

# Op weg naar een minder strikte toepassing van de voorrangregel?

193

Mr. drs. R. van der Hulle\* en mr. R. van der Hulle\*\*

*De voorrang van het Unierecht op het nationale recht brengt met zich dat met het Unierecht strijdig nationaal recht door de nationale rechter buiten toepassing moet worden gelaten. Het Hof van Justitie heeft in het Winner Wetten-arrest een eerste, voorzichtige opening geboden om in uitzonderlijke gevallen hierop een uitzondering te maken en toe te staan dat een met het Unierecht strijdige nationale regeling toch nog tijdelijk wordt toegepast.*

van het Unierecht is het noodzakelijk dat het Unierecht voorrang heeft op het nationale recht.<sup>5</sup>

2. De doorwerking en voorrang van het Unierecht is vanuit nationaal perspectief echter niet onomstreden. Zo wordt in vrijwel alle lidstaten van de Europese Unie de nationale Grondwet gezien als de grondslag voor de doorwerking van het Unierecht in de nationale rechtsorde. De rechters in deze lidstaten sluiten zich dus niet aan bij het standpunt van het Hof van Justitie dat het Unierecht uit zichzelf doorwerkt in de nationale rechtsorde. Sommige nationale rechters hebben daarnaast grenzen gesteld aan de doorwerking van het Unierecht in de nationale rechtsorde en aanvaarden niet dat het Unierecht ook voorrang heeft op het nationale constitutionele recht. Daarmee ontkennen zij de absolute voorrang van het Unierecht op het nationale recht.<sup>6</sup>

3. De benadering van het Duitse Constitutionele Hof – het *Bundesverfassungsgericht* – is in dit verband illustratief. Na aanvankelijk de nadruk te hebben gelegd op de bescherming van de in de Duitse Grondwet opgenomen grondrechten, heeft de hoogste Duitse rechter begin jaren negentig van de vorige eeuw een bevoegdheidscontrole geïntroduceerd: het *Bundesverfassungsgericht* controleert of de Europese instellingen hun bevoegdheden niet te buiten gaan.<sup>7</sup> In het veelbesproken *Lissabon-Urteil* heeft het Duitse Constitutionele Hof hier een zogenoemde identiteitscontrole aan toegevoegd.<sup>8</sup> Deze identiteitscontrole is in feite een uitgebreidere vorm van de bevoegdheidscontrole en houdt in dat handelingen van de Europese instellingen de kern van de Duitse Grondwet niet

## I. Inleiding

1. Zoals bekend is het sinds de jaren zestig van de vorige eeuw vaste rechtspraak van het Hof van Justitie dat het recht van de Europese Unie – het Unierecht – uit zichzelf doorwerkt in de rechtsordes van de lidstaten en dat dit recht voorrang heeft op het nationale recht.<sup>1</sup> Daarbij maakt het geen verschil wat de rangorde, vorm en inhoud is van het nationale recht.<sup>2</sup> In het bekende *Simmenthal*-arrest heeft het Hof van Justitie geoordeeld dat bij een conflict tussen het nationale recht en het Unierecht de nationale rechter het nationale recht buiten toepassing moet laten.<sup>3</sup> Nationale rechtsregels die onverenigbaar zijn met het Unierecht mogen, met andere woorden, door de nationale rechter niet langer worden toegepast.<sup>4</sup> Het primaat van het Unierecht wordt gezien als het fundament van de Europese rechtsorde en wordt door het Hof van Justitie gerechtvaardigd met een beroep op het beginsel van effectiviteit: voor een effectieve doorwerking

\* Mr. drs. Rob van der Hulle is jurist bij de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State.

\*\* Mr. Rick van der Hulle is advocaat bij De Brauw Blackstone Westbroek te Amsterdam.

Deze bijdrage is op persoonlijke titel geschreven en eind oktober afgerond. Met dank aan mr. J. (Jef) Uzman voor zijn suggesties. In zijn binnenkort te verschijnen proefschrift zal het onderwerp van deze bijdrage uitgebreider aan bod komen.

1 HvJ EG 5 februari 1963, zaak C-26/62 (*Van Gend & Loos*), *Jur.* 1963, p. 3; HvJ EG 15 juli 1964, zaak C-6/64 (*Costa/ENEL*), *Jur.* 1964, p. 1199.

2 HvJ EG 17 december 1970, zaak C-11/70 (*Internationale Handelsgesellschaft*), *Jur.* 1970, p. 1125.

3 HvJ EG 9 maart 1978, zaak C-106/77, *Jur.* 1978, p. 629.

4 R. Barents, 'De voorrang van unierecht in het perspectief van constitutioneel pluralisme', *SEW* 2009-2, p. 44-45; R. Barents en L.J. Brinkhorst, *Grondlijnen van Europees Recht*, Deventer: Kluwer 2012, p. 89-93.

5 A. Stone Sweet, 'The Juridical Coup d'État and the Problem of Authority: *CILFIT* and *Foto-Frost*', in: M.P. Maduro en L. Azoulai (red.), *The Past and Future of EU Law*, Oxford: Hart Publishing 2010, p. 206.

6 Zie voor een overzicht P.P. Craig en G. de Búrca, *EU law: text, cases, and materials*, Oxford: Oxford University Press 2011, p. 256-301; M. Claes, *The National Courts' Mandate in the European Constitution*, Oxford: Hart Publishing 2006.

7 *Bundesverfassungsgericht* 29 mei 1974, *BVerfGE* 37, 271 (*Solange I*); *Bundesverfassungsgericht* 22 oktober 1986, 2 *BvR* 197/83, *BVerfGE* 73, 339 (*Solange II*); *Bundesverfassungsgericht* 12 oktober 1993, 2 *BvR* 2134, 2159/92, *BVerfGE* 90, 155 (*Maastricht*).

8 *Bundesverfassungsgericht* 30 juni 2009, 2 *BvE* 2/08, 2 *BvE* 5/08, 2 *BvR* 1010/08, 2 *BvR* 1022/08, 2 *BvR* 1259/08, *BvR* 182/09. Zie over dit arrest bijv. P. Kiiver, 'The Lisbon Judgement of the German Constitutional Court: A Court-Ordered Strengthening of the National Legislature in the

mogen aantasten.<sup>9</sup> Hoewel uit latere rechtspraak kan worden afgeleid dat het Duitse Constitutionele Hof daartoe niet snel zal overgaan, behoudt het zich uitdrukkelijk het recht voor om handelingen van Europese instellingen die de overgedragen bevoegdheden te buiten gaan of die inbreuk maken op de kern van de Duitse Grondwet buiten toepassing te verklaren in de Duitse rechtsorde.<sup>10</sup> Dit alles is onlangs nog aan de orde gekomen in het kader van de ratificatie door het Duitse parlement van het *Fiscal Compact* en het ESM-verdrag, waarmee de Europese begrotingsregels worden aangescherpt respectievelijk een permanent noodfonds voor eurolanden in financiële problemen – het Europees Stabiliteitsmechanisme (ESM) – wordt ingesteld. Het Duitse Constitutionele Hof oordeelde op 12 september 2012 dat ratificatie, zij het onder voorwaarden, niet in strijd komt met de kern van de Duitse Grondwet, meer in het bijzonder met het daarin neergelegde democratieprincipe en het parlementaire budgetrecht.<sup>11</sup> Een ander oordeel zou mogelijk ingrijpende gevolgen hebben gehad voor het voortbestaan van de euro.<sup>12</sup>

4. De hoogste rechters in bijvoorbeeld Frankrijk,<sup>13</sup> Spanje,<sup>14</sup> Italië,<sup>15</sup> Polen,<sup>16</sup> Tsjechië,<sup>17</sup> Hongarije,<sup>18</sup> Denemarken,<sup>19</sup> Letland<sup>20</sup> en Slovenië<sup>21</sup> lijken geïnspireerd te zijn door de rechtspraak van de Duitse constitutionele rechter

en hebben, ieder op hun eigen wijze, ook een voorbehoud gemaakt op de absolute voorrang van het Unierecht.<sup>22</sup> In Nederland daarentegen heeft de verhouding tussen het Unierecht en het nationale recht niet of nauwelijks tot discussie geleid.<sup>23</sup> Nederlandse rechters stellen zich bij de doorwerking en voorrang van het Unierecht loyaal en pragmatisch op.<sup>24</sup>

