het moge soms verleidelijk voorkomen een principiële vraag eerst aan het Hof voor te leggen en pas achteraf nader te (doen) onderzoeken of het antwoord relevant kan zijn voor de te nemen

beslissing. Uit het oogpunt van doelmatige prejudiciële rechtspleging komt dat echter ontoelaatbaar voor.

In de zaak van de roodvoorhoofdkanarie volgde de Hoge Raad de koninklijke weg. Hij vernietigde het rechtbankvonnis wegens gebrekkige motivering van de verwerping van het verweer dat deze niet in de EG, maar wel elders in Europa voorkomende en door de Vogelwet beschermde vogel, in Duitsland vrij verhandeld werd en derhalve in Nederland moest worden toegelaten. De enkele verwijzing naar artikel 30 EG (36 oud), zonder onderzoek van de aan te leggen driefvoudige rechtvaardigingstoets, was daartoe onvoldoende. Vervolgens instrueerde de Hoge Raad de verwijzingsrechter eerst te onderzoeken óf de vogel in Duitsland wel rechtmatig in het verkeer kon zijn gebracht, alvorens eventueel toe te komen aan prejudiciële verwijzing van de vraag of de uitzondering van artikel 30 (36 oud) op het vrije goederenverkeer, inzake bescherming van dieren, zich wel kan uitstrekken tot alleen in derde landen voorkomende vogels (2).

49. De eerder vermelde voorbeelden laten zien dat de praktijk van het Hof om verwijzingen, die een zinvolle beantwoording met het oog op de beslechting van het geschil voor de nationale rechter niet toelaten, niet-ontvankelijk te verklaren, nog van een zeer terughoudende benadering getuigt. Het komt veelvuldig voor dat verwijzende rechters onvoldoende rekenschap geven van de bijdrage, die van hen wordt verlangd, aan het gezamenlijke proces van gemeenschapsrechtelijke rechtsvinding. De opvatting van het prejudiciële mechanisme als een stelsel van onderscheiden bevoegdheden van de beide rechterlijke deelnemers, miskent de nauwe verwevenheid van eenieders functies in het proces van rechtsvinding. Zij laat vooral de nationale rechter ruimte om zich onvoldoende aan dat proces te committeren, met het gevolg dat van de zijde van het Hof van Justitie niet zelden een 'tour de force' nodig is om een nuttige bijdrage aan de beslechting van het geschil voor de nationale rechter te leveren.

50. Het vorenstaande voert tot twee conclusies.

Een eerste is dat de klassieke taakverdeling tussen de nationale rechter en het Hof van Justitie, wat betreft feitenonderzoek en

uitlegging en toepassing van gemeenschapsrecht, aan een effectieve prejudiciële rechtspleging in de weg blijkt te staan.

Een tweede is dat de logica van de rechterlijke besluitvorming, opgevat als een samenhangend proces van opsporing van relevante feiten en zoeken naar een daarop toegesneden uitleg van toepasselijke regels, vereist dat de nationale rechter het vooruitouw neemt in de samenhangende analyse van de nationale, feitelijke en juridische context van het voor hem aanhangige geding én het daarin aan de orde komende gemeenschapsrecht.

51. Aan een vruchtbare uitoefening door het Hof van zijn communautaire rechtsvormende taak heeft een en ander tot dusver niet in de weg gestaan. De gestage groei van het aantal verzoeken stelt echter hogere eisen aan de doeltreffendheid van het prejudiciële proces. Het lijkt mij dan ook zeer de vraag of met de thans ontwikkelde ontvankelijkheidseisen voor prejudiciële verwijzingen zal kunnen worden volstaan. Idealiter zouden nationale rechters het in hun verwijzingsuitspraken aangevangen proces van communautaire rechtsvinding geheel voltooien, zodat voor het Hof – analoog aan een postjudiciële cassatieprocedure – slechts aan de orde is de vraag of de door hem, desnoods in meerdere alternatieve oplossingshypothesen, ontwikkelde oordelen omtrent de gerezen gemeenschapsrechtelijke vraagpunten juist zijn. Daarbij zouden onder omstandigheden ook antwoorden passen met de strekking dat de voorgestelde oplossing onvoldoende grondslag in de feiten vindt, voorzien van een uitnodiging aan de verwijzende rechter om het probleem met inachtneming van nader aangegeven criteria opnieuw te bezien, of ook met de strekking dat de voorgestelde oplossing niet getuigt van een onjuiste communautaire rechtsopvatting. In elk geval komt het wenselijk voor dat in de procesregeling voor het Hof voorzieningen worden getroffen, die het mogelijk maken, alvorens de procedure zelf aanvangt, verwijzende rechters opheldering te vragen omtrent de feitelijke grondslag en de motieven en bij uitblijven van toereikende nadere gegevens de verwijzing buiten behandeling te laten.

52. Volledigheidshalve merk ik nog op dat prejudiciële vragen omtrent de geldigheid van Gemeenschapsbesluiten een enigszins andere benadering vergen. Zulke vragen rijzen voor de na-

tionale rechter als exceptie van onwettigheid in een procedure tegen een nationaal uitvoeringsbesluit. Aangezien de Gemeenschapsinstelling, die verantwoordelijk is voor de omstreden communautaire bepaling, geen partij is in het geding voor de nationale rechter, is niet op voorhand gegeven dat de feitelijke omstandigheden, tegen de achtergrond waarvan de betwiste bepaling moet worden gezien, voor de nationale rechter voldoende uit de verf komen. In de procedure voor het Hof wordt de betrokken instelling steeds in de gelegenheid gesteld haar zienswijze te geven en tegen de aantasting van de geldigheid van haar besluit verweer te voeren, ook voorzover dat van feitelijke aard is. De regel dat in de prejudiciële procedure geen plaats is voor feitelijk onderzoek, verdient in zoverre nuancering. Bovendien verliest de procedure in zoverre zijn niet-contentieuze karakter.

VOORLICHTING OF RECHTSEENHEID?

4.1. Uitgangspunten en algemene opmerkingen

53. De in het vorige hoofdstuk uiteengezette cassatie-analoge benadering vraagt nogal wat van nationale rechters. Zij zijn echter daadwerkelijk de eerstelijnsrechters voor de toepassing van het gemeenschapsrecht in de lidstaten. Het gaat daarbij niet meer om eerste verkenningen en evenmin om nieuwe rechtsfiguren, die voor het eerst in kaart moesten worden gebracht. Er is een stevig bestand aan vaste rechtspraak, zowel op het terrein van de verkeersvrijheden in de interne markt als op materiële deelgebieden en ten aanzien van de wijzen waarop aan daaruit voortvloeiende aanspraken bescherming is te verlenen. Zeker, het gemeenschapsrecht is verre van af en zal dat ook de komende decennia niet zijn. Dat neemt niet weg dat de tijd voorbij is, dat de prejudiciële procedure mede dienst kon doen als middel tot voorlichting van nationale rechters over de stand van de ontwikkeling van dit recht. De strekking van de procedure is de eenheid en de uniforme toepassing van het gemeenschapsrecht te waarborgen. Daarvan maakt deel uit dat telkens nieuwe vragen, die voor de ontwikkeling van dat recht van belang zijn, kunnen worden opgeworpen. Daartoe behoort niet dat om voorlichting wordt gevraagd, die uit bestaande rechtspraak kan worden afgeleid, of vragen worden gesteld, die – in de termen van artikel 101a RO – voor de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling niet van belang zijn.

54. Van wezenlijk belang is in dit verband de keuze van de juiste probleemstelling. In de eerder vermelde zaak Terhoeve (C-18/95) was aan de orde de verenigbaarheid met artikel 39, lid 2, EG (48, lid 2, oud) van de 'Oort'-wetgeving, voorzover deze ertoe leidt dat een werknemer, die een deel van het jaar in een andere lidstaat heeft gewerkt, meer dan de maximumpremie volksverzekeringen moet betalen. Blijkens zijn vragen ging de verwijzende rechter er vanuit dat bedoelde bepaling alleen discriminatie van onderdanen van andere lidstaten verbiedt. Hij

knoopte daarmee aan bij de irrelevante stelling van de inspecteur dat bijna de helft van de buitenlandse belastingplichtigen Nederlands onderdaan is. Het betoog van de inspecteur steunde kennelijk op de veronderstelling dat wanneer niet komt vast te staan dat het regiem in hoofdzaak onderdanen van andere lidstaten benadeelt, van onverenigbaarheid geen sprake kan zijn. Nadat het Hof eenmaal, onder verwijzing naar vaste rechtspraak, had vastgesteld dat elke belemmering van het recht op vrij verkeer, ook voor eigen onderdanen, met de ingeroepen bepaling in strijd is, konden ook de overigens opgeworpen vragen in hoofdzaak met verwijzing naar bestaande jurisprudentie worden opgelost.

55. In de rechtspraak van het College van Beroep voor het bedrijfsleven komt één mij van nabij bekend geval voor, waarin het College zelfstandig weigerde de door de Commissie en het verwerende bestuursorgaan verdedigde uitleg van een Commissieverordening te volgen. Het ging om het vervallen van zogenoemde inschrijvingswaarborgen in het kader van een eenmalige openbare verkoop van boter uit EG-interventievoorraden, voor uitvoer naar de voormalige Sowjet-Unie. Het College vond geen termen om ter zake prejudiciële vragen te stellen, nu niet was gebleken dat de uitleg van deze eenmalige regeling in enige bij een andere rechter aanhangige zaak aan de orde was (6). Betoogd zou kunnen worden dat het College daarmee als hoogste, verwijzingsplichtige rechter inbreuk maakte op de exclusieve bevoegdheid van het Hof om de juiste uitleg van de regeling vast te stellen. Het College koos echter als uitgangspunt de vraag of niet-verwijzen de rechtseenheid in gevaar zou kunnen brengen. In de enige zaak naar aanleiding van een eenmalige regeling leek dat niet het geval. Deze benadering van het College lijkt een toepassing 'avant la lettre' van een heroriëntatie op de taken van nationale rechters en het Hof van Justitie, die hierna zal worden besproken.

4.2. Heroriëntatie op taakverdeling

56. In zijn conclusie in de zaak Wiener (C-338/95) heeft A.-G. Jacobs gepleit voor een heroriëntatie op de taakverdeling tussen het Hof en de nationale rechters. Hij wijst erop dat in de tot

dusver gehanteerde benadering een praktisch onbeperkt aantal uitleggingsvragen op het Hof afkomt en dat het Hof tegen een dergelijke werklast niet opgewassen is.

De zaak Wiener zelf illustreert als geen andere het dilemma. De zaak betrof de uitleg van de douanetariefpostonderverdeling 'nachthemden'. Het Bundesfinanzhof had eerder beslist dat als nachthemden alleen zijn aan te merken kledingstukken, die uitsluitend bestemd zijn om als nachtkleding te worden gedragen. De Commissie had die enge uitleg in een zogenoemde indelingsverordening bevestigd. Het Hof had intussen in een andere zaak beslist dat het objectieve kenmerk, waarvan voor indeling van een goed als 'pyjama' moet worden uitgegaan, moet worden gezocht in het gebruik ervan als nachtkleding, maar daartoe ook gerekend combinaties, die niet uitsluitend, doch hoofdzakelijk daartoe worden gebruikt. Wordt het nachthemd, dat ook wel als vrijetijdskleding kan worden gedragen, nu 'japon', zoals de Duitse douane nader besliste, of volgt het de pyjama-oplossing?

57. A.-G. Jacobs acht het onmogelijk dat het Hof blijft streven naar volledige beantwoording van alle prejudiciële vragen, die door vindingrijke advocaten en rechters als uitleggingsvragen worden voorgeschoteld, terwijl het in een concreet geval eerder om rechtstoepassing dan om uitlegging gaat. Meer verzoeken niet-ontvankelijk verklaren zou echter niet de juiste reactie zijn. Zijn pleidooi strekt tot een grotere mate van zelfbeperking, zowel bij nationale rechters als bij het Hof.

In zijn benadering zou het Hof op gebieden waar een vaste rechtspraak is ontwikkeld, op nadere vragen van nationale rechters moeten volstaan met niet-specifieke antwoorden, die alleen de in de vaste rechtspraak geformuleerde uitleggingsbeginselen en -regels herhalen en de beslissing van het concrete probleem aan de nationale rechter overlaten. In die opvatting berust de juridische kwalificatie van de feiten in het concrete geval geheel bij de nationale rechter. Zulke kwalificatie-vragen komen veel voor op de door de A.-G. genoemde gebieden, zoals tariefindeling van douanegoederen, de aanmerking van transacties als overgang van ondernemingen in de zin van de richtlijn die strekt tot bescherming van de rechten van werknemers (Richtlijn 77/187), en de indeling van transacties voor de berekening van de heffingsgrondslag in het kader van de zesde BTW-richtlijn.

Zoals in 3.2 aangegeven, hangt de benaderingswijze van het Hof in de praktijk sterk af van de wijze waarop de vragen zijn ingekleed en de feitelijke informatic, die daarbij is verstrekt. Uit het oogpunt van het rechtseenheidsbelang is het voorbeeld van de tariefindeling van douanegoederen niet het meest gelukkige. Müller-Eiselt, lid van het Bundesfinanzhof, heeft er terecht op gewezen dat uiteenlopende indelingsbeslissingen van nationale rechters onmiddellijk leiden tot verlegging van het handelsverkeer naar de lidstaat van de meest gunstige indeling. De gedachte van beperking van antwoorden tot algemene uitlegingscriteria en -beginselen, staat ook overigens op gespannen voet met de idee dat het niet tot de taak van het Hof hoort algemene adviezen voor hypothetische gevallen te geven. Signalen van deze strekking aan nationale rechters kunnen bovendien gemakkelijk het averechtse effect hebben dat laatstgenoemden afzien van de hiervoor zo bepleite verstrekking van informatie over het concrete, voor hen aanhangige geschil.

58. Overtuigender is het betoog van A.-G. Jacobs, waar hij aanstuurt op zelfbeperking aan de zijde van de nationale rechter. De niet-verwijzingsplichtige rechter is vrij in zijn oordeel of verwijzing opportuun is. Opportuun is verwijzing zeker, wanneer het een vraag van algemeen belang betreft, waarover in praktijk en doctrine in de lidstaten verschillende opvattingen bestaan. Verwijzing is in zijn opvatting niet op zijn plaats, wanneer vaste rechtspraak bestaat die zich zonder problemen voor toepassing leent of sprake is van een zeer specifiek probleem en het arrest buiten het concrete geval vermoedelijk geen toepassing zal vinden. De hiervoor vermelde CBB-uitspraak is daarvan een goed voorbeeld. In een evolutieve benadering van artikel 234 EG (177 oud) zou men, aldus A.-G. Jacobs, deze onderscheiding tussen vragen van algemeen belang voor de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling, enerzijds, en vragen waarover vaste rechtspraak bestaat of waarvan het belang het concrete geval niet lijkt te overstijgen, anderzijds, ook kunnen maken in gevallen, waarin voor hoogste rechters een verwijzingsplicht geldt. Strikte toepassing van de bekende Cifit-doctrine brengt mee dat alle vragen over gemeenschapsrecht, inclusief specifieke vragen beperkt tot een enkel geval, zoals het CBB-voorbeeld, door verwijzingsplichtige hoogste rechters aan het Hof moeten worden voorgelegd. In een

evolutieve benadering zou de Cilfit-doctrine beperkt kunnen worden tot vragen van algemeen belang voor de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling. Een dergelijke koerswijziging zou echter door het Hof zelf ingeleid moeten worden.