5. Tegen deze achtergrond willen wij in deze bijdrage ingaan op twee arresten van de Grote kamer van het Hof van Justitie: het op 8 september 2010 gewezen *Winner Wetten*-arrest en het arrest *Inter-Environnement Wallonie en Terre wallonne* van 28 februari 2012.<sup>25</sup> In eerstgenoemd arrest stonden prejudiciële vragen van de Duitse bestuursrechter centraal die op het volgende neerkwamen: kan een nationale regeling die niet in overeenstemming is met het Unierecht in uitzonderlijke gevallen gedurende een overgangperiode toch worden toegepast en, zo ja, onder welke voorwaarden? Hiermee werd in feite gevraagd of een tijdelijke uitzondering kan worden gemaakt op de in het *Simmenthal*-arrest neergelegde verplichting voor de nationale rechter om met het Unierecht strijdig nationaal recht buiten toepassing te laten. Het arrest *Inter-Environnement Wallonie en Terre wallonne* verdient bespreking omdat de zaak die aan dat arrest ten grondslag ligt veel lijkt op de zaak die aan het *Winner Wetten*-arrest ten

- EU', *ELJ* 2010, p. 578-588; H.C.F.J.A. de Waele, 'Karlsruhe über Alles – Europese integratie, constitutionele toetsing en democratie volgens het Duitse *Bundesverfassungsgericht*', *RMThemis* 2010-1, p. 51-62.
- 9 Ph. Gérard, 'Het Bundesverfassungsgericht en *ultra vires*-controle na *Lissabon*: retorische dissidentie', *SEW* 2011-12, p. 505-524; A. Cuyvers, 'Een soeverein hof bewaakt de soevereine staat om het soevereine volk te behoeden voor een soeverein Europa. Het *Lissabon-Urteil* als these en antithese voor de verhouding van Nederland tot de EU', in: J. Uzman en J.M.J. van Rijn van Alkemade (red.), *Soevereiniteit of pluralisme? Nederland en Europa na het Lissabon-Urteil*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2011, p. 65-70.
- 10 *Bundesverfassungsgericht* 6 juli 2010, 2 BvR 2661/06 (*Honeywell*); M. Payandeh, 'Constitutional review of EU law after *Honeywell*: Contextualizing the relationship between the German Constitutional Court and the EU Court of Justice', *CMLR* 2011, p. 9-38; C. Möllers, 'German Federal Constitutional Court: Constitutional *Ultra Vires* Review of European Acts Only Under Exceptional Circumstances; Decision of 6 July 2010, 2 BvR 2661/06, *Honeywell*', *ECLR* 2011, p. 161-167.
- 11 *Bundesverfassungsgericht* 12 september 2012, 2 BvR 1390/12, 2 BvR 1421/12, 2 BvR 1438/12, 2 BvR 1439/12, 2 BvR 1440/12, 2 BvR 6/12. Het democratieprincipe speelt ook in het *Lissabon-Urteil* een belangrijke rol, zie daarover bijv. W. Hulstijn en J.W. van Rossem, 'Het *Lissabon-Urteil*: pluralisme op Duitse voorwaarden', in: Uzman en Van Rijn van Alkemade 2011, p. 23-28.
- 12 P. Zantingh, 'Duitse Hof kan bom onder de euro leggen', *NRC Handelsblad* 11 september 2012.
- 13 R. Mehdi, 'French supreme courts and European Union Law: Between historical compromise and accepted loyalty', *CMLR* 2011, p. 439-473; C. Richards, 'The supremacy of Community law before the French Constitutional Court', *ELR* 2006, p. 499-517; J.H. Reestman en C.B. Schutte, 'Het Europees Grondwettelijk Verdrag en beginsel van voorrang van Europees recht in Frankrijk en Spanje. Lessen voor Nederland?', *SEW* 2006-4, p. 145-158.
- 14 Zie het arrest van het Spaanse Constitutionele Hof over de Europese Grondwet van 13 december 2004, Declaration 1/2004, en daarover C.B. Schutte, 'Spain: *Tribunal Constitucional* on the European Constitution. Declaration of 13 December 2004', *ECLR* 2005, p. 281-292; Reestman en Schutte 2006.
- 15 Claes 2006, p. 620-624.
- 16 A. Lazowski, 'Half full and half empty: The application of EU law in Poland (2004-2010)', *CMLR* 2011, p. 503-53; W. Sadurski, "'Solange, Chapter 3': Constitutional Courts in Central Europe – Democracy – European Union', *ELJ* 2008, p. 1-35.
- 17 Zie het arrest van het Tsjechische Constitutionele Hof van 8 maart 2006, nr. ÚS 50/04, en dat over het Verdrag van Lissabon van 26 november 2008, nr. ÚS 19/08, en 3 november 2009, nr. ÚS 29/09. Zie ook het arrest van 31 januari 2012, nr. ÚS 5/12, waarin de hoogste Tsjechische rechter een arrest van het Hof van Justitie buiten de nationale rechtsorde verklaart, en daarover A. Meij, 'Zoeken naar hiërarchie: is rechtseenheid passé?', *AA* 2012, p. 584-591.
- 18 M. Varju en F. Fazekas, 'The reception of European Union law in Hungary: The Constitutional Court and the Hungarian judiciary', *CMLR* 2011, p. 1945-1984; Sadurski 2008.
- 19 J.H. Daniëls, 'One of Many National Constraints on European Integration: Section 20 of the Danish Constitution', *EPB* 2010, p. 181-192.
- 20 Zie het arrest van het Letse Constitutionele Hof over het Verdrag van Lissabon van 9 april 2009, nr. 2008-35-01.
- 21 Zie het arrest van het Sloveense Constitutionele Hof van 7 februari 2007, nr. U-1-13/04.
- 22 Zie voorts M. Wendel, 'Lisbon before the Courts: Comparative Perspectives', *ECLR* 2011, p. 96-137.
- 23 HR 2 november 2004, *NJ* 2005, 80, m.nt. Alkema (*Verplichte rusttijden*); ABRvS 7 juli 1995, *AB* 1997, 117, m.nt. Beers (*Metten*). Zie hierover T. Barkhuysen, H.M. Griffioen en W.J.M. Voermans, 'Artikelen 93 en 94 Grondwet volgens de Hoge Raad niet van belang voor doorwerking EG-recht', *NJB* 2004, p. 2289-2290; L.F.M. Besseling e.a., *De Nederlandse Grondwet en de Europese Unie*, Groningen: European Law Publishing 2002, p. 30-33; J. Uzman en J. van Rijn van Alkemade, 'Nederlands en Europees staatsrecht in een integrerend Europa – Pluralisme óf principe, of pluralisme als principe?', in: Uzman en Van Rijn van Alkemade 2011, p. 6-9.
- 24 M. de Visser, 'Veranderingen in de dialoog tussen Nederlandse rechters en het Hof van Justitie? De wet prejudiciële vragen en voorstel-Halsema bezien vanuit Europees en rechtsvergelijkend perspectief', *TvCR* 2012, p. 250-251.
- 25 HvJ EU 8 september 2010, zaak C-409/06, *Jur.* 2010, p. 1-8015, *JB* 2010, 247, m.nt. Uzman, *CMLR* 2011, p. 1985-2004, m.nt. Beukers; HvJ EU 28 februari 2012, zaak C-41/11, *JB* 2012, 99, m.nt. De Waele.

grondslag ligt en door betrokken partijen en de verwijzende rechter op het *Winner Wetten*-arrest ook uitdrukkelijk een beroep was gedaan.

## II. Het *Winner Wetten*-arrest

### II.1. Feiten en achtergrond

6. Het in het *Winner Wetten*-arrest centraal staande nationale recht betreft een regeling van de Duitse deelstaat Nordrhein-Westfalen die het organiseren van sportwedenschappen zonder vergunning verbodt. Een in deze deelstaat gevestigde onderneming genaamd *Winner Wetten* hield zich bezig met het exploiteren van een gokhal, die zij gebruikte om voor buitenlandse ondernemingen te bemiddelen bij sportwedenschappen, maar deed dat zonder over een op grond van de regeling vereiste vergunning te beschikken. Om die reden gingen de autoriteiten over tot handhaving.

7. Voor de bestuursrechter in Keulen betoogde *Winner Wetten* dat de regeling in strijd was met het vrije verkeer van diensten. De bestuursrechter volgde dit betoog en voelde zich daarin gesteund door het *Bundesverfassungsgericht*, die de regeling van Nordrhein-Westfalen en een vergelijkbare regeling van de deelstaat Bayern eerder al onverenigbaar met de Duitse Grondwet had verklaard.<sup>26</sup> Kortom: de in Nordrhein-Westfalen geldende regeling die het organiseren van sportwedenschappen zonder vergunning verbodt was volgens de Keulse bestuursrechter in strijd met het Unierecht, terwijl het Duitse Constitutionele Hof deze regeling eerder ook al onverenigbaar met de Duitse Grondwet had verklaard. Op zich stond de Keulse bestuursrechter voor een eenvoudige opgave. Zoals gezegd volgt immers uit vaste rechtspraak van het Hof van Justitie dat het Unierecht voorrang heeft op het nationale recht: bij een conflict tussen het nationale recht en het Unierecht dient de nationale rechter het nationale recht buiten toepassing te laten.

8. Toch lag de zaak gecompliceerder. In Duitsland geldt als uitgangspunt dat met de Grondwet strijdige regelingen nietig zijn.<sup>27</sup> Het Duitse Constitutionele Hof kiest er echter regelmatig voor om een regeling slechts onverenigbaar met de Grondwet te verklaren. De regeling blijft dan van kracht, maar mag door de rechter en het bestuur niet langer worden toegepast. Een dergelijke *Unvereinbarerklärung* verplicht de wetgever tot het vaststellen van een nieuwe regeling, die met terugwerkende kracht rechtsherstel moet bieden. Tot die tijd dienen bestaande procedures waarin de regeling aan de orde is te worden opgeschort. Het Duitse Constitutionele Hof kan daaren-

tegen ook bepalen dat een met de Grondwet strijdige regeling juist nog enige tijd moet worden toegepast. In dat geval reguleert de Duitse constitutionele rechter uitdrukkelijk de temporele werking van zijn uitspraak: een regeling die in strijd is met de Grondwet verliest niet onmiddellijk haar rechtskracht, maar pas op een later moment.<sup>28</sup>

Voor deze benadering kan worden gekozen wanneer de nietigheid of de niet-toepasselijkheid van een regeling zou leiden tot een situatie die zich nog slechter met de Grondwet verdraagt dan de regeling zelf. Dit is het geval wanneer de nietigheid of de niet-toepasselijkheid van de regeling tot gevolg heeft dat de in de Grondwet opgenomen grondrechten nog minder worden beschermd of wanneer dit leidt tot een ernstige inbreuk op de rechtszekerheid. Een *Unvereinbarerklärung* met een toepassingsgebod wordt soms ook uitgesproken ter bescherming van het algemeen belang.<sup>29</sup>

9. In het *Winner Wetten*-arrest staat deze laatste benadering centraal: het Duitse Constitutionele Hof had vastgesteld dat de regelingen van Nordrhein-Westfalen en Bayern die het organiseren van sportwedenschappen zonder vergunning verboden in strijd waren met de Duitse Grondwet, maar het had ook bepaald dat deze regelingen ondanks deze strijdigheid toch nog tijdelijk moesten worden toegepast. Interessant is dat het Hof dit niet deed ter bescherming van de in de Duitse Grondwet opgenomen grondrechten, de rechtszekerheid of het algemeen belang, maar om een andere reden. De Duitse constitutionele rechter was van mening dat er voor de wetgevers van de deelstaten verschillende manieren waren om de strijdigheid met de Grondwet weg te nemen. Hiermee leek voor hem het democratische argument doorslaggevend: wanneer er verschillende oplossingen zijn om aan de strijdigheid met de Grondwet een einde te maken, moeten er politieke keuzes worden gemaakt en de rechter moet de wetgever daarbij niet voor de voeten lopen.<sup>30</sup> Door de regelingen van Nordrhein-Westfalen en Bayern tijdelijk in stand te laten, werd de wetgevers van deze deelstaten een termijn gegund om de regelingen alsnog in overeenstemming met de Duitse Grondwet te brengen. Binnen deze overgangperiode moesten de regelingen nog gewoon worden toegepast.

10. De bestuursrechter in Keulen vroeg zich af hoe deze benadering zich tot het Unierecht verhoudt. Mocht, met andere woorden, de wetgever van Nordrhein-Westfalen een termijn worden gegund om de regeling die het organiseren van sportwedenschappen zonder vergunning verbodt ook in overeenstemming te brengen met het Unierecht? Het *Oberverwaltungsgericht* van Nordrhein-Westfalen had dit eerder in een vergelijkbare zaak wel gedaan, overigens niet – zoals de Duitse constitutionele rechter – omdat er politieke keuzes moesten worden ge-

<sup>26</sup> *Bundesverfassungsgericht* 28 maart 2006, 1 BvR 1054/01; *Bundesverfassungsgericht* 2 augustus 2006, 1 BvR 2677/04.

<sup>27</sup> C. Moes, 'Die Anordnung der befristeten Fortgeltung verfassungswidriger Steuergesetze durch das Bundesverfassungsgericht', *Steuer und Wirtschaft* 2008, p. 28-29.

<sup>28</sup> Uzman 2010, punt 4.

<sup>29</sup> J.J.J. Sillen, *Rechtsgevolgen van toetsing van wetgeving*, Deventer: Kluwer 2010, p. 197-220, met verwijzingen en voorbeelden.

<sup>30</sup> Uzman 2010, punt 5.

maakt, maar met het oog op de rechtszekerheid en het voorkomen van een rechtsvacuüm.<sup>31</sup> De Keulse bestuursrechter betwijfelde echter of dit op grond van het Unierecht is toegestaan. Hij besloot daarom prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie te stellen. Deze vragen kwamen op het volgende neer: kan een nationale regeling die niet in overeenstemming is met het Unierecht in uitzonderlijke gevallen gedurende een overgangperiode toch worden toegepast en zo ja, onder welke voorwaarden?

## II.2. Rechtsvergelijking

11. Alvorens in te gaan op het oordeel van het Hof van Justitie, zal beknopt worden geïnventariseerd of het ook in andere lidstaten van de Europese Unie kan voorkomen dat de rechter bepaalt dat een regeling die in strijd is met hogere regelgeving toch nog tijdelijk moet worden toegepast. Is dat niet het geval, dan lijkt immers te kunnen worden gesteld dat het *Winner Wetten*-arrest uitsluitend voor de Duitse rechtspraktijk relevant is. Alleen al een blik op omringende lidstaten leert evenwel dat de in het *Winner Wetten*-arrest centraal staande benadering van het *Bundesverfassungsgericht* zeker niet uniek is.

12. De constitutionele rechter in Frankrijk – de *Conseil constitutionnel* – kan kiezen voor een benadering die vergelijkbaar is met de benadering van de Duitse constitutionele rechter die in het *Winner Wetten*-arrest centraal staat. De *Conseil constitutionnel* is bevoegd om wetgeving te toetsen aan de Franse Grondwet. Sinds 2008 kan door de Franse Raad van State en door het Hof van Cassatie via een prejudiciële procedure de *Conseil constitutionnel* de vraag worden voorgelegd of bestaande wetgeving in overeenstemming is met de Grondwet. Het oordeel dat een regeling niet in overeenstemming is met de Grondwet heeft op grond van artikel 62 van de Grondwet geen terugwerkende kracht: een met de Grondwet strijdige regeling verliest haar rechtskracht vanaf het moment van de publicatie van de uitspraak waarin de *Conseil constitutionnel* verklaart dat de regeling in strijd is met de Grondwet. In artikel 62 is daarnaast bepaald dat de Franse constitutionele rechter kan voorschrijven dat een met de Grondwet strijdige regeling pas op een later moment haar rechtskracht verliest.<sup>32</sup>