59. De volgende vraag is natuurlijk hoe men zulke overblijvende vragen van algemeen belang op het spoor komt, dat wil zeggen de vraag of er een methode te ontwikkelen valt om deze te identificeren. Voor de beantwoording van deze vraag kom ik terug bij de in 3.3 ten tonele gevoerde cassatie-analoge benadering. Daartoe is vereist dat de nationale rechter zelf aan de hand van bestaande rechtspraak en de daaruit bekende uitlegmethoden een oplossing van het voor hem gerezen probleem beproeft. Alleen wanneer bij deze analyse tenslotte een vraag van algemeen belang overblijft, die zelfs aan de hand van de uit de rechtspraak van het Hof bekende uitlegmethoden verschillende oplossingen toelaat, is het voor de beslechting van het geschil noodzakelijk die vraag aan het Hof van Justitie voor te leggen. Men zou kunnen zeggen dat in een zo toegespitste benadering de vraag naar de verwijzingsnoodzaak die naar de verwijzingsplicht à la Cilfit absorbeert. Het onderscheid tussen verwijzingsbevoegdheid en verwijzingsplicht vervaagt enigszins bij deze aanpak, omdat het in beide gevallen aankomt op een overtuigende motivering van de verwijzingsnoodzaak. De beperking van de Cilfit-doctrine wordt aldus gecompenseerd door een versterkte motiveringsplicht voor de nationale rechter ten aanzien van de verwijzingsnoodzaak. Het grote voordeel van deze methode is dat, ook wanneer de slotsom luidt dat verwijzing niet nodig is, een goed gemotiveerde zelfstandige toepassing van gemeenschapsrecht overblijft. Enkele voorbeelden kunnen dit illustreren.

60. Een eerste vraag, die de nationale rechter onder ogen heeft te zien, is of zich werkelijk een gemeenschapsrechtelijk probleem voordoet. Gelijktijdig met de eerderevermelde zaak Lemmens was voor de Hoge Raad een zaak aanhangig, waarin eveneens een beroep werd gedaan op de niet-toepasselijkheid van de Regeling ademanalyse, op grond dat deze regeling niet overeenkomstig de 'Securitel'-richtlijn bij de Commissie was aangemeld. Zoals wij hebben gezien (nr. 46) liet de verwijzende rechter in

de zaak Lemmens aan het Hof van Justitie over te beoordelen waarom de niet-aanmelding in de context van het nationale strafgeding relevant zou kunnen zijn. De Hoge Raad onderzocht deze vraag zelf en stelde vast dat noch wanneer de verdachte medewerking aan een ademtest weigert, noch wanneer hij medewerking daaraan verleent, van hem naleving wordt verlangd van de omstreden voorschriften inzake toegelaten testapparatuur. Nu die voorschriften geen toepassing vinden jegens een verdachte van weigering van medewerking aan een ademtest, staat het verzuim om de ontwerpen van die voorschriften in Brussel aan te melden niet in de weg aan de in het strafproces te nemen stappen van bewezenverklaring, kwalificatie en strafoplegging ten laste van die verdachte (7). De analyse van het Hof van Justitie in het arrest Lemmens sluit hierbij nauw aan. Het Hof overweegt dat de toepasselijke regels andere zijn dan die welke niet aan particulieren kunnen worden tegengeworpen. Aangezien het gaat om een analyse van wat in het desbetreffende nationale strafgeding aan de orde was, behoeft het geen verbazing te wekken dat de analyses van beide rechters synchroon lopen en evenmin dat de Hoge Raad besliste dat hiermee de kous af was. Eerst ná voormelde overweging maakt het Hof de overstap naar de communautaire kant van de analyse met de overweging dat de niet-toepasselijkheid van voorschriften, die het gebruik of de verhandeling verbieden van een product dat daaraan niet voldoet, niet betekent dat elk gebruik van een product dat aan die niet-toepasselijke voorschriften wel voldoet, zoals in dit geval door de overheid, onwettig wordt.

Beide arresten laten bij uitstek zien hoe nauw de analyse van de relevantie van een vraagpunt voor de beslissing van het concrete geval samenhangt met de analyse van de juiste uitleg van de ingeroepen gemeenschapsrechtelijke regel. Zij bevestigen voorts dat, wanneer het erop aankomt de gevolgen in de nationale rechtspleging nauwkeurig onder ogen te zien, het Hof een voorkeur toont voor een concrete toetsing. Bovendien blijkt dat het in de Nederlandse literatuur, zelfs in een regeringsstandpunt, uitvoerig besproken Schutznormvereiste voor de inroepbaarheid van richtlijn-bepalingen zich bij zo een concrete aanpak laat reduceren tot de vraag of de betrokken regel toepassing kan vinden. De regel dat een niet-aangemeld voorschrift buiten toepassing moet blijven, is immers zonder voorwerp wanneer in het

concrete geval het niet-aangemelde voorschrift niet wordt toegepast. Zij wordt eerst operationeel wanneer, bijvoorbeeld, in een gereguleerde sector een ondernemer wordt verhinderd een product te gebruiken, doordat hij ter zake van overtreding van het niet-aangemelde voorschrift wordt vervolgd of hem voor verhandeling of gebruik van het volgens het niet-aangemelde voorschrift niet-toegelaten product geen vergunning wordt verleend.

61. Het arrest *Hermès* (C-53/96) en de in aansluiting daarop door de President van de Haagse rechtbank in de zaak *Dior/Tuk* (8 en C-300/98) en door de Hoge Raad in de zaak *Assco/Layher* (9 en C-392/98) gestelde vragen over artikel 50 van het zogenoemde TRIPS-verdrag laten zien dat een niet volledig afgeronde analyse van de gerezen vraag het Hof van Justitie in het ongewisse kan laten omtrent de relevantie ervan. In het arrest *Hermès* had het Hof beslist dat een voorlopige voorziening in civiel kort geding is aan te merken als een voorlopige maatregel in de zin van voormeld artikel 50 om inbreuk op een intellectueel eigendomsrecht te beletten. Het Hof had zich echter niet uitgelaten over de rechtstreekse werking van bedoeld artikel 50, hoewel daarover een nogal principiële discussie was gevoerd. Vermoedelijk daartoe aangezet door die discussie, hebben beide voormelde rechters nu de vraag naar de rechtstreekse werking alsnog verwezen, zonder evenwel in te gaan op de relevantie daarvan. A.-G. Tesauro had er in zijn conclusie voorafgaand aan het *Hermès*-arrest al op gewezen dat niets zich ertegen schijnt te verzetten dat de bevoegdheden van de Nederlandse civiele kortgedingrechter aldus worden opgevat dat deze in volle omvang uitvoering kan geven aan artikel 50 TRIPS-verdrag, inclusief het stellen van een termijn om een bodemprocedure in te leiden. Zo bezien kan de Nederlandse rechter op grond van zijn eigen bevoegdheden als uitvoeringsvoorziening heel goed uit de voeten met artikel 50. Rechtstreekse werking, opgevat als onvoorwaardelijk en zonder voorbehoud toepasbaar, is dan niet meer aan de orde. Een overblijvende vraag zou, zo men wil, hooguit kunnen zijn: vereist de toepassing van artikel 50, in de internationale context ervan en gezien het gemengde karakter van het TRIPS-akkoord, specifieke communautaire en/of nationale uitvoeringsmaatregelen, die bijvoorbeeld kunnen voorzien in reciprociteitsvoorbehouden? Ge-

zien het Hermès-arrest lijkt dat een gepasseerd station. Of beogen de verwijzende rechters dat het Hof van het Hermès-arrest terugkomt?

62. Een volgende vraag is of bestaande rechtspraak, zelfs indien geen sprake is van een zogenoemde 'acte clarifié' omdat het probleem niet volstrekt identiek is, voldoende aanknopingspunten oplevert om het probleem op te lossen.

In het arrest Kruidvat/Lancôme (10) over heretikettering van cosmetische merkartikelen door een paracelhandelaar kon de Hoge Raad zich volledig baseren op het door hemzelf uitgelokte arrest van het Hof in de zaak Loendersloot/Ballantine (C-349/95). In deze zaak was inderdaad nader gepreciseerd in welke omstandigheden een merkhouders zich, met een beroep op artikel 30 EG (36 oud), sinds 1 januari 1993 artikel 7 van merkenrichtlijn 89/104/EEG, kan verzetten tegen zodanige heretikettering, in dat geval van alcoholische dranken.

In het arrest Marca/Adidas (11 en C-425/98) daarentegen meende de Hoge Raad niet voldoende grondslag te vinden in het arrest Sabèl/Puma (C-251/95) om het betoog van Marca te beoordelen. Dit betoog strekte ertoe vast te laten stellen dat het gerechtshof artikel 13A, eerste lid, onder b van de Beneluxmerkenwet onjuist had toegepast, omdat volgens het arrest Sabèl/Puma voor merkinbreuk associatiegevaar niet voldoende is, maar verwarringsgevaar in de zin van artikel 5, eerste lid, onder b, van de merkenrichtlijn nodig is, hetgeen het gerechtshof niet had vastgesteld. De Hoge Raad onderkende dat het Hof in het arrest Sabèl/Puma niet had uitgesloten dat een gelijkenis voortvloeiend uit een overeenstemmende begripsinhoud verwarring kan doen ontstaan, ingeval een ouder merk, bijzondere onderscheidingskracht bezit, zoals het gerechtshof voor het Adidas-merk had vastgesteld. Hij vond niettemin termen aanwezig om het Hof de nadere vraag voor te leggen of een verbod gerechtvaardigd is, wanneer de onderscheidingskracht van het merk zodanig is dat niet uitgesloten is dat de vastgestelde associatie verwarring kan doen ontstaan. In het arrest Sabèl/Puma had het Hof de in de merkenrichtlijn gehanteerde compromisformule tussen de Beneluxconceptie van associatiegevaar en de Duitse conceptie van verwarringsgevaar uitgelegd in het voordeel van de laatste. Men moet merkenrechtexpert zijn om te

kunnen vaststellen of deze verwijzing, wellicht mede in het licht van de implementatie van de richtlijn in het Beneluxrecht, beoogt nog enige ruimte te maken voor de Beneluxbenadering, althans voor bekende merken. In elk geval valt op dat geen aandacht wordt besteed aan het zes weken eerder gewezen arrest Canon/Metro (C-39/97), waarin het Hof de parallelle bepaling van artikel 4 van de merkenrichtlijn rechtstreeks aldus uitlegt dat voor producten of diensten, welke identiek of vergelijkbaar zijn, het onderscheidend vermogen van het oudere merk voldoende is om verwarringsgevaar te creëren. Veel ruimte voor de Beneluxmaatstaf lijkt dat niet meer te laten, zodat de vraag kan rijzen of de verwijzing niet veelmeer is ingegeven door vasthouden aan de Beneluxtraditie dan door werkelijke twijfel omtrent de juiste maatstaf.

63. Een stap verder nog gaan de benaderingen, die men wel terugvindt bij de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State en bij het College van Beroep voor het bedrijfsleven en waarin aan bestaande rechtspraak uitlegmethoden en toetsingsmaatstaven worden ontleend om zelf een beoordeling te beproeven.

In een uitspraak op een beroep tegen de weigering om krachtens de Wet op de kansspelen vergunning tot het organiseren van een speelcasino te verlenen, in het wettelijk stelsel voorbehouden aan de Stichting Holland Casino's, kon de Afdeling zich niet baseren op bestaande rechtspraak, toegesneden op het Nederlandse regiem. De Afdeling knoopte derhalve aan bij rechtspraak over het begrip onderneming in de zin van de artikelen 82 en 86 EG (86 en 90 oud) en over loterijdiensten, om te oordelen dat het Nederlandse regiem ziet op een economische activiteit, die onder voormelde mededingingsregels valt. Hij stelde echter vast dat misbruik van het wettelijk monopolie, dat op zichzelf een machtspositie oplevert niet aannemelijk was gemaakt (12).

Het College van Beroep voor het bedrijfsleven heeft niet alleen op het gebied van de communautaire landbouwmarktordeningen veelvuldig bestaande rechtspraak van het Hof geëxtrapoleerd met het oog op toetsing van de uitvoering en toepassing van EG-verordeningen, maatregelen getoetst aan de verdragsbepalingen inzake heffingen en maatregelen van gelijke werking,

steunmaatregelen en discriminerende belastingen, aanvankelijk enkele malen aan de hand van zelf uitgelokte prejudiciële arresten, later vooral door aanknoping bij reeds bestaande rechtspraak, uitgelokt door collega's uit andere lidstaten. Laatstelijk oordeelde het College dat een heffing ter financiering van collectieve reclame voor gedroogde zuidvruchten, die nagenoeg uitsluitend ingevoerde producten treft, een zo eigenstandig karakter draagt dat niet kan worden gezegd dat deze deel uitmaakt van een algemeen stelsel van binnenlandse belastingen, met het gevolg dat de heffing niet valt onder artikel 90 EG (95 oud), maar onverenigbaar is met artikel 25 EG (12 oud) (13). Daarbij valt overigens op dat het College wel rechtspraak aanhaalt ter onderscheiding van de betrokken heffing van een binnenlandse belasting in de zin van artikel 90 EG (95 oud), maar geen rechtspraak inzake artikel 25 EG (12 oud) vermeldt om de toegepaste criteria voor de kwalificatie van de heffing als verboden heffing van gelijke werking te staven. Bovendien kan men zich afvragen of de wel vermelde rechtspraak, hoewel van constant karakter, niet enige update verdient.

Zelfs wanneer de geldigheid van communautaire besluiten aan de orde wordt gesteld, pleegt het College, ondanks de eerdervermelde Fotofrost-rechtspraak, die ongeldigverklaringen bij uitsluiting aan het Hof voorbehoudt, maar in overeenstemming met de 'wenken' van het Hof dienaangaande, zelf een eerste toets van de aangevoerde ongeldigheidsgronden aan de hand van uit de rechtspraak van het Hof bekende toetsingsmaatstaven uit te voeren, om vast te stellen of voldoende grond voor prejudiciële behandeling daarvan aanwezig is. In een zaak over een antidumpingheffing op de invoer van kaliumpermanganaat uit China werd de keuze van de Verenigde Staten, in plaats van India, al vergelijkingsland voor de bepaling van de referentieprijs als grondslag voor de berekening van de antidumpingheffing betwist en daarmee de geldigheid van de betrokken EG-verordening. Het College koos als vertrekpunt voor de beoordeling van deze grief de in het Nölle-arrest (C-16/90) ontwikkelde maatstaven voor – in Nederlandse terminologie – marginale rechterlijke toetsing van het gebruik door de EG-instellingen van hun ruime beoordelingsbevoegdheid voor het onderzoek van ingewikkelde economische situaties als de bepaling van de normale waarde van het betrokken product. Het kwam tot de slotsom dat de ter

ondersteuning van de grief aangedragen feiten onvoldoende aannemelijk waren om de geldigheid prejudicieel aan de orde te stellen (14). Dat een dergelijke aanpak niet geheel zonder risico is, blijkt uit het feit dat tezelfdertijd de geldigheid op grond van dezelfde, maar aanzienlijk beter gestaafde grief prejudicieel door het Hof van Justitie werd onderzocht op verzoek van het Finanzgericht Hamburg (C-26/96 en 15). Het Hof kwam ruim een half jaar later, uitgaande van hetzelfde toetsingsmodel tot dezelfde conclusie als het College, maar uit de uitspraak van het College blijkt niet dat het op de hoogte was van de procedure voor het Hof, en derhalve bewust van het risico dat het nam door het arrest van het Hof niet af te wachten en evenmin dezelfde vraag te verwijzen ter gelijktijdige behandeling.