13. Voor de Franse constitutionele rechter kan zowel de rechtszekerheid<sup>33</sup> als het algemeen belang een reden zijn om een met de Grondwet strijdige regeling tijdelijk in stand te laten. In juni 2011 oordeelde hij bijvoorbeeld dat een in de Franse gezondheidswet neergelegde regeling

niet in overeenstemming was met de Grondwet.<sup>34</sup> Op basis van deze regeling was het onder andere mogelijk om burgers met een psychische stoornis zo nodig tegen hun wil op te laten nemen in een inrichting. De *Conseil constitutionnel* bepaalde dat deze regeling ondanks haar strijdigheid met de Grondwet nog een aantal maanden moest worden toegepast en rechtvaardigde dit met een beroep op het algemeen belang, meer in het bijzonder de volksgezondheid en veiligheid in de samenleving: wanneer de regeling onmiddellijk haar rechtskracht zou verliezen, zou niet alleen de gezondheid van mensen met een psychische stoornis in gevaar kunnen komen, maar ook de openbare orde en het welzijn van andere burgers. Een tweede voorbeeld van een arrest waarin de *Conseil constitutionnel* oordeelt dat een met de Grondwet strijdige regeling toch nog enige tijd moet worden toegepast, heeft betrekking op de mogelijkheid om verdachten vast te houden voor ondervraging.<sup>35</sup> In de Franse wetgeving was voorgeschreven dat verdachten vierentwintig uur lang konden worden vastgehouden ongeacht de ernst van het gepleegde delict. Deze periode kon met vierentwintig uur worden verlengd. De *Conseil constitutionnel* was van mening dat hierbij onvoldoende rekening werd gehouden met de in de Grondwet opgenomen rechten van een verdachte, maar besloot dat de betreffende regeling pas een jaar later haar rechtskracht zou verliezen. Ook daarbij speelde de veiligheid in de samenleving een belangrijke rol. De benadering van de *Conseil constitutionnel* lijkt hiermee veel op die van het *Bundesverfassungsgericht*. Zoals hiervoor beschreven kan zowel de rechtszekerheid als het algemeen belang immers ook voor de Duitse constitutionele rechter een reden zijn om een met de Grondwet strijdige regeling tijdelijk in stand te laten.

14. De constitutionele rechter in België kan eveneens kiezen voor een benadering die vergelijkbaar is met de benadering van de Duitse constitutionele rechter die in het *Winner Wetten*-arrest centraal staat. Het Grondwettelijk Hof – voorheen het Arbitragehof – is in België bevoegd om te toetsen of wetgeving in overeenstemming is met de Belgische Grondwet.<sup>36</sup> In artikel 8 van de Bijzondere wet op het Grondwettelijk Hof is niet alleen bepaald dat een voorschrift dat onverenigbaar is met de Grondwet door het Grondwettelijk Hof geheel of gedeeltelijk wordt vernietigd, maar ook dat de rechtsgevolgen van een vernietigd voorschrift door het Hof tijdelijk kunnen worden gehandhaafd. Net als de Duitse en Franse constitutionele rechters, hecht de Belgische constitutionele rechter veel waarde aan de rechtszekerheid en bepaalt hij ter bescherming daarvan herhaaldelijk dat de rechtsgevolgen van een met de Grondwet strijdige

31 *Oberverwaltungsgericht Nordrhein-Westfalen* 28 juni 2006, 4 B 961/06.

32 J.L.W. Broeksteeg, 'De Franse Republiek', in: L.F.M. Besselink e.a. (red.), *Staatsrecht van landen van de Europese Unie*, Deventer: Kluwer 2012, p. 167-170; Ph. Kiiver, W. van der Woude en L.F.M. Verhey, *Institutionele aspecten van constitutionele toetsing*, Deventer: Kluwer 2012, p. 16-17.

33 Zie bijv. *Conseil constitutionnel* 6 oktober 2010, nr. 2010-45 QPC; *Conseil constitutionnel* 27 juli 2012, nr. 2012-270 QPC; *Conseil constitutionnel* 13 januari 2010, nr. 2011-208 QPC.

34 *Conseil constitutionnel* 9 juni 2011, nr. 2011-135/140 QPC.

35 *Conseil constitutionnel* 30 juli 2010, nr. 2010-14/22 QPC.

36 P. Populier, 'Het Koninkrijk België', in: L.F.M. Besselink e.a. 2012, p. 39-41; Kiiver, Van der Woude en Verhey 2012, p. 14-15.

voorschrift tijdelijk moeten worden gehandhaafd.<sup>37</sup> Het recente arrest van het Grondwettelijk Hof over het rookverbod in België is hier een voorbeeld van.<sup>38</sup> Aanvankelijk waren bepaalde horecabedrijven van dit verbod uitgezonderd. Het Grondwettelijk Hof oordeelde in maart 2011 dat deze uitzondering onverenigbaar was met de Grondwet, maar koos ervoor om deze uitzondering nog anderhalve maand te handhaven. Op die manier trachtte het de horecabedrijven die aanvankelijk van het rookverbod waren uitgezonderd ‘de tijd te geven zich aan het algemene rookverbod te conformeren’.<sup>39</sup>

15. Uit de rechtspraak kan worden afgeleid dat de Belgische constitutionele rechter ook voor het democratische argument niet ongevoelig is: soms kiest hij ervoor om de rechtsgevolgen van een met de Grondwet strijdig voorschrift tijdelijk te handhaven omdat er voor de wetgever meerdere manieren zijn om een nieuw voorschrift vast te stellen dat wel in overeenstemming is met de Grondwet.<sup>40</sup> In die gevallen dient de rechter de wetgever niet voor de voeten te lopen en de ruimte te bieden om alle betrokken belangen opnieuw af te wegen. De Belgische constitutionele rechter lijkt bovendien te willen voorkomen dat de vernietiging van een voorschrift leidt tot ‘budgettaire en administratieve moeilijkheden’ voor de overheid of te ingrijpende gevolgen heeft voor de betrokkenen.<sup>41</sup> Dit laatste blijkt bijvoorbeeld uit een arrest van begin juli 2011 over het Belgische arbeidsrecht.<sup>42</sup> Daarin wordt van oudsher een onderscheid gemaakt tussen arbeiders en bedienden. Dit onderscheid is vooral gebaseerd op de aard van het werk: arbeiders verrichten werk van manuele aard en bedienden verrichten werk van intellectuele aard. Voor beide groepen gelden in een aantal opzichten verschillende regels, bijvoorbeeld wat betreft de bescherming bij ontslag en ziekte. Volgens het Grondwettelijk Hof is dit in strijd met het in de Belgische Grondwet neergelegde gelijkheidsbeginsel. Het Hof heeft echter bepaald dat de rechtsgevolgen van de relevante voorschriften nog twee jaar, oftewel tot begin juli 2013, gehandhaafd blijven. Daarmee heeft de wetgever twee jaar de tijd gekregen om het Belgische arbeidsrecht op dit punt aan te passen. Door het Grondwettelijk Hof is hierbij niet alleen een beroep gedaan op de rechtszekerheid, maar ook op de ingrijpende gevolgen die met de vernietiging van de relevante voorschriften gepaard zouden gaan: volgens het Hof zou vernietiging ‘in tal van hangende en toekomstige zaken tot een aanzienlijke

rechtsonzekerheid leiden en een groot aantal werkgevers in ernstige financiële moeilijkheden kunnen brengen’.<sup>43</sup>