64. Onontkoombaar is prejudiciële verwijzing, dunkt mij, in een geval, waarin de effectieve toepassing van het gemeenschapsrecht kan worden bedreigd door de cumulerende gevolgen van verschillende jurisprudentielijnen. Een voorbeeld daarvan doet zich voor in de zaak *Eco Swiss/Benetton* (16 en C-126/97). In die zaak heeft de Hoge Raad het Hof o.m. de vraag voorgelegd of de bij het *Van Schijndel*-arrest aanvaarde beperking van de plicht tot ambtshalve toepassing van gemeenschapsrecht tot situaties, waarin het nationale procesrecht ambtshalve toepassing toelaat, ook geldt voor arbiters, die, zelfs indien voor hen wel EG-recht wordt ingeroepen, volgens het *Nordsee*-arrest (102/81) geen prejudiciële vragen mogen stellen, voorzover zij niet kunnen worden aangemerkt als overheidsrechter. Dat deze vraag in eerste aanleg en hoger beroep niet is verwezen, is niet onbegrijpelijk, aangezien partijen zich bewust kunnen zijn van aan hun keuze voor privaatrechtelijke arbitrage inherente beperkingen en omdat aan de vereiste gelijkwaardigheid van de procesrechtelijke condities voor aan nationaal en aan gemeenschapsrecht ontleende vorderingen op zichzelf geen afbreuk wordt gedaan. Vat men de regel dat toegang tot de rechter om gemeenschapsrecht geldend te maken niet door procesrechtelijke beperkingen nagenoeg onmogelijk mag worden gemaakt aldus op dat het gaat om toegang tot de overheidsrechter, dan rijst de voorts aan het Hof voorgelegde vraag of de beperking van de gronden voor vernietiging van een arbitraal vonnis door de overheidsrechter tot strijd met de openbare orde voldoende

ruimte laat, in de door de Hoge Raad uit het Van Schijndel-arrest afgeleide veronderstelling dat artikel 81 EG (85 oud) niet van zo fundamentele aard is dat strijd met die bepaling tot vernietiging van het arbitraal vonnis moet leiden. Zo bezien doet zich de keuze voor tussen in voormelde zin uitgaan van een bewuste keuze van partijen voor aan arbitrage inherente beperkingen, nuanceren van Van Schijndel in die zin dat de openbare orde-regel voor interventie van de overheidsrechter wordt verzacht ingeval van arbitrage, waarin gemeenschapsrecht niet aan de orde is gekomen, althans niet prejudicieel is kunnen worden uitgedrocedeed, of terugkomen op Nordsee door arbiters uit het oogpunt van prejudiciële verwijzingsbevoegdheid c.q. -plicht op gelijke voet te brengen met de overheidsrechter. Zulke keuzen, waarvoor bestaande rechtspraak geen overwegend uitsluitel biedt, zijn inderdaad van fundamentele betekenis voor de effectieve werking van het gemeenschapsrecht.

4.3 Drie stellingen en twee vraagpunten

65. In vorenstaand palet van aanpakken ter beantwoording van de vraag of prejudiciële verwijzing van een gemeenschapsrechtelijk vraagpunt vereist is, blijft per saldo maar één geval over, waarin zulks uit het oogpunt van rechtseenheid en rechtsonwikkeling onontkoombaar is. In aansluiting op de conclusies van het voorafgaande hoofdstuk geeft dit mij aanleiding tot drie samenhangende stellingen met het oog op de doeltreffende werking van de prejudiciële procedure.

In de eerste plaats is het gemeenschapsrecht thans zover ontwikkeld dat nationale rechters in veruit het grootste aantal gevallen aan de hand van bestaande rechtspraak en extrapolerende toepassing van daaruit bekende toetsingsschema's zelf het voor hen gerezen probleem kunnen oplossen.

In de tweede plaats verliest, bij een doeltreffende prejudiciële samenwerking toegespitst op voor de rechtseenheid en de rechtsonwikkeling wezenlijke vraagpunten, het onderscheid tussen verwijzingsbevoegdheid en verwijzingsplicht aan betekenis ten gunste van een gemotiveerde analyse van de verwijzingsnoodzaak.

Uitgaande van een plicht tot gemotiveerde en afgeronde analyse van het voor hem gerezen EG-probleem in de context van het

voor hem aanhangige geding, verkeert in de derde plaats de nationale rechter in een betere positie dan het Hof van Justitie om prejudiciële verwijzingen te beperken tot die gevallen, waarin de eenheid of de ontwikkeling van het gemeenschapsrecht in het geding is. Het is derhalve aantrekkelijker om een op die criteria toegesneden selectie van voor verwijzing in aanmerking komende vragen op te dragen aan de nationale rechter, dan om de thans toegepaste, lage ontvankelijkheidsdrempel te verhogen tot een verlostelsel naar Amerikaans voorbeeld bij het Hof van Justitie. Daarmee is de Cilfit-doctrine, in hedendaags Nederlands, aan herijking toe.

66. Bij dit alles is een tweetal punten onderbelicht gebleven, die nog kort nadere aandacht verdienen.

Het eerste betreft de vraag of het aanbeveling verdient nationale rechters per lidstaat of sector te verplichten voorgenomen prejudiciële verwijzingen ter toetsing op de noodzaak van verwijzing uit het oogpunt van rechtseenheid of rechtsontwikkeling voor te leggen aan een daartoe in te richten centrale instantie. Müller-Eiselt heeft in zijn eerder vermelde commentaar op de conclusie van A.-G. Jacobs in de zaak Wiener voorgesteld de Duitse Finanzgerichte te verplichten voorgenomen verwijzingen ter toetsing voor te leggen aan het Bundesfinanzhof, dat na onderzoek van de verwijzingsnoodzaak hetzij de zaak doorgeleidt naar het Hof van Justitie, hetzij terugwijst naar de betrokken lagere rechter. Daarmee zouden onrijpe of anderszins minder geëigende verwijzingen en verwijzingen van dezelfde vraag door meerdere rechters vermeden kunnen worden. Deze propositie is wel te onderscheiden van beperking van de verwijzingsbevoegdheid tot hogere of hoogste rechters, zoals voorzien voor het EEX en op sommige punten in het Verdrag van Amsterdam. Daarop kom ik nog terug in par. 5.2. De suggestie van Müller-Eiselt laat de verwijzingsbevoegdheid van lagere rechters in stand, maar introduceert een verplichte zeef. In deze gedachtenlijn zou het in Nederland denkbaar zijn op het gebied van douanekwesties voor strafrechters en andere niet in douanezaken gespecialiseerde rechters te voorzien in zodanige zeef door hen te verplichten voorgenomen verwijzingen van vragen inzake tariefindeling en andere douanerechtskwesties voor te leggen aan de president van het in die zaken gespecialiseerde college, de Tariefcommis-

sie. Ook op andere terreinen zou men zich zulke constructies kunnen voorstellen langs de lijnen van speciale competenties, voor algemeen bestuursrecht door aanwijzing van een in Europees recht gespecialiseerde staatsraad en voor burgerlijke en strafzaken een gespecialiseerde advocaat-generaal bij de Hoge Raad. Een alternatief zou kunnen zijn één enkele instantie op het niveau van de Raad van State en/of de Hoge Raad als centraal orgaan voor prealabele toetsing aan te wijzen.

Al met al lijkt de introductie van een prealabele toetsingszeef mij geen goed idee. Krijgt de toetsende instantie de bevoegdheid een verwijzing tegen te houden, dan wordt wel degelijk albreuk gedaan aan de verwijzingsbevoegdheid van lagere rechters. Anders dan de hiervoor gegeven voorbeelden van grotendeels hoogste rechters wellicht suggereren, leert de ervaring van de afgelopen decennia dat verwijzingen van lagere rechters in belangrijke mate hebben bijgedragen tot de vorming en ontwikkeling van het gemeenschapsrecht. Bovendien is het voor de effectieve werking van het gemeenschapsrecht van groot belang dat trefzeker geselecteerde vragen op het laagste niveau rechtstreeks tot richtinggevende arresten van het Hof kunnen leiden. Ook wanneer de prealabele toetsing niet meer dan een adviesfunctie zou behelzen, geldt verder dat het probleem van doeltreffende voorbereiding van verwijzingen en trefzekere selectie van te verwijzen vragen wordt verplaatst van het Hof van Justitie naar de vooraf toetsende instantie. Mij was het er met de vorenstaande beschouwingen nu juist om begonnen dat alle nationale rechters de daartoe vereiste vaardigheden ontwikkelen. Op de daartoe vereiste equipering kom ik in hoofdstuk 6 terug. Een laatste bezwaar tegen prealabele toetsing van voorgenomen verwijzingen betreft de positie van partijen. Zowel ingeval van selecterende als ingeval van louter adviserende toetsing kan partijen dunkt mij niet het recht worden ontzegd hun licht ook voor de toetsende instantie te laten schijnen. Aan een extra procedure, die aldus zou ontstaan, heeft niemand behoefte.

67. Het tweede nog onderbelichte punt betreft meer in het algemeen de positie van de procespartijen.

Naar aanleiding van een klacht tegen een beslissing in feitelijke instantie dat geen prejudiciële verwijzing noodzakelijk is, heeft de Hoge Raad zich op het standpunt gesteld dat het oordeel dat

prejudiciële vragen noodzakelijk zijn, niet een beslissing is omtrent een partijen verdeeld houdend juridisch of feitelijk geschilpunt, waaraan de rechter in het vervolg van de procedure gebonden is (17). A.-G. Mok noemt in zijn conclusie bij dit arrest de beslissing tot het stellen van prejudiciële vragen een instructiebeslissing. Twijfelachtig lijkt mij of de beslissing om een prejudicieel rechtsoordeel uit te lokken gelijk te stellen is met de beslissing een deskundigenbericht in te winnen, zoals de verwijzing in het arrest naar een identieke overweging met betrekking tot een deskundigenbericht in een ander arrest lijkt te suggereren. De desbetreffende twijfel heeft echter meer te maken met het rechtskarakter van een prejudicieel arrest van het Hof, dan met de processuele status van de beslissing omtrent verwijzing. Aan een prejudicieel rechtsoordeel is de verwijzende rechter immers gebonden, terwijl dat met een deskundigenbericht niet zonder meer het geval is. Hoe dat ook zij, voormelde benadering van de processuele status van de beslissing om al dan niet te verwijzen komt in elk geval juist voor. Daaraan is toe te voegen dat het verzoek om een prejudiciële beslissing ook in de opvatting van het Hof niet is aan te merken als een ter beschikking van partijen staand rechtsmiddel (44/65). De nationale rechter beslist autonoom of een prejudiciële beslissing noodzakelijk is voor de beslechting van het voor hem aanhangige geschil.

Een en ander neemt niet weg dat de hogere rechter kan besluiten tot vernietiging van een verwijzingsuitspraak van een lagere rechter op grond van een ander inzicht omtrent de verwijzingsnoodzaak. Het Hof van Justitie pleegt zich voor de behandeling van de verwijzing te richten naar de uitkomst van de nationale procedure. Het bindend karakter van het rechtsoordeel van de hogere rechter kan de lagere rechter, naar wie de zaak wordt terugverwezen echter niet beroven van zijn autonome bevoegdheid om alsnog en zelfs naar aanleiding van het oordeel van de hogere rechter vragen te stellen (146/73).

68. Blijft over de vraag welke invloed partijen kunnen uitoefenen op de beslissing omtrent verwijzing van de hoogste, verwijzingsplichtige rechter. Derks heeft in een verkenning van het prejudiciële verwijzingsbeleid van de Hoge Raad in belastingzaken betoogd dat de verwijzingsplicht van hoogste nationale rechters meebrengt dat, in het spoor van rechtspraak van het Bun-

desverfassungsgericht over het Hof van Justitie als 'gesetzliche Richter', ook naar Nederlands recht het Hof is aan te merken als wettelijke rechter in de zin van artikel 17 van de Grondwet en daaruit afgeleid dat niet-naleving van de verwijzingsplicht als verhindering van toegang tot de wettelijke rechter kan leiden tot aansprakelijkheid van de staat, geldend te maken voor de burgerlijke rechter.

Het Bundesverfassungsgericht controleert desgevraagd inderdaad of hoogste Duitse rechters hun verwijzingsplicht ingevolge artikel 234 EG (177 oud) hebben nageleefd. Die controle is weliswaar marginaal in zoverre dat van schending van artikel 101, lid 1, van de Duitse grondwet geen sprake is zolang de rechter op verdedigbare gronden van verwijzing afziet, maar kan gevolgen hebben wanneer de verwijzingsplichtige rechter bewust zonder verwijzing van vaste rechtspraak van het Hof afwijkt (18). In de Nederlandse verhoudingen kennen wij een dergelijk eindstation niet. Zowel wanneer de hoogste instantie een feitelijke is, als in cassatie, vloeit een klacht over niet-verwijzen samen met de materiële klacht over de rechtsvraag, die niet verwezen is, zodat ook in cassatie de materiële vraag, indien noodzakelijk, alsnog kan worden verwezen. Ik zou de soep dan ook niet zo heet willen eten als Derks, althans zijn omweg niet willen maken. Zoal het Hof van Justitie, voor wat betreft de toegang tot de prejudiciële procedure, zou zijn aan te merken als 'wettelijke rechter', dan is dat toch slechts per implicatie. Het prejudiciële mechanisme is en blijft een incident in het nationale hoofdgeding. De verwijzingsplicht, noch de gebondenheid van de nationale rechter aan het rechtsoordeel van het Hof doen afbreuk aan de positie van de nationale rechter als primaire rechtstoegang en eindbeslissers. De tegenstelling tussen voormelde benadering van de Hoge Raad en die van het Bundesverfassungsgericht is in zoverre slechts schijn. Bovendien is aansprakelijkheid van de staat voor niet-naleving van de verwijzingsplicht op zichzelf niet interessant. Het principe en de omvang van staatsaansprakelijkheid voor onrechtmatige (niet-)toepassing van gemeenschapsrecht door de nationale rechter krijgen immers pas kleur, wanneer het gaat om meer dan een processuele verplichting, namelijk onrechtmatige (niet-)toepassing van een materiële regel met substantiële gevolgen. Op dit punt kom ik in het volgende hoofdstuk terug. Zoals eerder benadrukt, komt voorts aan de verwijzings-

plicht een relatieve betekenis toe in verhouding tot een gemotiveerde analyse van de verwijzingsnoodzaak.

69. Bij deze stand van zaken kunnen partijen geen dwingende invloed uitoefenen op de beslissing om al dan niet te verwijzen. Ik zou ook menen dat er geen aanleiding is daarin verandering aan te brengen, bijvoorbeeld door een voorziening te treffen, die de rechter, althans de hoogste rechter tot verwijzing verplicht, wanneer de meest gerede partij of ook beide partijen daarom verzoeken. In mijn hierboven ontvouwde visie blijft de prejudiciële procedure een samenwerking tussen rechters, waarin de nationale rechter zelf een hoofdrol speelt. Het komt mij onjuist voor hem die autonome verantwoordelijkheid althans ten dele weer te ontnemen door een verplichtend initiatief bij partijen te leggen. Een verdragswijziging, die daartoe nodig zou zijn, zou ik dan ook niet willen bepleiten.

Een en ander neemt uiteraard niet weg dat een goede procesorde meebrengt dat de rechter partijen niet overvalt met een ambtshalve beslissing tot verwijzing, dat hij partijen betreft bij de voorbereiding van een voorgenomen verwijzing en de formulering van te stellen vragen en, desgeraden, partijen de gelegenheid geeft om tot een schikking te komen indien zij daaraan de voorkeur geven boven de extra belasting van een procedure in Luxemburg.

Het vorenstaande neemt evenmin weg dat een beslissing om niet te verwijzen en vooral de afdoening van aan het gemeenschapsrecht ontleende grieven telkens een toereikende motivering verlangt. Ook mij is het niet ontgaan dat, zoals Derks signaleert, de hoogste belastingrechter in het bijzonder de afwijzing van op gemeenschapsrecht gebaseerde cassatiemiddelen zelden voorziet van een wat uitgebreider aan de hand van bestaande rechtspraak en daaruit af te leiden toetsingsschema's uitgewerkte toelichting, dan dat in het licht van een of ander arrest van het Hof, zoal voorhanden, niet aan redelijke twijfel onderhevig is dat het middel niet kan slagen. Jarvis wijst in zijn meervermelde onderzoek op verschillen in stijl en traditie van motivering van rechterlijke uitspraken, met name tussen Britse common law en sommige continentale civil law rechters. Het is ongetwijfeld belangwekkender uitvoerig aandacht aan grieven te besteden, wanneer zij tot resultaat kunnen leiden. Een bevredigende Europese

rechtspleging vereist evenwel dat ook de motieven voor afwijzing van gemeenschapsrechtelijke grieven aan de hand van de beschikbare bronnen worden geadstrueerd.