16. Zoals Uzman beschrijft in zijn noot onder het *Winner Wetten*-arrest, kiezen ook de hoogste rechters in Nederland regelmatig voor een benadering die vergelijkbaar is met de benadering van de Duitse constitutionele rechter die in dat arrest centraal staat.<sup>44</sup> Het gaat dan om gevallen waarin sprake is van een conflict tussen het nationale recht en het verdragsrecht. Op grond van artikel 94 van de Nederlandse Grondwet dient een nationaal voorschrift dat in strijd is met een rechtstreeks werkende verdragsbepaling buiten toepassing te worden gelaten. De Nederlandse rechter overweegt echter in bepaalde gevallen dat het buiten toepassing laten van een nationaal voorschrift dat in strijd is met een rechtstreeks werkende verdragsbepaling zijn rechtsvormende taak te buiten gaat. Dat is vaak het geval als de wetgever meerdere mogelijkheden heeft om de verdragsschending op te heffen, hetgeen zich vooral voordoet bij een schending van het in diverse verdragen neergelegde gelijkheidsbeginsel.<sup>45</sup> Bij een schending van het gelijkheidsbeginsel heeft de wetgever verschillende manieren om de schending op te heffen: hij kan de benadeelde groep hetzelfde voordeel toekennen dat de bevoordeelde groep geniet, maar hij kan er bijvoorbeeld ook voor kiezen om de discriminerende regeling in te trekken waardoor het voordeel niemand meer toekomt. In dergelijke gevallen moeten politieke keuzes worden gemaakt en de rechter moet de wetgever daarbij niet voor de voeten lopen. Alleen als de wetgever de kwestie op zijn beloop laat en te lang wacht met het wijzigen van het strijdige voorschrift acht de Nederlandse rechter zich bevoegd om alsnog in te grijpen. Naar onze mening reguleert de Nederlandse rechter in de gevallen waarin hij afziet van het buiten toepassing laten van een nationaal voorschrift dat in strijd is met een rechtstreeks werkende verdragsbepaling op een indirecte manier de temporele werking van zijn uitspraak. Deze benadering heeft hetzelfde effect als bijvoorbeeld een *Unvereinbarklärung* met een toepassingsgebod van het *Bundesverfassungsgericht*, een uitspraak van de *Conseil constitutionnel* waarin wordt geoordeeld dat een met de Franse Grondwet strijdig voorschrift op een later moment zijn rechtskracht verliest of een uitspraak van het Belgische Grondwettelijk Hof waarin wordt geoordeeld dat de rechtsgevolgen van een met de Belgische Grondwet strijdig voorschrift tijdelijk moeten worden gehandhaafd: in alle gevallen wordt het strijdige voorschrift voorlopig toegepast. Anders dan

37 Grondwettelijk Hof 2 maart 2011, nr. 33/2011; Grondwettelijk Hof 12 juli 2012, nr. 88/2012; Grondwettelijk Hof 15 maart 2012, nr. 45/2012; Arbitragehof 21 maart 2007, nr. 49/2007; Arbitragehof 19 januari 2005, nr. 11/2005.  
 38 Grondwettelijk Hof 15 maart 2011, nr. 37/2011.  
 39 Punt B.18 van het arrest.  
 40 Arbitragehof 1 juni 2005, nr. 101/2005; Arbitragehof 23 maart 2005, nr. 62/2005; Arbitragehof 16 juni 2004, nr. 106/2004; Arbitragehof 30 juni 2004, nr. 114/2004.  
 41 Grondwettelijk Hof 17 juli 2008, nr. 104/2008; Arbitragehof 24 maart 2004, nr. 49/2004, respectievelijk, Grondwettelijk Hof 19 juli 2007, nr. 105/2007.  
 42 Grondwettelijk Hof 7 juli 2011, nr. 125/2011.  
 43 Punt B.5.5 van het arrest.  
 44 Uzman 2010, punt 9.  
 45 Zie bijv. HR 12 mei 1999, *BNB* 1999/271, m.nt. Wattel (*Arbeidskostenforfait*); HR 12 oktober 1984, *NJ* 1985, 230, m.nt. Van der Grinten (*Optierecht*); HR 5 september 1997, *NJ* 1998, 686, m.nt. De Boer (*Duo-moeders*); ABRvS 21 november 2006, *AB* 2007, 80, m.nt. Stolk (*Eman en Sewinger*); ABRvS 29 oktober 2003, *JB* 2004, 3, m.nt. Verhey (*Kiesrecht handelingsonbekwame*); HR 15 juli 1998, *BNB* 1998/232, m.nt. Wattel (*Autokostenforfait*).

deze rechters stelt de Nederlandse rechter echter geen concrete termijn waarbinnen de verdragsschending moet zijn opgeheven.

17. In landen als Estland, Ierland, Griekenland, Italië, Oostenrijk, Polen, Portugal, Roemenie, Slovenië, Spanje en Tsjechië is de rechter eveneens bevoegd om de temporele werking van zijn uitspraken te reguleren.<sup>46</sup> Een van de weinige landen waar dit, daarentegen, in beginsel niet mogelijk is, is Engeland. Het toenmalige *House of Lords* heeft in juni 2005 benadrukt dat uitspraken van de Engelse rechter een declaratoir karakter hebben: wanneer de rechter een voorschrift op een nieuwe manier toepast of uitlegt, moet worden aangenomen dat deze uitleg of toepassing altijd al heeft gegolden.<sup>47</sup> De bevoegdheid van de rechter om de temporele werking van zijn uitspraken te reguleren zou volgens de hoogste rechter in Engeland niet alleen leiden tot praktische problemen, maar ook stuiten op belangrijke principiële bezwaren. Volgens de *Lords* is een dergelijke bevoegdheid ‘outside the constitutional limits of the judicial function’. Toch sloot de hoogste Engelse rechter in juni 2005 de mogelijkheid dat de rechter de temporele werking van zijn uitspraak reguleert niet uit in gevallen waarin zijn uitspraak ‘gravely unfair and disruptive consequences for past transactions or happenings’ heeft.<sup>48</sup>

18. Dat het voor de Engelse rechter in beginsel niet mogelijk is om de temporele werking van zijn uitspraken te reguleren, kan ook uit latere rechtspraak van de hoogste rechter in Engeland – inmiddels het *Supreme Court of the United Kingdom* – worden afgeleid. Zo werd het *Supreme Court* in 2010 de vraag voorgelegd hoe aan de *Salduz*-rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens in Engeland uitvoering moest worden gegeven.<sup>49</sup> Op grond van deze rechtspraak heeft een verdachte in beginsel recht op bijstand van een advocaat voorafgaand aan het politieverhoor.<sup>50</sup> De autoriteiten stelden dat deze nieuwe rechtspraak vanuit financieel en praktisch oogpunt tot grote problemen zou leiden. Zo zouden meer dan 75 000 lopende strafzaken opnieuw tegen het licht moeten worden gehouden. Door de autoriteiten werd daarom voorgesteld om de nieuwe rechtspraak alleen op toekomstige zaken toe te passen. Het *Supreme Court* voelde daar echter niets voor en overwoog in oktober 2010 dat de nieuwe rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens ‘must be faced up to, whatever the consequences’.<sup>51</sup>

### II.3. Oordeel van het Hof

19. Nu duidelijk is dat het niet alleen in Duitsland maar ook in een groot aantal andere lidstaten van de Europese Unie kan voorkomen dat een regeling die in strijd is met hogere regelgeving toch nog tijdelijk moet worden toegepast, kan worden gesteld dat het *Winner Wetten*-arrest niet alleen voor de Duitse rechtspraak, maar ook voor die in veel andere lidstaten relevant is. Zoals gezegd werd het Hof van Justitie de vraag voorgelegd of en, zo ja, onder welke omstandigheden het mogelijk is om een met het Unierecht strijdige nationale regeling gedurende een overgangperiode toch nog toe te passen. Het Hof volgt in het *Winner Wetten*-arrest een behoedzame koers en stelt voorop dat de volle werking van het Unierecht vereist dat iedere nationale rechter het Unierecht integraal toepast.<sup>52</sup> Elke nationale bepaling of wetgevende, bestuurlijke of rechterlijke praktijk die ertoe zou leiden dat aan de volle werking van Unierecht wordt afgedaan zal dan ook terzijde moeten worden gesteld. Dat de Duitse constitutionele rechter een nationale regeling onverenigbaar met de Duitse Grondwet heeft verklaard, laat volgens het Hof onverlet dat iedere lagere nationale rechter de bevoegdheid en verplichting heeft om te toetsen of deze regeling in overeenstemming is met het Unierecht en om, wanneer hij tot het oordeel komt dat dit niet het geval is, de regeling buiten toepassing te laten.<sup>53</sup> Tot zover is het oordeel van het Hof niet verrassend en in lijn met zijn vaste rechtspraak dat het Unierecht voorrang heeft op daarmee strijdig nationaal recht.