COÖRDINATIE EN PROLIFERATIE

5.1 Coördinatie tussen rechters onderling

70. De in nr. 66 gemaakte opmerkingen over een centrale toetsing van voorgenomen verwijzingen roepen de vraag op of het nodig of wenselijk is anderszins te voorzien in coördinatie vooraf van beslissingen om al dan niet te verwijzen. Inderdaad hebben zich geregeld situaties voorgedaan, waarin van een zekere concurrentie tussen rechters sprake is met betrekking tot de vraag of er aanleiding is een probleem aan het Hof van Justitie voor te leggen. Op zichzelf is daar niets tegen, zij het dat het ook dan telkens aankomt op overtuigende analyse van de verwijzingsnoodzaak. Dit geldt temeer, wanneer reeds een zelfstandig, zonder verwijzing, genomen beslissing van een rechter voorligt en alsnog verwijzen van de reeds besliste vraag door een andere rechter het risico van divergerende jurisprudentie oplevert. Er kan aanleiding zijn dat risico te nemen, bijvoorbeeld wanneer de beslissing van de eerste rechter ondeugdelijk voorkomt, doch zulks vereist nadere motivering, niet van het Hof van Justitie terzake van de besliste rechtsvraag, maar van de alsnog verwijzende rechter terzake van de verwijzingsnoodzaak.

71. Een treffend voorbeeld geeft een geval betreffende de tariefindeling van bepaalde pluimveeproducten met het oog op restitutie bij uitvoer. Het College van Beroep voor het bedrijfsleven had in de zaak over terugvordering van de voorlopig uitgekeerde restitutie zelfstandig een analyse van het toepasselijke douanerecht gemaakt en geconcludeerd dat een onjuiste aangifte was gedaan en derhalve ten onrechte restitutie was gevraagd (19). In de parallele strafzaak, terzake van de onjuiste aangifte, was de rechtbank de analyse van het CBB gevolgd, maar in hoger beroep werd de indelvingsvraag alsnog verwezen naar het Hof, dat anders besliste (C-151/93). Het gaat mij er nu niet om dat de beslissing van het Hof in een incidenteel geval anders uitviel dan die van de zelfstandig opererende nationale rechter; rechters kunnen op goede gronden van mening verschillen. Ter zake

daarvan is voldoende de troost, die valt te putten uit het commentaar bij beide uitspraken van douanerechtexpert Possen, die betoogde dat de benadering van het College op beslissende punten beter in het douanerechtelijk stelsel past, dan die van het Hof. Wezenlijk is dat de prejudiciële procedure er niet toe dient nog maar eens voorlichting te vragen over het expertsysteem, dat het douanerecht is – zoals de alsnog verwijzende rechter deed – zonder voor het Hof overtuigend te motiveren waarom het, gelet op de reeds genomen beslissing, noodzakelijk is de kwestie nader onder ogen te zien. Zodanige nadere motivering gaf het Bundesfinanzhof wel in een soortgelijk geval, waarin de Duitse douane een andere opvatting voorstond dan waarvan, alweer, het College van Beroep voor het bedrijfsleven in een uit bestaande rechtspraak geëxtrapoleerde beslissing blijk had gegeven. In dat geval kwam het Hof tot hetzelfde oordeel als het College (C-290/97 en 20). Het is op zichzelf voorstelbaar dat de strafrechter zwaarder tilt aan de verwijzingsnoodzaak dan de bestuursrechter, omdat een strafsancie nu eenmaal van andere orde is dan een terugvordering van subsidie, maar dat ontslaat hem niet van zijn motiveringsplicht. Valt niet te wijzen op divergerende rechtspraak of bestuurspraktijken dan is er geen aanleiding ruimte te maken om die te creëren.

72. Dit incident brengt mij in de eerste plaats tot de vaststelling dat het aanbeveling verdient dat niet-gespecialiseerde rechters zich wat betreft beoordeling van de verwijzingsnoodzaak, waar mogelijk, spiegelen aan gespecialiseerde rechters, die met de materie meer ervaring hebben en derhalve beter in staat zijn de hoger bepleite afgeronde analyse van de zaak, ter beoordeling van de verwijzingsnoodzaak, uit te voeren.

Niet alleen in voormelde correlatie tussen straf- en bestuursrechter, maar ook in de verhouding tussen burgerlijke en gespecialiseerde bestuursrechter blijkt een risico aanwezig dat de ene rechter de andere voor de voeten loopt, ten koste van een doelmatige oplossing van het probleem. Zo heeft in de bekende Antillen-zaken de burgerlijke rechter in kort geding aanvankelijk prematurre en deels op nationale constitutionele verhoudingen georiënteerde vragen aan het Hof opgeworpen (21), die weliswaar in hoger beroep van tafel zijn geveegd (22), maar intussen in nadere communautaire precisering alsnog verwezen (23 en C-

17/98, Emesa). In essentie gaat het daarbij om de ruimte, die de verdragsbepalingen over de associatie van de landen en gebieden overzee de Gemeenschapsinstellingen laten om terug te komen van eenmaal toegekende handelsconcessies. Het ligt voor de hand dat de daarmee verband houdende uitleg- en geldigheidsvragen veel beter uit de verf kunnen komen in een eveneens voor het daarin gespecialiseerde College van Beroep voor het bedrijfsleven aanhangig gemaakt beroep tegen uitvoeringsmaatregelen (24) of in voorts rechtstreeks bij het Gerecht van eerste aanleg ingestelde beroepen (o.m. T-43/98 en T-44/98). Iets soortgelijks doet zich voor in een geval, waarin de burgerlijke rechter zich veel moeite heeft gegeven om een analyse te maken van de verenigbaarheid van een door een pbo-heffing gefinancierde reclamecampagne voor het optiekbedrijf met de standstillverplichting van artikel 88, lid 3 EG (93, lid 3 oud) voor wat betreft de uitvoering van het aldus opgezette steunregiem (25). Daarbij valt op dat de voorbereide prejudiciële vragen enerzijds zien op terugbetaling van uitgekeerde steun, als aan niet-naleving van de standstill-verplichting te verbinden gevolg, terwijl de ingestelde vorderingen strekken tot terugbetaling van de geïnde financieringsheffingen; anderzijds informeren zij in een Emmott-achtige benadering of een overheid, die haar verplichting tot aanmelding van het steunregiem niet nakomt, zich kan beroepen op de formele rechtskracht van de heffingsbesluiten, zonder dat aandacht wordt besteed aan de onlangs nog in een reeks arresten bevestigde rechtspraak, waarmee het Hof geheel is teruggekomen van de algemene implicaties van het Emmott-arrest (C-208/90, C-188/95, alsmede o.m. C-228/96). Tegen het verwijzingsvonnis is hoger beroep ingesteld, zodat het Hof aan behandeling van de vragen nog niet is toegekomen. Meer nog valt op dat blijkens dit verwijzingsvonnis de behandeling door het College van Beroep voor het bedrijfsleven van beroepen tegen heffingsbesluiten, gericht aan dezelfde partijen, is aangehouden in afwachting van de uitkomst van de procedure voor de burgerlijke rechter. Dit zet de zaak op zijn kop. Bij wege van exceptie de rechtmatigheid van een pbo-verordening in het licht van het gemeenschapsrecht aanvechten in het kader van een beroep tegen een heffingsbesluit voor de gespecialiseerde bestuursrechter is, dunkt mij, de koninklijke weg. Die gespecialiseerde bestuursrechter heeft ruime ervaring met de toetsing

van pbo-besluiten aan gemeenschapsrecht, niet alleen, zoals hiervoor bleek, aan vrij verkeersbepalingen, maar ook, zoals hier aan de orde, aan de verdragsbepalingen inzake steunmaatregelen.

73. Het is hier niet de plaats om in te gaan op de competentieverdeling tussen de burgerlijke rechter en de bestuursrechter. Wat daarvan zij, de vangnetfunctie van de burgerlijke rechter strekt er niet toe dat hij de normaal toegankelijke, in de materiele geveerde bestuursrechter voor de voeten loopt. Een dergelijke houding werkt een vorm van forum-shopping in de hand, waarmee de effectieve toepassing van het gemeenschapsrecht naar mijn oordeel niet is gediend.

Niettemin geven deze incidenten, overigens niet de enige in hun soort, mij geen aanleiding terug te komen van mijn hierboven ingenomen standpunt dat aan verplichte toetsing van voorgenomen verwijzingen, in selecterende hetzij adviserende zin, geen behoefte bestaat. Als gezegd, is met een zekere, mits gezonde concurrentie, ook tussen rechters, niets mis. Voormelde incidenten reken ik daar niet toe. Dat neemt niet weg dat het doelmatig kan voorkomen dat een dreigende divergentie voortkomend uit rechtspraak in één competentiekolom in het juiste spoor wordt gebracht door een daarop toegesneden verwijzing van een rechter uit een andere kolom en zelfs dat een eenmaal verwezen vraag van de ene rechter van nadere precisering wordt voorzien door een aanvullende vraag van een andere rechter. Doelmatig betekent hier dan ook opnieuw: toegesneden op de rechtseenheid en de rechtsontwikkeling.

Als tweede vaststelling in dit verband zou ik menen dat daartoe wel vereist is een nauwkeurige afstemming en coördinatie tussen rechters onderling. Dat vereiste brengt in de eerste plaats mee dat rechters op de hoogte zijn van de vraagpunten, die hen over en weer bezighouden en van de uitspraken die zij hebben gedaan en, voorzover het om eventuele verwijzingen gaat, die zij voornemens zijn te doen. Het is ongetwijfeld zo dat waarborgen voor een goede procesvoering grenzen stellen aan de mogelijkheden om informatie uit te wisselen. Aan intern, tot leden van rechtsprekende colleges beperkt overleg over abstracte probleemstellingen hoeft dat, dunkt mij, niet in de weg te staan. Ook de rechterlijke onafhankelijkheid zou ik, nu het gaat om

kennisneming van abstracte informatie om met kennis van zaken een beslissing te kunnen voorbereiden, in dit verband niet in het geding willen brengen. Voor een doeltreffende rechterlijke toepassing van het gemeenschapsrecht en een doelmatige voorbereiding van prejudiciële verwijzingen lijkt het mij dan ook van groot belang een coördinatiepunt in te richten voor de raadpleging van gedocumenteerde uitspraken van Nederlandse rechters over gemeenschapsrecht en de uitwisseling van informatie over hangende zaken.

74. Het in nr. 63 vermelde voorbeeld van zelfstandige afdoening van een geldigheidsvraag hangende een prejudiciële verwijzing van dezelfde vraag door een Duitse rechter, bepaald evenmin het enige in zijn soort, illustreert dat afstemming met de activiteiten van rechters uit andere lidstaten evenzeer van belang is. Het gaat daarbij niet alleen om bij het Hof van Justitie aanhangig gemaakte zaken. Het Hof pleegt alle prejudiciële vragen van nationale rechters bekend te maken in het Publikatieblad van de E.G. zodat althans van de aanhangige vragen als zodanig kennis genomen kan worden. Evenzeer van belang is kennisneming van jurisprudentie van buitenlandse rechters over gemeenschapsrecht. Gerechtsbibliotheken kunnen niet over alle daartoe vereiste documentatie beschikken. De onderzoeksdienst van het Hof van Justitie en het Asser Instituut hebben veel gedaan aan de verzameling en het toegankelijk maken van nationale rechtspraak over het gemeenschapsrecht. De ervaring leert evenwel dat het voor één dienst of instituut een onmogelijke opgave is zodanige taak voor alle lidstaten tegelijk te verrichten en ook nog als coördinatiepunt voor de uitwisseling van informatie over aanhangige zaken te fungeren. Wanneer het mogelijk is geleidelijk aan voor elk van de lidstaten of grote regio's een coördinatiecentrum, als hiervoor voor Nederland bedoeld, in te richten, ligt het voor de hand met moderne communicatietechnieken een netwerk tussen zulke centra te ontwikkelen.

Aanzienlijk belangrijker dan kennisneming van de rechtspraak van buitenlandse rechters, is intussen kennisneming van de rechtspraak van het Hof en het Gerecht, tot en met de meest recente arresten, en van de aanhangige zaken. Wat dit betreft kan bij de huidige stand van de praktijk niet meer van de diensten van het Hof verlangd worden dat zij de rechters uit allé

lidstaten op hun wenken bedienen. Ook daartoe kan een coördinatiecentrum op nationaal niveau, dat op zijn beurt contact kan onderhouden met de diensten van het Hof, een uiterst nuttige functie vervullen. Ik kom op een en ander in hoofdstuk 6 terug.

5.2 Proliferatie van prejudiciële verwijzingen

75. Een drietal andere ontwikkelingen, die afstemmingsvragen opwerpen, zijn samen te brengen onder de noemer proliferatie van verwijzingsbevoegdheden en -plichten.

Een eerste vindt zijn grondslag in de rechtspraak, waarin het Hof zich bevoegd heeft verklaard van prejudiciële vragen kennis te nemen in situaties waarin de feiten op zichzelf buiten de werkingssfeer van het gemeenschapsrecht vallen, maar de aan de orde gestelde bepalingen van gemeenschapsrecht door het nationale recht of zelfs door contractuele bepalingen van toepassing worden verklaard (laatstelijk C-29/95, C-130/95, C-247/97). Het Hof rechtvaardigt deze bevoegdheidsassumptie met de overweging dat, wanneer een nationale regeling zich voor zuiver interne situaties conformeert aan het gemeenschapsrecht, hetzij teneinde discriminatie van eigen onderdanen of distorsies als gevolg van uiteenlopende wetgevingen te voorkomen, hetzij om parallel lopende procedures, bijvoorbeeld voor de inning van douanerechten en BTW bij invoer te verzekeren, er een communautair belang mee is gediend dat de uit het gemeenschapsrecht overgenomen bepalingen of begrippen op uniforme wijze worden uitgelegd.

Hierbij schuilt echter een adder onder het gras. In de zaak *Leur-Bloem* was de verwijzende rechter er op grond van de wettoelichting van uitgegaan dat het fiscale regiem voor fusies, splitsingen en aandelenruil ingeval van transacties, waarbij uitsluitend Nederlandse vennootschappen betrokken zijn, op dezelfde wijze moest worden uitgelegd als de gelijkkluidende bepaling, waarmee uitvoering werd gegeven aan de EG-richtlijn voor de fiscale behandeling van soortgelijke transacties tussen vennootschappen uit verschillende lidstaten. Voor het Hof bleek evenwel dat de Nederlandse regering dit uitgangspunt niet deelde. Het Hof preciseerde dat het uitsluitend aan de nationale rechter staat de strekking van de verwijzing van het nationale recht naar het ge-

meenschapsrecht te beoordelen en ging derhalve uit van de opvatting van de verwijzende rechter over de gemeenschapsrechtelijke strekking van de fiscale regeling voor binnenlandse fusies. De coördinatie-adder schuilt daarin dat wanneer, zoals in dit geval, die opvatting niet tot in de hoogste instantie is uitgeprocedeerd, het risico aanwezig blijft dat de hoogste rechter alsnog beslist dat de ingeroepen communautaire bepalingen niet van overeenkomstige toepassing zijn op de binnenlandse situatie, met het resultaat dat de doorlopen prejudiciële procedure niet noodzakelijk was voor de beslechting van het geschil. In het geval van de fiscale fusieregeling volgde de Hoge Raad in een, in afwachting van het arrest *Leur-Bloem*, aangehouden zaak de opvatting van het verwijzende gerechtshof om vervolgens toepassing te geven aan het arrest *Leur-Bloem* (26).

76. De overeenkomstige toepassing van gemeenschapsrecht in een nationale regeling behoeft uiteraard niet steeds verschil van inzicht op te leveren. In voormelde zaak *Schoonbroodt* was aan de orde de overeenkomstige toepassing van het communautair douanewetboek op de invoer van accijnsgoederen in België. Ook in Nederland verwijst de Wet op de accijnzen voor de regeling bij invoer naar de *Douanewet*, die op zijn beurt grotendeels ruimte maakt voor toepassing van het communautair douanewetboek. Voor twijfel of de arresten *Schoonbroodt* en *Giloy*, voorzover relevant, toepassing moeten vinden in het kader van de Nederlandse accijnswetgeving, lijkt mij dan ook nauwelijks plaats.

Anders zou dat wel eens kunnen zijn in het geval van de Mededingingswet. In die wet is weliswaar het begrippenarsenaal van het Europese mededingingsrecht overgenomen, maar het spreekt niet vanzelf dat de in belangrijke mate op de vorming van de gemeenschappelijke markt toegesneden uitleg van de Europese bepalingen zonder meer kan worden toegepast in de nationale context van de Mededingingswet. Het lijkt mij dus van belang dat verschil in context nadrukkelijk onder ogen te zien bij de beoordeling van de noodzaak om in het kader van een geschil op de grondslag van de Mededingingswet prejudiciële vragen te stellen over de uitleg van eenzelfde begrip uit het Europese mededingingsrecht.

77. De conclusie van deze bespiegeling moet dan ook zijn dat, bij hoge uitzondering op het uitgangspunt dat op zo laag mogelijk niveau moet worden verwezen, in gevallen waarin verschil van inzicht bestaat over de juiste opvatting van het in geding zijnde nationale recht, het uit coördinatie-oogpunt de voorkeur verdient dat de meest gereede partij het initiatief neemt om eerst dat verschil van inzicht tot in hoogste instantie uit te procederen. Voor een doeltreffende prejudiciële rechtsgang moeten immers niet alleen de feiten vaststaan, doch evenzeer de juiste opvatting van het nationale recht.

78. Deze conclusie kan zo algemeen zijn, ruimer dan alleen het geval van overeenkomstige toepassing van gemeenschapsrecht in het kader van een nationale regeling, omdat het, ook wanneer een geval wel rechtstreeks binnen de werkingssfeer van het gemeenschapsrecht valt, wel voorkomt dat de juiste opvatting van een nationale regeling, waarvan het Hof van Justitie op aanwijzing van de verwijzende rechter is uitgegaan, na prejudiciële beslissing van de communautaire uitlegvraag en daarmee, per implicatie, van de verenigbaarheidsvraag, opnieuw in discussie wordt gebracht. Een sprekend voorbeeld daarvan viel het arrest Wielockx (C-80/94) ten deel. In dat geval werd tegen de uitspraak, waarbij het verwijzende gerechtshof toepassing had gegeven aan het arrest van het Hof, cassatieberoep ingesteld op de grond dat het Hof van Justitie de tot ingezetenen beperkte regeling van de fiscale oudedagsreserve voor ondernemers in de opvatting van de Staatssecretaris van Financiën ten onrechte had geassimileerd met een stelsel van pensioenopbouw. In dat geval kon de Hoge Raad de zaak afdoen op de grondslag van het arrest van het Hof. Er hebben zich echter ook wel gevallen voorgedaan, waarin de nationale regeling uiteindelijk anders is opgevat, dan het Hof van Justitie had aangenomen, en het arrest van het Hof dientengevolge zonder voorwerp is geraakt (vgl. 102/88 en 27).

79. Van een andere orde is het geval waarin voor en na prejudiciële verwijzing de vraag aan de orde komt of de in geding zijnde nationale regeling in overeenstemming met de door het Hof te geven of gegeven interpretatie van gemeenschapsrecht kan worden uitgelegd. Daarmee kom ik op een tweede bron van proliferatie van prejudiciële verwijzingen, ditmaal niet alleen

naar het Hof van Justitie, maar ook naar het Beneluxgerechtshof. In gevallen waarin dezelfde materie wordt bestreken door een EG-richtlijn en door eenvormige Beneluxwetgeving treedt het Beneluxgerechtshof als hoogste uitleggingsrechter van die wetgeving in de plaats van de ingevolge artikel 234 EG (177 oud) in beginsel verwijzingsplichtige hoogste rechters van de Beneluxlanden (C-337/95). In theorie is dan denkbaar dat een Beneluxrechter een vraag van uitleg van de Beneluxmerkenwet verwijst naar het Beneluxgerechtshof, dat op zijn beurt dezelfde vraag, maar nu met betrekking tot de EG-merkenrichtlijn, aan het Hof van Justitie voorlegt. De Hoge Raad heeft voor deze situatie van cumulerende verwijzingen de elegante oplossing gevonden dat hij tegelijkertijd de communautaire uitlegvraag aan het Hof van Justitie voorlegt en het Beneluxgerechtshof de vraag stelt of de Beneluxwet in overeenstemming met het door het Hof van Justitie te geven oordeel kan worden uitgelegd (28 en 29). Daarmee wordt zonder twijfel aanzienlijke tijdswinst geboekt. Niettemin dringt zich de vraag op of een procedure, waarin twee prejudiciële incidenten cumuleren, nog binnen de aan doelmatige rechtspleging te stellen grenzen blijft.

Uit dat gezichtspunt ligt het niet voor de hand harmonisatie in Benelux- én EG-verband te blijven cumuleren en zelfs niet om Beneluxharmonisatie, die door EG-harmonisatie wordt 'inge-haald', te handhaven. Het probleem is natuurlijk dat de eerste, voorzover aanwezig, meestal verder strekt dan de tweede en in zoverre nog zelfstandige betekenis houdt.

80. Tegen deze achtergrond, maar vooral in het licht van de overigens in dit hoofdstuk beschreven eisen voor een doeltreffende prejudiciële rechtspleging, zal het niet verbazen dat ik niet onmiddellijk voorstander ben van de invoering van nieuwe prejudiciële procedures bij andere internationale rechters, zoals voorgesteld door mijn mede-pleadviseur. Toe te geven valt dat het gevaar van cumulatie zich ten opzichte van een Straatsburgse procedure wellicht niet onmiddellijk zal voordoen. Zolang de EG geen deel uitmaken van het EVRM-stelsel en het Hof van Justitie de toetsing aan het EVRM, inmiddels op de grondslag van artikel 46, onder d (aanvankelijk L) jo artikel 6, lid 2 (F, lid 2 oud) Unieverdrag, in eigen hand houdt, springt de figuur van een dubbele verwijzing in één procedure niet onmiddellijk in

het oog. Toch valt dat risico, zoals ik het uit oogpunt van doeltreffende rechtspleging opvat, niet uit te sluiten in situaties waarin nationale voorschriften of praktijken tegelijkertijd raken aan communautaire verkeersvrijheden en aan grondrechten, alsmede in gevallen waarin door EG-richtlijnen geharmoniseerde of ter uitvoering van EG-verordeningen geëntameerde nationale bestuurspraktijken aan grondrechten raken. Dit geldt temeer wanneer het gemeenschapsrecht en het Unierecht zich in toenemende mate gaan uitstrekken tot gevoeliger materies als het strafrecht en het asielrecht. Het probleem van de verhouding tussen Straatsburgse en Luxemburgse rechtsoordelen laat ik nog maar even daar.

81. Een derde ontwikkeling, die de overzichtelijkheid en naar te vrezen valt de evenwichtigheid van de prejudiciële rechtspleging niet bevordert, is van geheel andere aard. Dat is de speciale toekenning van beperkte prejudiciële rechtsmacht aan het Hof van Justitie in het Verdrag van Amsterdam.

Het nieuwe artikel 68 EG (aanvankelijk 73 P) verklaart artikel 234 EG (177 oud) van toepassing voor de uitlegging van de nieuwe titel IV (aanvankelijk III A) van het EG-Verdrag, waarin een reeks in het Verdrag van Maastricht onder de zogenoemde derde pijler ressorterende onderwerpen verband houdend met het vrij verkeer van personen (o.m. visa, asiel, immigratie), zijn 'gecommunautariseerd'. Deze afzonderlijke toedeling van rechtsmacht voor één titel van het EG-Verdrag strekt zich ook uit tot de uitlegging en de geldigheidstoetsing van op die titel gebaseerde uitvoeringsbesluiten, maar is op soortgelijke wijze als de EEX-regeling beperkt tot prejudiciële verzoeken van hoogste nationale rechters. Deze afwijking van het stelsel van artikel 234 vormt een inbreuk op het 'acquis communautaire' voor de rechtspleging, die blijkens de toelichting bij het wetsvoorstel tot goedkeuring van het Verdrag van Amsterdam is ingegeven door het belang van een voortvarende afwikkeling van asiel- en andere vreemdelingenzaken. Het komt mij voor dat juist in dit type zaken de aangebrachte beperking gemakkelijk tot nog grotere congestie kan leiden. Bovendien zullen, zoals ook thans op gebieden waar grote aantallen beroepsgevoelige bestuurlijke beslissingen worden genomen, bij verwijzing van principiële vragen procedures in soortgelijke zaken komen stil te liggen. Ook hier geldt, mede

gelet op de behandelingscapaciteit van het Hof, dat zorgvuldig geselecteerde rechtsvragen, van belang voor de rechtseenheid en de rechtsontwikkeling, bij voorkeur in het vroegst mogelijke stadium moeten worden verwezen. In zoverre de motivering van de beperking, zo bezien, niet getuigt van groot vertrouwen in de communautaire kwaliteit van de nationale rechtspleging in eerste aanleg, komt een investering in de daartoe vereiste equipering doelmatiger voor dan een reductiepoging, als hier voorzien, waarvan het effect op z'n minst onzeker is.

Enige compensatie is wellicht te zien in de bij artikel 68, lid 3, geregelde bevoegdheid van de Raad, de Commissie of een lidstaat om het Hof te verzoeken om een uitspraak over de uitlegging van titel IV en de daarop gebaseerde uitvoeringsbesluiten. In de toevoeging dat zulke uitspraken geen gevolg hebben ten aanzien van vonnissen van nationale rechters, die kracht van gewijsde hebben, vertoont deze figuur enige gelijkenis met cassatie in het belang der wet.

82. Op zichzelf verheugend is verder dat het nieuwe artikel 35 Unieverdrag (aanvankelijk K.7), als generalisatie van het voor de Europolovereenkomst bereikte compromis, althans voorziet in facultatieve prejudiciële bevoegdheden van het Hof ten aanzien van de verbindende rechtsinstrumenten van de derde pijler (politiële en justitiële samenwerking in strafzaken). Dubbel facultatief zou men kunnen zeggen, omdat de lidstaten in de eerste plaats deze prejudiciële rechtsmacht elk bij afzonderlijke verklaring moeten aanvaarden en daarbij vervolgens kunnen kiezen voor een verwijzingsbevoegdheid voor al hun rechters of een beperking tot de hoogste, zoals voorzien voor titel IV EG. In het licht van vorenstaande opmerkingen valt ook toe te juichen dat de Nederlandse regering uiteindelijk heeft gekozen voor de eerste variant. Uitgaande van de in de hoofdstukken 4 en 5 bepleite techniek van prejudiciële verwijzing, waarin de verwijzende rechter een hoofdrol speelt, sluit die keuze ook aan bij de Nederlandse traditie van gedeconcentreerde constitutionele toetsing.

Het Hof van Justitie zelf heeft er in zijn rapport aan de IGC, die heeft geleid tot het Verdrag van Amsterdam, op gewezen dat beperking van de prejudiciële toegang tot het Hof de uniforme toepassing en uitlegging van het gemeenschapsrecht in de Unie

op het spel zou zetten en dat dit voor particulieren kan leiden tot een verlies aan effectieve rechtsbescherming. Ik voeg daaraan toe dat de integrerende werking van het prejudiciële coördinatiemechanisme uit het oogpunt van samenhang van de rechtsbescherming in de Unie juist ook voor de niet-communautaire pijlers van wezenlijk belang is. Eenmaal aanvaard voor de derde pijler, verdient het dan ook aanbeveling dat de Nederlandse regering met kracht blijft streven naar verplichte prejudiciële rechtsmacht van het Hof van Justitie, gedeconcentreerd toegankelijk voor alle nationale rechters, voor het gehele Unierecht. Het spreekt voor zich dat de in de voorgaande hoofdstukken uiteengezette vereisten voor een doeltreffende werking van het prejudiciële mechanisme daarbij in volle omvang van toepassing blijven. Niet beperking van de rechtsmacht van het Hof, maar toereikende Europese equipering van de nationale rechtspraak, is de beste weg om nationale tradities, belangen en preoccupaties in een integrerende evolutie voor het voetlicht te brengen.

83. In dit perspectief past nog een enkele opmerking over de materiële beperkingen, die door artikel 68, lid 2, EG en artikel 35, lid 5, Unieverdrag zijn aangebracht op deze nieuwe prejudiciële bevoegdheden van het Hof. Daarvan uitgesloten worden respectievelijk toetsing van uitvoeringsmaatregelen voor de regeling van het personenverkeer aan de binnengrenzen en controle van de geldigheid of de evenredigheid van politie-operaties, in beide gevallen voorzover het gaat om handhaving van de openbare orde of bescherming van de binnenlandse veiligheid. Deze uit het oogpunt van Europese rechtsbescherming minst genomen curieuze beperkingen zijn een potentiële bron van complicaties. Enerzijds zal het Hof van Justitie bij de vaststelling van zijn eigen competentie aan enige bemoeienis ermee niet kunnen ontkomen. Anderzijds zullen juist in mogelijk kritieke situaties nationale rechters positie hebben te kiezen ten aanzien van de juiste uitleg of ook de rechtmatigheid van zulke besluiten en operaties, om daaraan op het nationale vlak verbonden gevolgen te kunnen beoordelen. Bij ontbreken van prejudiciële coördinatie kan de fragiele balans van de door de nationale en de Europese rechter gedeelde Europese rechtsbeschermingstaken ook op andere terreinen gemakkelijk onder druk komen te staan.

5.3 Reparatie van onrechtmatige rechtspraak?

84. Het risico dat een rechterlijke uitspraak een schending van gemeenschapsrecht oplevert, roept de vraag op of het wenselijk is een herstelvoorziening in het leven te roepen. Gebrek aan coördinatie van procedures voor binnen- én buitenlandse rechters, die verschillend oordelen over de noodzaak van prejudiciële verwijzing, kan er, zoals wij hebben gezien, gemakkelijk toe leiden dat nationale rechters uitspraken doen, die bij nader inzien onjuist blijken te zijn. Bij een accentverschuiving in het verwijzingsbeleid in de richting van de nationale rechter, zoals door mij voorgestaan, en achterblijvende informatie- en coördinatievoorzieningen, zou dat risico nog wel eens wat groter kunnen worden. Het heeft zich ook nu al wel gerealiseerd. Het meest prominente voorbeeld is de eerder vermelde uitspraak van het College van Beroep voor het bedrijfsleven over de tariefindeling van pluimveedelen, waarover het Hof in de parallelle strafzaak vervolgens anders besliste. Bij mijn weten is in dat geval bij het College geen nieuw beroep, tot herziening of anderszins, ahangig gemaakt, zodat moet worden aangenomen dat de zaak op bestuurlijk niveau is opgelost.