20. Het *Winner Wetten*-arrest komt in zoverre ook overeen met het een jaar eerder gewezen *Filipiak*-arrest.<sup>54</sup> In dat arrest stond een Poolse regeling centraal die in strijd was met de Poolse Grondwet, maar die door de Poolse constitutionele rechter tijdelijk in stand was gelaten. De lagere Poolse rechter vroeg zich af of de nationale regeling ook in strijd was met het Unierecht en welke betekenis in dat verband zou toekomen aan het arrest van de Poolse constitutionele rechter waarin was bepaald dat de regeling tijdelijk in stand moest blijven. Daarmee werd het Hof van Justitie in feite dezelfde vraag gesteld als in het *Winner Wetten*-arrest.<sup>55</sup> Na allereerst te overwegen dat de Poolse regeling inderdaad in strijd was met het Unierecht, benadrukt het Hof ook in het *Filipiak*-arrest dat elke nationale rechter verplicht is om het Unierecht integraal toe te passen en nationale bepalingen die daarmee in strijd zijn buiten toepassing te laten. Dit geldt ‘ongeacht

46 H. Schmitz en S. Krasniqi, ‘Die Beschränkung der zeitlichen Wirkung von Urteilen in den Mitgliedstaaten der Europäischen Union’, *EuR* 2010, p. 189-206.

47 *House of Lords* 30 juni 2005 [2005] UKHL 41 (*National Westminster Bank Plc. v. Spectrum Plus Ltd.*).

48 *House of Lords* 30 juni 2005 [2005] UKHL 41 (*National Westminster Bank Plc. v. Spectrum Plus Ltd.*), per Lord Nicholls of Birkenhead, punten 26 en 40.

49 *UK Supreme Court* 26 oktober 2010 [2010] UKSC 43 (*Cadder v. Her Majesty's Advocate*). Zie ook *UK Supreme Court* 27 januari 2010 [2010] UKSC 2 (*Ahmed & Others v. Her Majesty's Treasury*).

50 Zie bijv. M. Borgers, ‘Een nieuwe dageraad voor de raadsman bij het politieverhoor?’, *NJB* 2009, p. 88-93; T. Spronken, ‘Ja, de zon komt op voor de raadsman bij het politieverhoor’, *NJB* 2009, p. 94-100.

51 *UK Supreme Court* 26 oktober 2010 [2010] UKSC 43 (*Cadder v. Her Majesty's Advocate*), per Lord Hope, punt 4.

52 *Uzman* 2010, punt 6.

53 *Rechtsoverwegingen* 53-61.

54 HvJ EG 19 november 2009, zaak C-314/08, *Jur.* 2009, p. I-11049.

55 Sommige auteurs verwonderen zich er dan ook over dat beide arresten niet gevoegd zijn behandeld, zie Lazowski 2011, p. 548-549.

het arrest van het nationale constitutionele hof waarin is verklaard dat die ongrondwettig geachte bepalingen hun bindende kracht op een later tijdstip zullen verliezen'.<sup>56</sup> Hieruit kan worden afgeleid dat de nationale rechter in ieder geval niet tot voorlopige toepassing van een met het Unierecht strijdige regeling kan besluiten omdat de hoogste nationale rechter eerder heeft bepaald dat deze regeling ook in strijd is met de nationale Grondwet maar ondanks die strijdigheid nog voorlopig moet worden toegepast.<sup>57</sup>

21. Toch biedt het Hof van Justitie, zoals Uzman reeds heeft opgemerkt, verderop in het *Winner Wetten*-arrest een eerste, voorzichtige opening om in uitzonderlijke gevallen toe te staan dat een nationale regeling die onverenigbaar is met het Unierecht gedurende een overgangperiode wordt toegepast.<sup>58</sup> Daarmee gaat het Hof een stap verder dan in het *Filipiak*-arrest. De lidstaten die bij het Hof opmerkingen hebben ingediend, hebben in dit verband gewezen op de rechtspraak van het Hof zelf waarin het Hof de gevolgen van een nietig of ongeldig verklaarde handeling van een Europese instelling ook nog enige tijd in stand laat. Het Hof sluit analoge toepassing van deze rechtspraak op de situatie waarin de nationale rechter te maken krijgt met een nationale regeling die in strijd is met het Unierecht niet uit, maar ziet daar in het geval van *Winner Wetten* geen ruimte voor, omdat de Duitse rechter al heeft geoordeeld dat de regeling van Nordrhein-Westfalen die het organiseren van sportwedstrijden zonder vergunning verbodt de gokverslaving niet op een doeltreffende wijze kon bestrijden. Daarnaast benadrukt het Hof dat het aan het Hof zelf is om te bepalen wanneer analoge toepassing van zijn rechtspraak daadwerkelijk mogelijk zou zijn. Dit laatste impliceert naar onze mening dat de nationale rechter in een voorkomend geval een prejudiciële vraag zal moeten stellen en dus in feite alleen tot voorlopige toepassing van een met het Unierecht strijdige nationale regeling mag besluiten als het Hof daarmee heeft ingestemd.<sup>59</sup>

#### II.4. *Temporele werking van uitspraken van het Hof*

22. Zoals zojuist gezegd biedt het Hof van Justitie in het *Winner Wetten*-arrest een eerste, voorzichtige opening om in uitzonderlijke gevallen een nationale regeling die onverenigbaar is met het Unierecht toch nog enige tijd toe te passen en daarmee een tijdelijke uitzondering te maken op de voorrang van het Unierecht. Het Hof heeft echter niet concreet aangegeven onder welke omstandigheden dit daadwerkelijk mogelijk zou zijn. Alleen duidelijk is dat de omstandigheid dat de hoogste nationale rechter eerder heeft bepaald dat de regeling ook in strijd

is met de nationale Grondwet maar ondanks die strijdigheid voorlopig moet worden toegepast daar in ieder geval geen reden voor kan zijn. Het Hof van Justitie sluit analoge toepassing van zijn eigen rechtspraak waarin de gevolgen van een nietig of ongeldig verklaarde handeling van een Europese instelling ook nog enige tijd in stand worden gelaten in dit verband niet uit. Om te bepalen welke omstandigheden wellicht kunnen rechtvaardigen dat een met het Unierecht strijdige nationale regeling toch nog voorlopig wordt toegepast, lijkt dan ook bij deze rechtspraak aansluiting te moeten worden gezocht. In deze paragraaf zal op die rechtspraak worden ingegaan. Daaruit blijkt dat voor het Hof van Justitie eerst en vooral de rechtszekerheid een reden kan zijn om een nietige of ongeldige handeling van een Europese instelling tijdelijk in stand te laten en daarmee de temporele werking van zijn uitspraak te reguleren. Hieronder zal echter eerst worden ingegaan op de rechtspraak waarin door het Hof prejudiciële vragen worden beantwoord over de manier waarop het Unierecht moet worden uitgelegd, omdat het ook in dat verband de temporele werking van zijn uitspraak kan reguleren met het oog op de rechtszekerheid en daarbij concreter aangeeft aan welke voorwaarden dan moet worden voldaan.

23. Wat de rechtspraak betreft waarin het Hof van Justitie prejudiciële vragen beantwoordt over de manier waarop het Unierecht moet worden uitgelegd, geldt dat zijn oordeel in beginsel een declaratoir karakter heeft: wanneer het Unierecht door het Hof op een nieuwe manier wordt uitgelegd, moet worden aangenomen dat deze uitleg altijd al heeft gegolden.<sup>60</sup> Het Hof van Justitie wordt regelmatig verzocht om van dit uitgangspunt af te wijken en om de werking van zijn arrest in de tijd te beperken. Een dergelijk verzoek heeft echter weinig kans van slagen. Het Hof benadrukt herhaaldelijk dat zijn oordeel over de uitlegging van het Unierecht door nationale rechters ook moet 'worden toegepast op rechtsbetreffingen die zijn ontstaan en tot stand gekomen voor het arrest waarbij op het verzoek om uitlegging is beslist'.<sup>61</sup> Alleen in uitzonderlijke gevallen kan van dit uitgangspunt worden afgeweken:

'Slechts bij uitzondering kan het Hof, met toepassing van een aan de rechtsorde van de Unie inherent algemeen beginsel van rechtszekerheid, aanleiding vinden om voor iedere belanghebbende beperkingen te stellen aan de mogelijkheid om met een beroep op een door het Hof uitgelegde bepaling, te goeder trouw tot stand gekomen rechtsbetreffingen opnieuw in geding te brengen. Om tot een dergelijke beperking te kunnen besluiten, moet zijn voldaan aan twee essentiële criteria, te weten de

56 Rechtsoverwegingen 84-85.

57 Zie ook Beukers 2011, p. 1998-1999.

58 Uzman 2010, punten 6 en 7.

59 Zie over de verhouding tussen het Hof van Justitie en nationale rechters recent H. van Harten, 'Zoekt en gij zult (rechts)vinden. Over gedeeld gezag in de Europese rechtsorde', AA 2012, p. 541-549.