85. Naar gemeenschapsrecht zijn de lidstaten ook voor schending van gemeenschapsrecht door een rechterlijke uitspraak jegens de Gemeenschap aansprakelijk. De Commissie kan te dier zake een verdragsschendingsprocedure op grond van artikel 226 EG (169 oud) inleiden. Aanleidingen daartoe hebben zich ook wel voorgedaan, maar tot een procedure voor het Hof is het tot dusver niet gekomen om redenen verband houdend met de onafhankelijkheid van de rechterlijke macht. Ook overigens is de verdragsschendingsprocedure als zodanig in dit verband minder interessant, omdat met een declaratoir arrest van het Hof nog geen rechtsherstel voor de betrokken partij is bereikt. Wel kan, behalve uit prejudiciële arresten, uit een arrest, dat een verdragsschending vaststelt, blijken dat een eerdere uitspraak van een nationale rechter onjuist is.

Het enkele bestaan van de verdragsschendingsprocedure levert op zichzelf een argument op om een voorziening, als hier bedoeld, te treffen. Meer rechtstreeks wijst in die richting de verplichting van de lidstaten ingevolge artikel 10 EG (5 oud) om

alle maatregelen te treffen welke geschikt zijn om de nakoming van gemeenschapsrechtelijke verplichtingen te verzekeren.

86. Intussen is het probleem mijns inziens minder groot, dan het misschien lijkt. Het is ook van andere orde, dan in de Straatsburgse context.

Uitgangspunt kan zijn dat er geen grond is voor de bescherming van aanspraken naar gemeenschapsrecht een bijzondere, gepri-vilegieerde voorziening te treffen, die een herhaling van zetten mogelijk maakt. Gemeenschapsrecht is gewoon recht waarvoor de gewone rechtsmiddelen voorhanden zijn. Vereist is alleen dat die middelen aanspraken naar gemeenschapsrecht even effectief beschermen als aanspraken naar nationaal recht, althans bescherming van gemeenschapsrechtelijke aanspraken niet nage-noeg onmogelijk maken. Zo bezien, is er geen reden voor on-juiste toepassing van gemeenschapsrecht een andere voorzie-ning te treffen, dan voor onjuiste toepassing van nationaal recht. Dit brengt mee dat, ook indien de juiste uitleg van een bepaling van gemeenschapsrecht door een meer of minder recent arrest van het Hof of zelfs de bij een reeds gewezen arrest vastgestelde ongeldigheid van een communautaire bepaling voor de nation-ale rechter niet aan de orde is gekomen of anderszins over het hoofd is gezien, voor een bijzondere processuele herstelvoorzie-ning geen grond bestaat. Met het eindoordeel van de hoogste rechter, inclusief zijn oordeel omtrent de noodzaak tot prejudi-ciële verwijzing en omtrent de juiste uitleg van het gemeen-schapsrecht, hoe ondeugdelijk ook, is in beginsel de kous net zo af als in een zuiver nationale situatie het geval zou zijn.

87. Ik zie slechts reden voor één uitzondering op dit uitgangs-punt, namelijk voor het geval waarin uit een ná de bewuste uit-spraak gewezen arrest van het Hof van Justitie blijkt dat, met voorbijgaan aan een gemotiveerd verzoek tot verwijzing, beslist is op de grondslag van een vervolgens ongeldig gebleken ge-meenschapsbesluit of op grond van een vervolgens onjuist blij-kende uitleg van een bepaling van gemeenschapsrecht. In begin-sel zal het daarbij moeten gaan om een uitspraak van de hoogste rechter in het concrete geval. Voormeld uitgangspunt brengt mee dat verlangd mag worden dat van de beschikbare rechtsmid-delen gebruik is gemaakt. Een bijzondere variant zou hooguit

kunnen zijn het geval, waarin het Hof op onvoorspelbare wijze is 'omgegaan', zonder de gevolgen van zijn arrest in de tijd te beperken, en wel zodanig dat geen grond aanwezig was om na een beslissing in eerste aanleg met toepassing van te dien tijde geldende jurisprudentie, zoal voorhanden, verder te procederen.

Aan een beperking in de tijd van een herstelvoorziening tot een redelijke termijn, waarvoor aanknopng zou kunnen worden gezocht bij bestaande termijnvoorschriften, staat het gemeenschapsrecht niet in de weg. Ook overigens zou ik menen dat het belang van de rechtsvrede een relatief korte termijn verlangt. Ik realiseer mij wel dat zelfs een langs deze lijnen geclausuleerde voorziening aanleiding kan geven tot talrijke pogingen om het debat te heropenen, maar meen dat de omstandigheid dat de Nederlandse rechtsorde deel uitmaakt van een hogere rechtsorde het onvermijdelijk maakt enige voorziening, zij het een beperkte, te treffen. Het potentiële praktische bezwaar dat rechters veiligheidshalve meer zaken gaan verwijzen, onderstreept andermaal het belang van een goed functionerend informatiesysteem.

88. Welke voorziening? Het bestaande instituut van herziening komt niet in aanmerking, omdat een arrest van het Hof van Justitie niet is aan te merken als een daartoe vereist feitelijk novum. Recentelijk heb ik één bij mijn weten niet gepubliceerde, bestuursrechtelijke uitspraak aangetroffen, waarin een verzoek om herziening met een beroep op het Securitel-arrest ten gronde werd onderzocht, zonder in te gaan op het novum-vereiste, met bevinding kennelijk ongegrond (30). De omstandigheid, dat een technisch voorschrift niet is aangemeld, levert, zij het op andere grond, evenmin als een arrest van het Hof een novum op, dat tot herziening aanleiding zou kunnen geven.

Hoe dat ook zij, het komt mij voor dat het de voorkeur verdient een afzonderlijke voorziening te treffen, om het bijzondere karakter ervan te onderlijnen, eerder dan bestaande voorzieningen op te rekken. Deze zou kunnen bestaan in heropening en/of schadevergoeding. Voor civiele en bestuursrechtelijke zaken neig ik ertoe met het oog op de positie van de wederpartij en derden de voorkeur te geven aan een beperking tot het laatste. Het ligt dan voor de hand aanknopng te zoeken bij de recht-

spraak van het Hof over aansprakelijkheid van de lidstaten voor schending van gemeenschapsrecht.

Het bijzondere karakter van een voorziening voor onrechtmatige rechtspraak en de in recente rechtspraak van het Hof tot ontwikkeling komende maatstaven voor aansprakelijkheid van de lidstaten, zoals de vraag of een uitlegging op goed verdedigbare gronden gekozen is, nopen er dunkt mij toe zodanige voorziening op te dragen aan een uniek college op het niveau van de Hoge Raad en/of de Raad van State.

In strafzaken is een heropeningsvoorziening bij de rechter, die de betwiste uitspraak heeft gedaan, wellicht onontkoombaar. Anders dan in de Straatsburgse context, zal het daarbij veelal gaan om het wegens onverenigbaarheid met het gemeenschapsrecht wegvallen van de grondslag voor strafbaarheid.

Deze enkele aantekeningen laten vooral zien dat een voorziening, als hier aangesneden, talrijke vragen oproept. Aan bevestigend antwoord op de vraag of het treffen ervan passend is bij de huidige stand van de ontwikkeling van de Europese rechtspleging hoeft dat niet in de weg te staan.

Hoofdstuk 6

DE TOEKOMST VAN DE EUROPESE RECHTSPLEGING

89. De voorgaande beschouwingen nodigen uit om terug te keren naar de rechters zelf, over wie dit preadvies gaat, om te zien of het mogelijk is iets te zeggen over de organisatorische inrichting van de gerechten en de equipering, die de rechters in staat moet stellen naar redelijke eisen van kwaliteit, snelheid en doelmatigheid het hoofd te bieden aan de huidige en de in de nabije toekomst te verwachten toevloed van zaken.

6.1 De EU-gerechten

90. Het Hof en het Gerecht hebben meermaals, laatstelijk aan het adres van de intergouvernementele conferentie, die heeft geleid tot het Verdrag van Amsterdam, hun zienswijze gegeven over de verdere ontwikkeling van de rechtspraakorganisatie van de Unie en ook diverse auteurs hebben zich over dit netelige onderwerp gebogen. Bij nadere beschouwing van de actuele situatie en de voor de nabije toekomst te verwachten ontwikkeling is daar ook dringend reden toe. Kapteyn, de Nederlandse rechter in het Hof, heeft al in 1993 in de Staatscourant indringend gewezen op de problemen, die een uitbreiding van de Unie met een reeks nieuwe lidstaten meebrengt voor het functioneren van het Hof. Voormelde intergouvernementele conferentie heeft een meer fundamentele heroriëntatie op dit punt, net als de noodzakelijke hervorming van de overige instellingen, voor zich uitgeschoven, maar heel lang valt die houding niet meer vol te houden. Het valt dan ook toe te juichen dat de Commissie onlangs een 'groupe de sages' heeft ingesteld om later dit jaar over dit onderweg te rapporteren. Ik volsta hier met enkele opmerkingen over de prejudiciële capaciteit van het Hof en over de organisatie van het Gerecht. Vooraf merk ik daarbij nog op dat de in paragraaf 1.2 geschetste bijzondere kenmerken van de internationale rechtspleging in Hof en Gerecht een vergelijking met nationale stelsels, die onderling nog aanzienlijk verschillen, een zo hachelijke onderneming maakt, dat ik mij daarin maar niet begeef. De hulpmiddelen, die voor een goed 'verstaan' van

de rechters uit verschillende juridische culturele en linguïstieke tradities onderling en tussen de rechters en de vertegenwoordigers van partijen, lidstaten en instellingen vereist zijn op het stuk van griffies, vertaal- en tolkdiensten en onderzoek en documentatie, geven aan het werk een extra dimensie in termen van tijd, inspanning en organisatie, die zijn weerga niet kent in de nationale rechtspleging.

91. Ontegenzeggelijk heeft de oprichting van het Gerecht van eerste aanleg nu bijna tien jaar geleden op zichzelf geleid tot een verlichting van de werklust van het Hof. Het aantal verzoeken om hogere voorziening tegen uitspraken van het Gerecht, ingevolge artikel 225 EG (168 A oud) beperkt tot rechtsvragen, lijkt zich te stabiliseren rond 15% van de door het Gerecht besliste zaken. De vrijgekomen capaciteit heeft aanvankelijk geleid tot een lichte daling van de gemiddelde procesduur bij het Hof, met name voor de beantwoording van prejudiciële vragen. De aantallen verzoeken om prejudiciële beslissing zijn echter intussen toegenomen van door de bank genomen ruim 160 per jaar in het begin van de jaren negentig tot, de laatste drie jaar, aantallen variërend van 256 in 1996, 239 in 1997 en 264 in 1998. In diezelfde jaren zijn respectievelijk 146, 235 en 204 uitspraken in prejudiciële zaken afgedaan. Het laat zich raden dat de procesduur in prejudiciële zaken met de gestegen aantallen is toegenomen, tot een gemiddelde van 18 maanden in de in 1998 besliste zaken binnen een bandbreedte van één tot vier jaar. Daarmee is de grens van het uit een oogpunt van effectieve rechtspleging toelaatbare (opnieuw) bereikt. Hierbij valt te bedenken dat de prejudiciële procedure een incident is in een nationaal hoofdgeding, dat in dat opzicht zijn eigen eisen meebrengt. De prejudiciële activiteit maakt sinds jaar en dag ruimschoots meer dan de helft uit van het totaal aantal zaken dat het Hof te behandelen heeft.

92. Juist in prejudiciële zaken is het van groot belang dat het Hof de consequenties van zijn uitspraken in de verschillende nationale rechtsstelsels goed kan overzien om zo goed mogelijk rekening te kunnen houden met de ontvangst en toepassing daarvan in elk van de lidstaten. Dat belang van toereikende verlichting brengt mee dat er nauwelijks mogelijkheden zijn om de

opzet van de procedure als zodanig te vereenvoudigen, met name ten aanzien van de mogelijkheden tot tussenkomst van de lidstaten en de instellingen en tot toedeling van zaken aan kleine formaties van 3 of 5 rechters.

Schuilt de oplossing van het probleem van overbelasting dan in een systeem van selectie van verwijzingsvragen, die voor de rechtseenheid en de rechtsontwikkeling van belang zijn? Daarin schuilt mijns inziens inderdaad de sleutel tot een beperking, echter niet in de zin, zoals wel eens voorgesteld, te weten selectie aan de zijde van het Hof. Enige pretentie van voldoende in- en overzicht om zodanige selectie te kunnen uitvoeren zonder voorlichting van de gebruikelijke procesdeelnemers zou, zoal aanwezig, ook bij de huidige stand van de rechtsintegratie ongegrond zijn. Bovendien laat zich aanzien dat elk selectiesysteem aan de zijde van het Hof zoveel weerstand zou oproepen dat het de intussen gegroceide, behoedzame samenwerking met nationale rechters ernstig zou verstoren.

93. Het ziet er dan ook naar uit dat de enige substantiële mogelijkheid van beperking van de instroom schuilt in een met zichtbaar gemaakte kennis van zaken gemotiveerde zelfselectie aan de zijde van de nationale rechter. Zo bezien, sluit mijn pleidooi in hoofdstuk 4 voor een minder op voorlichting en meer op rechtseenheid georiënteerde benadering door de nationale rechter mooi aan bij de capaciteitsgrenzen van het Hof. Dit laat onverlet een voortzetting of zelfs intensivering van de huidige praktijk van niet-ontvankelijkverklaring van onvoldoende toegelichte verwijzingen. Evenmin staat het in de weg aan continuering van de gewoonte om, zo daartoe aanleiding bestaat, per griffiersbrief met de verwijzende rechter in contact te treden om hem te wijzen op bestaande rechtspraak, die het door hem voorgedigde probleem mogelijk oplost en hem aanleiding geeft de verwijzing in te trekken. Te overwegen ware zelfs daartoe in het reglement voor de procesvoering uitdrukkelijk ruimte te creëren, vóór de aanvang van de eigenlijke procedure. Die betrekkelijk incidentele praktijk levert evenmin als de figuur van niet-ontvankelijkverklaring substantieel soelaas; zij hoort bovendien tot de categorie voorlichting en behoort daarom in beginsel overbodig te geraken.

94. Om de belasting van het Hof als gevolg van een voortgaande ongestructureerde verwijzingspraktijk terug te dringen, zou ik een flinke stap verder willen gaan, door een wettelijke voorziening te treffen die het verwijzingsbeleid van nationale rechters nader kan stroomlijnen. Daarbij valt niet te denken aan autonome nationale procesrechtwetgeving ter uitvoering van artikel 234 EG (177 oud). Die zou immers onvermijdelijk in botsing komen met de bepalingen van dat artikel zelf en de daarover bestaande of nog te ontwikkelen rechtspraak. Op nationaal niveau zou men zich hooguit kunnen behelpen met telkens nauwkeurig aan de hand van de rechtspraak van het Hof bij te stellen richtsnoeren ter voorlichting van rechters, die een op de nationale rechtspleging toegesneden uitwerking geven aan de door het Hof zelf opgestelde 'wenken'.

Veeleer valt te denken aan op Gemeenschapsniveau op de grondslag van een daartoe te wijzigen artikel 234 EG (177 oud) uit te werken richtlijnvoorschriften, die moeten worden omgezet in het nationale procesrecht. Zodanige richtlijn zou in de eerste plaats belangrijke elementen uit de vaste rechtspraak over de prejudiciële procedure tot wetgeving kunnen verheffen. In de tweede plaats zou van de gelegenheid gebruik kunnen worden gemaakt om het in artikel 234 EG gemaakte onderscheid tussen verwijzingsbevoegdheid en verwijzingsplicht te laten vallen ten gunste van een versmelting van beide tot verwijzingsnoodzaak met het oog op de rechtseenheid en/of de rechtsontwikkeling. Een richtlijn zou aan deze drie begrippen en de diensgevolge aan verwijzingsuitspraken, op straffe van terugzending, te stellen eisen nadere uitwerking kunnen geven. Zoals ook voor de procesreglementen zou moeten gelden, ligt het voor de hand de bevoegdheid tot vaststelling van zodanige procesrechtelijke uitvoeringsrichtlijn toe te kennen aan de instelling die de prejudiciële praktijk het best van nabij kent, te weten het Hof van Justitie zelf. Voor dit bijzondere geval betreffende samenwerking met nationale rechters valt daarbij te denken aan verplichte raadpleging van een comité, bestaande uit daartoe aan te wijzen nationale rechters uit elk van de lidstaten.

Niettemin aarzel ik om deze suggestie aan te bevelen. Deze aarzeling vloeit vooral voort uit de omstandigheid dat zulke voorstellen gemakkelijk aanleiding geven tot ongericht politiek debat met onvoorspelbare uitkomsten. Denkbaar is wel dat het Hof

van Justitie zelf bij wijze van anticipatie brainstorming-sessies met hoogste nationale rechters belegt over de toekomstige vormgeving van de EU-rechtspraak en daarbij suggesties als deze betreft.

95. Het zal de lezer, die hier is aangeland, zijn opgevallen dat het opschrift van deze paragraaf, anders dan paragraaf 1.2, spreekt van EU-gerechten. Dit vindt zijn verklaring niet slechts in de omstandigheid dat Hof en Gerecht ingevolg artikel 3 Unieverdrag (Coud) te rekenen zijn tot het institutionele kader van de Unie, maar vooral in de eerder aangestipte proliferatie van prejudiciële bevoegdheden in het Verdrag van Amsterdam. Nu daarmee nog geen praktische ervaring is opgedaan, volsta ik dienaangaande met de opmerking dat, waar het grotendeels gaat om nog gevoeliger materies dan tot dusver, het appel aan behoedzame, goed geïnformeerde en loyale samenwerking tussen de nationale rechters en het Hof dienovereenkomstig sterker zal zijn.

96. Over het Gerecht kan ik korter zijn, omdat de werkzaamheden van het Gerecht minder rechtstreeks raken aan de nationale rechtspleging. Na een aanvankelijke beperking tot mededingings- en ambtenarenzaken, neemt het Gerecht inmiddels kennis van alle beroepen van natuurlijke en rechtspersonen tegen de instellingen van de Gemeenschappen. Een verdere bevoegdheidsuitbreiding tot beroepen van lidstaten in zaken, die soms gecompliceerd feitelijk onderzoek vergen, waaronder zaken, die nu ook al door particulieren kunnen worden aangebracht, zoals die inzake staatssteun, ligt in het verschiet. Al met al is, met alle relativiteit die zulke cijfers eigen is, de werklast van het Gerecht gegroeid tot een instroom van circa 240 zaken in 1998 terwijl in dat jaar 348 zaken werden afgedaan, bij een werkvoorraad van circa 570 zaken, afgezien van enkele grote clusters geschorste zaken.

Het Gerecht heeft met enig succes interne organisatorische efficiency-maatregelen kunnen beproeven en binnen de grenzen van het procesreglement kunnen experimenteren met mogelijkheden om de procesduur te bekorten. Gebruikelijk is inmiddels een uit nationale ervaringen bekend onderzoek, na de eerste schriftelijke ronde, om te zien in hoeverre het vervolg van de

procedure door middel van een 'réunion informelle' met partijen, zoals de comparitie na antwoord daar heet, kan worden gereduceerd tot de wezenlijke geschilpunten en daarbij passende instructiemaatregelen. De gemiddelde procesduur beliep in de in 1998 afgedane zaken toch nog ruim 18 maanden. Daarin komt tot uitdrukking dat de omvang en het aantal procesdeelnemers bij een flink aantal zaken en de hiervoor gesignaleerde aan internationale rechtspleging inherente verschijnselen zo hun beperkingen stellen. Treffend wordt dat geïllustreerd door de bedenkingen, die het voorstel om in zeer eenvoudige zaken enkelvoudige rechtspraak mogelijk te maken, ook van Nederlandse zijde, heeft ontmoet.

97. Lijkt de instroom en de output van zaken bij het Gerecht bij nagenoeg uitgeputte mogelijkheden tot productiviteitsverbetering aldus in een redelijk, zij het niet florissant evenwicht, dan dienen zich onmiddellijk nieuwe uitdagingen aan. De eerste beroepen tegen uitspraken van de kamers van beroep voor het Gemeenschapsmerken van het bureau voor harmonisatie van de interne markt in Alicante zijn inmiddels binnengekomen. Op basis van de aantallen aanvragen, bezwaren en beroepen in Alicante zelf wordt in de merkenzaken bij het Gerecht binnen enkele jaren een groei verwacht tot tussen de 300 en 500 zaken per jaar. Hoewel nu al maatregelen zijn getroffen voor een zoveel mogelijk aangepaste, afzonderlijke behandeling van de merkenzaken, is de organisatie op zulke aantallen niet berekend. Van het Gemeenschapsbureau voor communautaire kwekersrechten zijn, naar verluidt, weinig zaken te verwachten, vanwege het homogene karakter van de sector, dat het bureau in staat stelt verreweg de meeste zaken binnen het eigen kader voor bezwaar en beroep af te doen. Anders zal dat op niet al te lange termijn liggen ten aanzien van het Gemeenschapsoctrooi. Deze stand van zaken geeft aanleiding tot een drietal opmerkingen.

98. In de eerste plaats lijkt de instelling van nieuwe gespecialiseerde kamers bij het Gerecht, met een roulatie van generalisten om de vereiste homogeniteit van de rechtspraak te waarborgen, op al betrekkelijk korte termijn onontkoombaar. Het Gerecht laat zich gemakkelijker uitbreiden dan het Hof, omdat het pleegt te zitten in formaties van 3 of 5 rechters, een verworvenheid, die

zeker niet prijsgegeven moet worden. De organisatorische gevolgen van zulke uitbreidingen zijn, zeker bij toetreding van een reeks nieuwe lidstaten met nieuwe talen, overigens niet te onderschatten.

In de tweede plaats is het hoogste tijd om bij de ontwikkeling van Europese wetgevingsinitiatieven de beroepsgevoeligheid van de materie van meet af aan onder ogen te zien en de met het oog op de rechtspleging te treffen voorzieningen meteen bij de besluitvorming te betrekken, inclusief de budgettaire gevolgen.

In de derde plaats ligt het voor de hand bij zodanig onderzoek de meest wenselijke structuur van de bestuurlijke uitvoeringsorganisatie te betrekken. De keuze voor centralisatie op Gemeenschapsniveau of decentralisatie naar de lidstaten, heeft immers rechtstreekse gevolgen voor de structuur van de rechtspleging, zoals het landbouw- en douanerecht en de regeling van het Gemeenschapsmerk laten zien. Hoewel bij de keuze van de uitvoeringsorganisatie ongetwijfeld andere motieven mede een rol spelen, valt uit een oogpunt van effectieve rechtspleging en integrerende werking een terughoudende, maar loyale samenwerking tussen nationale en Unierechters over een breed veld van rechtsgebieden te prefereren boven de creatie van een Europese gerechtelijke superstructuur.

6.2 De Europese equipering van de nationale rechter

99. Aan de nationale zijde van de Europese rechtsplegingsmedaille roepen de vorenstaande beschouwingen de vraag op hoe nu de gemiddelde Nederlandse rechter in de dagelijkse praktijk omgaat met Europeesrechtelijke vraagstukken. De omstandigheid dat 'de gemiddelde rechter' in het echte leven niet voorkomt, maakt het wat gemakkelijker daarover iets te zeggen. Er is echter een tegenstrijdigheid, die dat een stuk moeilijker maakt. Te oordelen naar de resultaten van de eerder gesignaleerde enquête van de SSR, waaruit blijkt dat ongeveer de helft van de respondenten aangaf zelden of nooit met gemeenschapsrecht in aanraking te komen, zou het antwoord op voormelde vraag moeten luiden: half. Wie daarentegen de bijdrage, met name ook van lagere rechters, aan de prejudiciële rechtspleging volgt, alsmede de met toenemende regelmaat gepubliceerde autonome

uitspraken, moet vaststellen: zoal hier en daar met vallen en opstaan, dan toch met enige verve.

100. In een enkele jaren geleden door de SSR belegde brainstorming, naar aanleiding van teruglopende belangstelling voor sinds jaar en dag op het programma voorkomende basiscursussen over diverse onderdelen van het gemeenschapsrecht, kwamen factoren ter tafel als geringe 'awareness' van Europeesrechtelijke implicaties, ontoegankelijk en abstract karakter van dat recht en de vraag: en hoe vaak zou het nu eigenlijk van betekenis zijn in de honderden dossiers, die de werktafels van civiele, straf- en bestuursrechters in verschillende formaties passeren? Het loont de moeite bij die punten even stil te staan.

101. Inderdaad bestaat de huidige generatie rechters, dunkt mij, grotendeels uit juristen, die in hoofdzaak zijn opgeleid en gevormd in de klassieke hoofdgebieden van het nationale recht en voor wie internationaal georiënteerde vakken, zoal verplicht, voor de vorming van hun denkwijze bijzaak waren. Zij ontleen, anders gezegd, hun voorstellingen omtrent recht en rechtsvin- ding aan een nationaal referentiekader. Mattli en Slaughter drukken dat in de eerderevermelde Florence-bundel *The European Court and National Courts* zo uit: 'Judges are products of specific national legal systems...They not only learn a body of national legal rules, but also absorb specific features of their national legal culture'. Hoewel rechters in dit opzicht een zeker conservatisme schijnt aan te kleven, komt dit verschijnsel, dunkt mij, in andere juridische en bestuurlijke beroepsgroepen even- zeer voor. Op een congres van de Vereniging voor bestuurskunde over het thema 'De rechtsstaat onbegrensd' in 1990 noemde Van Gunsteren het toen vastgestelde gebrek aan bewustzijn van Eu- ropese invloeden 'een structuur van onwetendheid'. Het is mo- gelijk dat dit anders is voor aanstormend jong talent, dat heeft kunnen profiteren van de langzamerhand groeiende belangstel- ling om Europees recht werkelijk te integreren in de juridische curricula en dat het probleem dus slechts een kwestie van tijd is, maar zeker is dat niet. Opmerkelijk in dit verband is dat – naar ook uit voormelde SSR-enquête blijkt – bij raio's en jonge rech- ters nauwelijks enige neiging valt te bespeuren om te profiteren van mogelijkheden om een periode bij een van de Europese in-

stellingen ervaring op te doen. Het zou mij trouwens niet verbazen, wanneer dat in hun professionele omgeving, die zelf die gelegenheid niet heeft gehad, ook niet bepaald wordt gestimuleerd, bijvoorbeeld door formatie- en opleidingsruimte vrij te maken en loopbaanperspectief te waarborgen.

102. Ook op het tweede punt valt wel enige verklaring te bedenken. In de eerste plaats was de structuur van de rechterlijke organisatie, toeval of niet, van oudsher zo ingericht dat de terreinen, waar het gemeenschapsrecht van meet af aan het meest rechtstreeks heeft doorgewerkt, toevielen aan meer of minder gespecialiseerde bestuursrechters, zoals de Tariefcommissie voor het douanerecht, het College van Beroep voor het bedrijfsleven vooral voor het landbouw- en vervoersrecht, maar later over de brede linie van het economisch bestuursrecht, de Raden van Beroep en de Centrale Raad, met een aparte internationale kamer, voor het sociale verzekeringsrecht en in dat verband de gelijke behandeling van vrouwen en mannen, alsmede de afzonderlijke belastingrechtspraak voor het BTW-recht, dat sowieso specialisten vereist, die de Europese grondslag niet kunnen missen. In al die gevallen was en is het aantal zaken, waarin vragen van gemeenschapsrecht opduiken, zo groot dat die colleges, althans tenminste enkele van hun leden, voldoende gelegenheid hebben om kennis, ervaring en de vereiste documentatie op te bouwen. Het wil mij voorkomen dat het streven naar grote, algemene gerechten met roulatie over de sectoren aan de instandhouding van die kennis en ervaring niet bijdraagt.

103. Anders lijkt het gesteld in de gewone, civiele en strafrechtspraak. Het is mogelijk dat, zoals de SSR-enquête suggereert, gemeenschapsrecht in de dagelijkse praktijk daarvan zelden relevant is. Voortschrijdende harmonisatie van wetgeving en toepassing van grensoverschrijdend verkeer wijzen daar niet op. Afgezien van gevallen, waarin vonnissen worden gepubliceerd en geannoteerd, valt moeilijk te peilen in hoeveel zaken relevante Europeesrechtelijke problemen over het hoofd worden gezien. Een lastig punt daarbij blijft dat de gevolgen van Europees recht in traditionele probleemstellingen van nationaal recht niet steeds even voorspelbaar zijn en soms ook nogal onverwacht. De eerste hiervoor genoemde factor kan echter helpen verklaren

waarom in gepubliceerde uitspraken dikwijls een zekere terughoudendheid te bespeuren valt en ook waarom sommige strafrechters naar aanleiding van de Securitel-affaire spraken van een lichte paniek.

104. Hoe het ook zij, een en ander lijkt mij voldoende aanleiding om te bezien wat te ondernemen valt om de Nederlandse rechter beter toe te rusten voor zijn onontkoombare deelneming aan het Europese rechterlijke discours. Daartoe liggen voorzieningen op drie niveau's voor de hand.

Een eerste is bij de aanwerving en selectie van leden van de rechterlijke macht afzonderlijk aandacht te besteden aan de Europeesrechtelijke vorming van kandidaten. Om vragen van Europees recht te kunnen herkennen, moet elke gewone rechter tenminste beschikken over basiskennis van de grote lijnen van het interne marktrecht en zijn gevolgen voor het nationale recht (de verkeersvrijheden, harmonisatie van wetgeving, mededingingsrecht en de bijbehorende toetsingsschema's), in de nabije toekomst aangevuld met de resultaten van de samenwerking in de derde pijler van het Unieverdrag.

Aan een tweede wordt bij de SSR al gewerkt, namelijk in het aangeboden permanente programma integreren van Europeesrechtelijke benaderingen in alle cursussen, die zich daartoe lenen. Ook maken contacten met buitenlandse vakgenoten al deel uit van het programma. Een afzonderlijk punt van aandacht zou kunnen zijn de ontwikkeling van didactiek, die uitgaat van de dagelijkse ervaringswereld van cursusdeelnemers om vanuit dat vertrekpunt de Europeesrechtelijke component van een probleem te laten zien. Het moge zo zijn dat de objectieve behoefte aan training groter is naarmate het aantal zaken, dat gelegenheid geeft om ervaring op te doen, kleiner is, de professionals, die rechters zijn, zullen er niet voor voelen hun kostbare tijd te besteden aan uiteenzettingen, die niet aansluiten bij de problemen waar ze dagelijks mee bezig zijn.

Een derde suggestie vergt wat meer toelichting en is ook iets ingrijpenders van aard.

105. De equipering met Europeesrechtelijk bronnenmateriaal verkeert naar mijn indruk niet in alle gerechtsbibliotheken in even florissante toestand. Zeker, de Nederlandse jurisprudentie-

tijdschriften en -rubrieken publiceren al sinds enige tijd met regelmaat enige rechtspraak van het Hof. De primaire bronnen, het Publicatieblad van de EG en de Jurisprudentie van het Hof van Justitie ontbreken echter veelal. Ook daarvoor is in dit informatietijdperk doorgaans wel een oplossing voorhanden, in de vorm van databanken op CD Rom of een aansluiting op Internet, waarop de communautaire databanken Celex en Cejus geraadpleegd kunnen worden. Geïntegreerde zoeksystemen zijn echter schaars. Communautaire en nationale data-systemen plegen niet op dezelfde thesauri gebaseerd te zijn en evenmin van dezelfde begrippenapparaten uit te gaan. Doeltreffende hanteling van de communautaire databanken vergt een geoefend oog en gespecialiseerde documentaire bijstand is gewoonlijk niet aanwezig. De literatuurvoorziening is meestal beperkt, zeker wat buitenlandse doctrine betreft. Aan Europese onderzoeks- en documentatiecentra kent Nederland een relatieve overvloed, maar voor externe raadpleging moet men tenminste twee drempels over. Welke gemiddelde rechter, waarvan ik eerder sprak, heeft daartoe gelegenheid en, wat meer is, hoe vrij is hij of zij om voor eigen onderzoek externe experts te raadplegen?