60 R. Barents, *EU-procesrecht*, Deventer: Kluwer 2010, p. 408-409; T. Barkhuysen, 'De inpassing van de prejudiciële procedure in het Nederlandse bestuursrecht', in: W. den Ouden en E. Steyger (red.), *Europees recht effectueren. Algemeen bestuursrecht als instrument voor de effectieve uitvoering van het EG-recht*, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2007, p. 333.

61 Zie bijv. HvJ EG 6 maart 2007, zaak C-292/04 (*Meilicke*), *Jur.* 2007, p. I-1835; HvJ EU 13 april 2010, zaak C-73/08 (*Bressol*), *Jur.* 2010, p. I-2735.

goede trouw van de belanghebbende kringen en het gevaar van ernstige verstoringen.<sup>62</sup>

24. Hieruit volgt dat het Hof van Justitie in uitzonderlijke gevallen de temporele werking van zijn arrest kan reguleren met het oog op de rechtszekerheid. Wel moet dan aan twee voorwaarden worden voldaan. In de eerste plaats moet er een gevaar bestaan voor 'ernstige verstoringen'. Uit de rechtspraak kan worden afgeleid dat het bij dit criterium vooral gaat om gevallen waarin het arrest van het Hof van Justitie ernstige financiële gevolgen kan hebben.<sup>63</sup> Een belangrijk aspect hierbij is het aantal rechtsbetrekkingen dat door het arrest van het Hof kan worden beïnvloed: hoe groter het aantal rechtsbetrekkingen dat door het arrest kan worden aangetast, hoe groter de kans op ernstige financiële gevolgen.<sup>64</sup> Het vereiste dat er een gevaar moet bestaan voor ernstige financiële gevolgen wordt echter zeer streng uitgelegd. Een lidstaat zal dit in ieder geval met concrete cijfers moeten aantonen.<sup>65</sup> Daarnaast benadrukt het Hof regelmatig dat de mogelijke financiële gevolgen voor een lidstaat in beginsel geen rechtvaardiging kunnen vormen voor het beperken van de werking van zijn arrest in de tijd. De enkele omstandigheid dat het oordeel van het Hof financiële gevolgen heeft, is op zichzelf dus niet voldoende.<sup>66</sup>

25. Naast het vereiste dat het oordeel van het Hof van Justitie ernstige financiële gevolgen kan hebben, geldt dat de rechtsbetrekkingen die daardoor kunnen worden beïnvloed te goeder trouw tot stand moeten zijn gekomen. Uit de rechtspraak blijkt dat rechtsbetrekkingen te goeder trouw tot stand zijn gekomen wanneer zij hun grondslag vinden in een nationaal voorschrift dat vóór het arrest geacht mocht worden verenigbaar te zijn met het Unierecht.<sup>67</sup> Het Hof van Justitie lijkt in dit verband een redelijkheidstoets te hanteren: het Hof beoordeelt of een lidstaat er in redelijkheid van uit heeft kunnen gaan dat het betreffende nationale voorschrift in overeenstemming was met het Unierecht.<sup>68</sup> Daarbij speelt een belangrijke rol of aan de kant van een lidstaat grote en objectieve onzekerheid bestond over de strekking van het relevante Unierecht. Het gedrag van de Europese Commissie, die

bijvoorbeeld kan afzien van het instellen van een inbreukprocedure, of andere lidstaten kan daaraan bijdragen.<sup>69</sup> Ook bij dit vereiste rust de bewijslast op de lidstaten: een lidstaat moet onderbouwen op grond waarvan objectieve onzekerheid heeft kunnen bestaan over de strekking van het Unierecht.<sup>70</sup>

26. Wat de rechtspraak betreft waarin een handeling van een Europese instelling door het Hof van Justitie nietig of ongeldig wordt verklaard, moet worden vooropgesteld dat het Hof op meerdere manieren de vraag kan worden voorgelegd of een handeling van een Europese instelling verenigbaar is met het Unierecht. In de eerste plaats kan een nationale rechter een prejudiciële vraag stellen over de geldigheid van een handeling van een Europese instelling. Net als bij uitleggingsvragen geldt daarbij dat het oordeel van het Hof van Justitie in beginsel *ex tunc* werkt: een handeling die door hem ongeldig wordt verklaard, moet worden geacht ongeldig te zijn geweest vanaf het moment van inwerkingtreding.<sup>71</sup> Daarnaast is het onder bepaalde voorwaarden mogelijk om tegen een handeling van een Europese instelling rechtstreeks beroep in te stellen. Op grond van artikel 264 eerste alinea van het EU-Werkingsverdrag geldt dat de bestreden handeling bij gegrondverklaring van het beroep in beginsel nietig wordt verklaard. Van dit uitgangspunt kan echter worden afgeweken op grond van de tweede alinea van artikel 264, waaruit volgt dat de rechtsgevolgen van een nietig verklaarde handeling tijdelijk kunnen worden gehandhaafd. Het Hof van Justitie heeft, naar analogie van artikel 264 tweede alinea bepaald dat dit laatste ook mogelijk is in gevallen waarin een nationale rechter een prejudiciële vraag stelt over de geldigheid van een handeling van een Europese instelling.<sup>72</sup> Uit de rechtspraak blijkt dat voor het Hof eerst en vooral de rechtszekerheid een reden kan zijn om een nietige of ongeldige handeling van een Europese instelling tijdelijk in stand te laten. Het Hof spreekt dan over 'ernstige redenen van rechtszekerheid' of 'dwingende overwegingen van rechtszekerheid die verband houden met alle betrokken belangen, openbare zowel als particuliere'.<sup>73</sup> De hiervoor besproken criteria die bij de toetsing aan de rechtszekerheid bij uitleggings-

62 Zie bijv. HvJ EG 10 januari 2006, zaak C-402/03 (*Skov en Bilka*), *Jur.* 2006, p. 1-199; HvJ EG 27 april 2006, zaak C-423/04 (*Richards*), *Jur.* 2006, p. 1-3585; HvJ EU 21 oktober 2010, zaak C-242/09 (*Albron*), *Jur.* 2010, p. 1-10309.

63 Zie bijv. HvJ EG 27 april 2006, zaak C-423/04 (*Richards*), *Jur.* 2006, p. 1-3585; HvJ EU 13 april 2010, zaak C-73/08 (*Bressol*), *Jur.* 2010, p. 1-2735; A. Wiedmann, 'Non-retroactive or prospective ruling by the Court of Justice of the European Communities in preliminary rulings according to Article 234 EC', *The European Legal Forum* 2006, p. 197-198.

64 Barents 2010, p. 410.

65 Zie bijv. HvJ EG 18 januari 2007, zaak C-313/05 (*Brzeziński*), *Jur.* 2007, p. 1-513; HvJ EU 3 juni 2010, zaak C-2/09 (*Kalinchev*), *Jur.* 2010, p. 1-4939; HvJ EU 13 april 2010, zaak C-73/08 (*Bressol*), *Jur.* 2010, p. 1-2735; M. Lang, 'Die Beschränkung der zeitlichen Wirkung von EuGH-Urteilen im Lichte des Urteils Meilicke', *Internationales Steuerrecht* 2007, p. 236-237; Wiedmann 2006, p. 200.

66 Zie bijv. HvJ EU 29 juli 2010, zaak C-577/08 (*Brouwer*), *Jur.* 2010, p. 1-7489; HvJ EU 3 juni 2010, zaak C-2/09 (*Kalinchev*), *Jur.* 2010, p. 1-4939; Barents 2010, p. 410.