In gespecialiseerde gerechten is de situatie, althans op het eigen terrein, ongetwijfeld beter. Daar doet zich echter een akelige eigenschap van het gemeenschapsrecht gelden, namelijk dat ontwikkelingen van algemene betekenis zich op de meest uiteenlopende terreinen kunnen manifesteren. Het kan even duren voordat een verschijnsel, dat in een milieusaak 'gevonden' is, in de nationale fiscale literatuur komt bovendrijven. De Securitellkwestie is een treffend voorbeeld, maar bepaald niet het enige.

106. Nu is het hierbedoelde probleem tot op zekere hoogte wellicht inherent aan een sterk evolutief stelsel als het gemeenschapsrecht. Het spreekt ook geenszins vanzelf dat een in een milieusaak gevonden rechtsfiguur zomaar toepasbaar is in het belastingrecht. Om dat te kunnen onderzoeken, dient de rechter, gespecialiseerd of niet, te kunnen beschikken over goed geoutilleerde bibliotheek- en documentatievoorzieningen en zo nodig een beroep te kunnen doen op gespecialiseerde documentaire bijstand. Het ligt evenmin voor de hand alle gerechtshoeven daarmee uit te rusten voor gevallen, waarvan niet

valt te voorspellen dat ze zich frequent zullen voordoen. Zo bezien is Nederland ook klein genoeg om met één voorziening te volstaan.

Ik pleit ervoor voor de rechtspraak een landelijk onderzoeks- en documentatiecentrum voor (internationaal en) Europees recht in te richten. Zo een centrum zou toegang moeten hebben tot de beschikbare Europese databanken en tot bij het Hof van Justitie aanhangige prejudiciële verwijzingsuitspraken. Vertrekend van het reeds door het Asser Instituut en de onderzoeksdienst van het Hof van Justitie verrichte werk zou het een databank moeten aanleggen van nationale rechtspraak over gemeenschapsrecht en een registratie moeten bijhouden van bij Nederlandse rechters aanhangige zaken, waarin vragen van Europees recht aan de orde zijn. Op die grondslag zou het een coördinerende functie kunnen vervullen, als bedoeld in hoofdstuk 5.

Het ligt voor de hand zo een centrum aan te haken aan het opleidingscentrum voor de rechterlijke macht in Zutphen. Voor een eerste periode zou geëxperimenteerd kunnen worden met een joint-venture met een of meer van de bestaande wetenschappelijke instituten voor Europees recht. Het ligt ook voor de hand zodanig centrum te voorzien van telecommunicatieverbindingen met alle gerechten en van een stevige staf van experts op rechters- c.q. raioniveau. Zulke gekwalificeerde experts moeten in staat zijn om rechters in het land met raad en daad bij te staan. Zij kunnen ook contacten onderhouden met de onderzoeks- en documentatiedienst van het Hof van Justitie en met buitenlandse equivalenten. Op laatstbedoeld punt kunnen de contacten, die de SSR reeds onderhoudt met buitenlandse zusterinstellingen, tot uitgangspunt dienen voor de ontwikkeling van een coördinerend netwerk.

De hier bedoelde experts verkeren bovendien bij uitstek in een positie om sturing te geven aan inmiddels op gang gekomen rechtersoverleg over Europeesrechtelijke ontwikkelingen. Zij kunnen voorts adviseren over doeltreffend gebruik van de financieringsmogelijkheden, die de Commissie in de Robert Schuman- en Grotiusprogramma's aanbiedt voor de training van o.m. rechters in het gemeenschapsrecht en bij de uitvoering van daartoe ontworpen projecten betrokken zijn. Last but not least behoren zij zelf mede bij de praktijk van de rechtspleging betrok-

ken te zijn, op z'n minst door in bijzondere gevallen als rechter-plaatsvervanger op te treden.

Omgekeerd is een premisse voor de goede werking van zodanig instituut voor de rechtspraak natuurlijk – ik kan niet nalaten het op te merken – dat collegepresidenten voor hun leden, die een serieus probleem op het spoor zijn, ruimte maken om zich zo nodig één of meer dagen naar Zutphen te begeven om er gebruik van te maken. Naar mijn overtuiging zal een zo opgezet centrum een broodnodige en uiterste nuttige functie vervullen voor een doeltreffende integratie van het (internationale en) Europese recht in de Nederlandse rechtspleging.

I. Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen

- 16/65, Schwarze, Jur. 1965, p. 1082
44/65, Hessische Knapschaft, Jur. 1965, p. 1147
146/73, Rheinmühlen III, Jur. 1974, p. 0139
115/78, Knoors, Jur. 1979, p. 339
102/81, Nordsee, Jur. 1982, p. 1095
249/81, Buy Irish, Jur. 1982, p. 4005
197/84, Steinhauser, Jur. 1985, p. 1819
102/88, Ruzius-Wilbrink, Jur. 1989, p. 4311
C-16/90, Nölle, Jur. 1991, p. I-5163
C-208/90, Emmott, Jur. 1991, p. I-4269
Gev. zaken C-320/90 en C-322/90, Telemarsicabruzzo, Jur. 1993, p. I-0393
C-83/91, Meilicke, Jur. p. I-4871
C-151/93, Voogd, Jur. 1994, p. I-4915
C-378/93, La Pyramide, Jur. 1994, p. I-3999
C-384/93, Alpine Investment, Jur. 1995, p. I-1141
C-392/93, British Telecom, Jur. 1996, p. I-1631
Gev. zaken C-422/93 en C-424/93, Zabala, Jur. 1995, p. I-1567
C-80/94, Wielockx, Jur. 1995, p. I-2493
C-167/94, Grau Comis, Jur. 1995, p. I-1023
C-18/95, Terhoeve, 26.01.99 nog niet gepubliceerd
C-28/95, Leur-Bloem, Jur. 1997, p. I-4161
C-130/95, Giloy, Jur. 1997, p. I-4291
C-185/95 P, Baustahlgewebe, 17.12.98, n.n.g.
C-188/95, Fantask, Jur. 1997, p. I-6783
C-251/95, Sabèl/Puma, Jur. 1997, p. I-6191
C-337/95, Dior, Jur. 1997, p. I-6013
C-338/95, Wiener, Jur. 1997, p. I-6495
C-349/95, Loendersloot/Ballantine, Jur. 1997, p. I-6227
C-352/95, Phytheron/Bourdon, Jur. 1997, p. I-1729
C-26/96, Rotexchemie, Jur. 1997, p. I-2817
C-53/96, Hermès, Jur. 1998, p. I-3603
C-228/96, Aprile, 17.11.98, nog niet gepubliceerd
C-319/96, Brinkmann Tabakfabriken, Jur. 1998, p. I-5255
C-355/96, Silhouette, Jur. 1998, p. I-4799
C-39/97, Canon/Metro, Jur. 1998, p. I-5507

C-126/97, Eco Swiss/Benetton, nog aanhangig
C-181/97, Van der Kooy, 28.01.99, nog niet gepubliceerd
C-226/97, Lemmens, Jur. 1998, p. I-3711
C-247/97, Schoonbroodt, 03.12.98, nog niet gepubliceerd
C-290/97, Bruner, 10.12.98, nog niet gepubliceerd
Gev. zaken C-425/97 en C-427/97, Albers c.s., aanhangig
C-17/98, Emesa, aanhangig
C-300/98, Parfums Christian Dior, aanhangig
C-392/98, Assco/Layher, aanhangig
C-425/98, Marca/Adidas, aanhangig

II. Gerecht van eerste aanleg

T-83/96, Van der Wal, Jur. 1998, p. II-545
Gev. zaken T-43/98 en T-44/98, Emesa, aanhangig

III. Nationale uitspraken

- 1 CBb 23.03.1990, UCB 1991, 1
- 2 HR 15.12.1998, nr. 107.424, NJB 1999, p. 174, nr. 13
- 3 CBb 22.03.1995, SEW 1995, 540 m.n. Mortelmans
- 4 ABRRvS 09.05.1996, AB 1997, 93
- 5 ABRRvS 24.07.1998, Jb. 1998, 202
- 6 CBb 28.02.96, UCB 1996, 78
- 7 HR 25.11.1997, NJ 1998, 194, m.n. Mortelmans
- 8 Pres.Rb. 's-Gravenhage 25.06.98, zaaknr. HvJ C-300/98
- 9 HR 30.10.1998, RvdW 1998, 199C, zaaknr. HvJ C-392/98
- 10 HR 23.01.1998, RvdW 1998, 28
- 11 HR 20.11.98, RvdW 1998, 216 C
- 12 ABRRvS 20.01.1998, Jb. 1998, 74, m.n. W. Devroe
- 13 CBb 07.10.1998, Stolp International, NJB 1998, blz. 1833, nr. 22
- 14 CBb 09.10.1996, UCB 1996/2, 95 A, m.n. MBWB
- 15 UCB 1996/2, 95 B, m.n. MBWB
- 16 HR 21.03.1997, NJ 1998, 207, m.n. HJS
- 17 HR 20.11.1998, RvdW 1998, 217 C
- 18 BVerf.Ger. 05.08.98 - I BvR 264/98
- 19 CBb 04.10.1991, UTC 1995, nr. 33, m.n. Possen
- 20 CBb 12.06.97, UCB 1997, 50
- 21 Pres.Rb. Den Haag 06.10.97, Jb. 1997, 248, m.n. AWH

- 22 Gerechtshof Den Haag 20.11.97, Jb. 1997, 272, m.n. AWH
- 23 Pres.Rb. Den Haag 17.10.97, Jb. 1997, 259
- 24 Pres. CBb 12.02.1998, Jb. 1998, 119
- 25 Rb. Den Haag 30.10.1996 en 29.04.1998, Pearle, SEW 1998, 436
- 26 HR 04.02.1998, BNB 1998, 176
- 27 CRvB 06.06.91, AB 1991, 504, m.n. De L.
- 28 HR 13.11.98, RvdW 1998, 214 C
- 29 HR 20.11.98, RvdW 1998, 216 C
- 30 CBb 06.02.98, AWB 97/1074, AC Restaurants, n.n.g.

Literatuurlijst

Bocken

P.J.G. Kapteyn en P. VerLoren van Themaat, *Inleiding tot het recht van de Europese Gemeenschappen*. Na Maastricht, Deventer, vijfde druk, 1995.

P.J.G. Kapteyn and P. VerLoren van Themaat, *Introduction to the Law of the European Communities*, The Hague, third edition, Ed. L. Gormley, 1998.

R. Barents, L.J. Brinkhorst, *Grondlijnen van Europees recht*, 8e druk, 1998.

R.H. Lauwaars, C.W.A. Timmermans, *Europees Gemeenschapsrecht in kort bestek*, Groningen, vierde druk, 1997.

K. Lenaerts, P. Van Nuffel, *Europees recht in hoofdlijnen*, Antwerpen-Apeldoorn, 1999.

K. Lenaerts, D. Arts, *Europees Procesrecht*, tweede herwerkte uitgave, Antwerpen, 1999.

A. Prechal, *Directives in European Community law. A Study on EC Directives and their Enforcement by National Courts*, 1995.

A.J. Braakman (ed.), *Toepassing van de artikelen 85 en 86 van het EG-Verdrag door de gerechten van de lid-staten*, Brussel, 1998.

M.A. Jarvis, *The Application of EC Law by National Courts. The Free Movement of Goods*, Oxford 1998.

A. Hartkamp e.a., *Towards a European Civil Code*, second edition, Nijmegen, 1998.

F.H. van der Burg, *Europees gemeenschapsrecht in Nederlandse rechtsorde*, Studiepockets staats- en bestuursrecht nr. 32, Deventer, 1998.

A.J.C. de Moor-Van Vugt m.m.v. E.M. Vermeulen, *Europees bestuursrecht*, Studiepockets staats- en bestuursrecht nr. 31, Deventer, 1998.

A. Minc, *La mondialisation heureuse*, Paris, 1997.

Artikelen

C. Barnard and E. Sharpston, *The changing face of article 177 references*, 34 CML Rev., (1997), pp. 1113-1171.

- M. Claes en B. de Witte, Report on the Netherlands, in: A.-M. Slaughter e.a., *The European Courts & National Courts*, pp. 171-194.
- J.P.H. Donner e.a., Community directives: effects, efficiency, justiciability, *SEW* 1998, pp. 122-136.
- R.A. Derks, *Ius de non-evocando* en prejudiciële vraagstelling in: *Veranderend Belastingklimaat*, Nico de Vries-bundel, 1995, pp. 69-101.
- W. van Gerven, Bridging the gap between community and national laws: towards a principle of homogeneity in the field of legal remedies?, 32 *CML Rev.*, (1995), pp. 679-702.
- L. De Gryse en R.A.A. Duk, De Europese cassatierechter, *SEW* 1998, pp. 368-380.
- H.R. van Gunsteren, De rechtsstaat bedreigd?, in: *Geschriften van de Vereniging voor Bestuurskunde*, De rechtsstaat onbegrensd?, 1990, pp. 87-102.
- T. Heukels, Richtlijn- en gemeenschapsrechtconforme interpretatie: nieuwe internationale dimensies, *NJB* 1997, pp. 1845-1850.
- P.J.G. Kapteyn, The Court of Justice after Amsterdam: taking stock, in: T. Heukels/N.Blokker/M. Brus (eds.), *The European Union after Amsterdam*, Europa Institute of Leiden University, 1998, pp. 139-151.
- P.J.G. Kapteyn, Uitbreiding EG bedreigend voor efficiency en effectiviteit communautaire rechtspraak, *Staatscourant* 1993, nr. 56.
- L.A.D. Keus, De post-Francovich-arresten en het Nederlandse overheidsaansprakelijkheidsrecht, *A&V* 1997/1, pp. 1-8.
- K. Lackhoff en H. Nyssens, Direct effect of directives in triangular situations, *ELRev.* 1998, pp. 397-413.
- C.C.W. Lange, Het Nederlandse 'incassokortgeding' *EEXit?*, *NJB* 1999, pp. 157-162.
- W. Mattli en A.-M. Slaughter, The Role of National Courts in the Process of European Integration, in: A.-M. Slaughter e.a., *The European Courts & National Courts*, pp. 253-276.
- K.P. Müller-Eiselt, Trendwende beim Vorabentscheidungsverfahren (Art. 177 EGV)?, *Zeitschrift für Zölle und Verbrachsteuern* 1997, pp. 414-419.
- D. O'Keeffe, Is the Spirit of Article 177 under Attack? Preliminary References and Admissibility, *ELRev.* 1998, pp. 509-536.

W.J. Ouwerkerk, A European civil code in the year 2005?, in: *Ondernemingsrecht in internationaal perspectief*. 1995, pp. 107-119.

A. Prechal, Community law in national courts: the lessons from Van Schijndel, 35 CML Rev. (1998), pp. 681-706.

S. Sonelli, Appeal on points of law in the community system - a review, 35 CML Rev. (1998), pp. 871-900.

I.W. VerLoren van Themaat e.a., National application of Community Competition Law, SEW april 1998, nr. 4, pp. 137-148.

R.J.G.M Widdershoven, Naar een bestuurs(proces)rechtelijk Ius Commune in Europa, in: F. Steyger e.a., *Europees recht en het Nederlands bestuursrecht*, VAR, Alphen aan den Rijn, pp. 99-166.