67 HvJ EG 20 september 2001, zaak C-184/99 (*Grzelczyk*), *Jur.* 2001, p. 1-6193; HvJ EU 13 april 2010, zaak C-73/08 (*Bressol*), *Jur.* 2010, p. 1-2735; Wiedmann 2006, p. 199.

68 HvJ EG 28 september 1994, zaak C-128/93 (*Barber*), *Jur.* 1994, p. 1-4583; HvJ EG 4 mei 1999, zaak C-262/96 (*Sürül*), *Jur.* 1999, p. 1-2685.

69 HvJ EG 8 april 1976, zaak C-43/75 (*Defrenne II*), *Jur.* 1976, p. 455.

70 HvJ EG 20 september 2001, zaak C-184/99 (*Grzelczyk*), *Jur.* 2001, p. 1-6193; HvJ EU 13 april 2010, zaak C-73/08 (*Bressol*), *Jur.* 2010, p. 1-2735; HvJ EU 29 juli 2010, zaak C-577/08 (*Brouwer*), *Jur.* 2010, p. 1-7489.

71 Barkhuysen 2007, p. 333.

72 C. Waldhoff, 'Recent developments relating to the retroactive effect of decisions of the ECJ', *CMLR* 2009, p. 184-185.

73 HvJ EG 12 mei 1998, zaak C-106/96, *Jur.* 1998, p. 1-2729; HvJ EG 6 november 2008, zaak C-155/07, *Jur.* 2008, p. 1-8103; HvJ EG 1 oktober 2009, zaak C-370/07, *Jur.* 2009, p. 1-8917; HvJ EG 8 november 2001, zaak C-228/99 (*Silos*), *Jur.* 2001, p. 1-8401; HvJ EG 22 december 2008, zaak C-333/07 (*Régie Networks*), *Jur.* 2008, p. 1-10807.



vragen een rol spelen, komen bij geldigheidskwesties echter niet uitdrukkelijk aan de orde.<sup>74</sup>

27. In dit verband kan ook het bekende *Kadi*-arrest worden genoemd.<sup>75</sup> Dit arrest heeft betrekking op de geldigheid van een Europese verordening op grond waarvan burgers die verdacht worden van terrorisme of het steunen daarvan op een terreurlijst konden worden geplaatst en vanaf dat moment niet meer over hun financiële tegoeden konden beschikken. Deze verordening was vastgesteld ter uitvoering van een resolutie van de VN-Veilighedsraad. Het Hof van Justitie overwoog in september 2008 dat plaatsing op de terreurlijst een ernstige inbreuk maakte op de fundamentele rechten van verdachten. Daarbij legde het Hof overigens sterk de nadruk op de autonomie van de Europese rechtsorde ten opzichte van het VN-recht en koos het voor een benadering die kan worden vergeleken met de hiervoor beschreven gereserveerde manier waarop sommige nationale rechters, en dan vooral de Duitse constitutionele rechter, tegen de doorwerking van het Unierecht in de nationale rechtsorde aankijken.<sup>76</sup> Omdat de inbreuk op de fundamentele rechten van verdachten niet kon worden gerechtvaardigd, moest de Europese verordening in beginsel nietig worden verklaard. Het Hof bepaalde echter dat de verordening nog drie maanden in stand moest blijven. Daarmee werd de Europese wetgever drie maanden de tijd gegeven om een nieuwe verordening vast te stellen. Het Hof rechtvaardigde deze beslissing met een beroep op het algemeen belang, meer in het bijzonder het beschermen van de samenleving tegen terrorisme:

‘Indien de litigieuze verordening (...) met onmiddellijke ingang nietig werd verklaard, zou dit evenwel op ernstige en onomkeerbare wijze afbreuk kunnen doen aan de doeltreffendheid van de beperkende maatregelen die zij oplegt en die de Gemeenschap dient uit te voeren, aangezien [verdachten] in de periode vóór de eventuele vervanging van deze verordening door een nieuwe verordening stappen zouden kunnen zetten om te vermijden dat opnieuw maatregelen tot bevrozing van tegoeden op hen zouden kunnen worden toegepast.’<sup>77</sup>

28. Hieruit kan worden afgeleid dat voor het Hof van Justitie niet alleen de rechtszekerheid maar ook het algemeen belang een reden kan zijn om de temporele werking van zijn arresten te reguleren. In de vorige paragraaf is beschreven dat nationale rechters dit om dezelfde redenen kunnen doen. Zoals beschreven kan voor nationale rechters echter ook in het democratische argument een

reden liggen om de temporele werking van hun arresten te reguleren: wanneer een regeling in strijd is met hogere regelgeving en er verschillende mogelijkheden zijn om deze strijdigheid op te heffen, is het in beginsel aan de wetgever en niet aan de rechter om daaruit een keuze te maken. Uit een arrest uit 1977 zou kunnen worden afgeleid dat ook het Hof van Justitie voor dit argument niet ongevoelig is.<sup>78</sup> In dat arrest stond het heffen van belasting op graanproducten centraal. De Europese verordening op grond waarvan deze belasting kon worden geheven schreef voor dat aan bepaalde graanproducenten het recht kon worden toegekend om de door hun betaalde belasting terug te vorderen. Omdat sommige producenten daar wel voor in aanmerking kwamen en anderen niet, stelde het Hof van Justitie een schending vast van het van het Unierecht deel uitmakende gelijkheidsbeginsel. Het Hof zag er echter van af om de Europese verordening op dit punt ongeldig te verklaren en overwoog daartoe dat:

‘(...) waar er verschillende mogelijkheden bestaan om weer tot een gelijke behandeling (...) te komen en de eventueel aan belanghebbenden berokkende schade te herstellen, (...) [staat] het aan de ter zake van het gemeenschappelijk landbouwbeleid bevoegde instellingen om na beoordeling van de relevante economische en politieke factoren een keuze uit die mogelijkheden te maken.’<sup>79</sup>

In een arrest van gelijke datum wordt door het Hof van Justitie hetzelfde overwogen.<sup>80</sup> Hieruit zou kunnen worden afgeleid dat in gevallen waarin een handeling van een Europese instelling in strijd is met het Unierecht en er meerdere mogelijkheden zijn om daaraan een einde te maken, het volgens het Hof van Justitie ook in de rede kan liggen om de temporele werking van zijn arrest te reguleren.

29. Toch achten wij, in navolging van Uzman, de kans groot dat het Hof hier tegenwoordig anders over denkt.<sup>81</sup> In de eerste plaats is hierbij van belang dat het Hof in het *Winner Wetten*-arrest geen aandacht besteedt aan de redenering van de Duitse constitutionele rechter dat de regelingen van Nordrhein-Westfalen en Bayern die het organiseren van sportwedenschappen zonder vergunning verboden ondanks hun strijdigheid met de Duitse Grondwet toch nog tijdelijk moesten worden toegepast omdat er voor de wetgevers van deze deelstaten meerdere mogelijkheden waren om deze strijdigheid op te heffen. Dat het Hof niet op deze redenering ingaat is te meer opmerkelijk nu de bestuursrechter in Keulen deze wel

74 Vgl. HvJ EU 1 maart 2011, zaak C-236/09 (*Belgische Verbruikersunie*), n.n.g. In dat arrest is het Hof helemaal kort van stof en oordeelt het zonder enige motivering dat een met het gelijkheidsbeginsel strijdige bepaling uit een Europese richtlijn gedurende ‘een passende overgangperiode’ van bijna twee jaar in stand moet blijven.

75 HvJ EG 3 september 2008, gevoegde zaken C-402/05 P en C-415/05 P, *Jur.* 2008, p. I-6351.

76 Zie bijv. A. Cuyvers, ‘Tussen Scyllii en Charybdi: terrorisme, rechtsbescherming en de verhouding tussen rechtsordes in *Kadi*’, *AA* 2010, p. 158-160.

77 Rechtsoverweging 373.

78 HvJ EG 19 oktober 1977, gevoegde zaken C-124/76 en C-20/77 (*SA Moulins et Huileries de Pont-à-Mousson*), *Jur.* 1977, p. 1795.

79 Rechtsoverweging 29.

80 HvJ EG 19 oktober 1977, gevoegde zaken C-117/76 en C-16/77 (*Ruckdeschel*), *Jur.* 1977, p. 1753.

81 Uzman 2010, punt 7.

uitdrukkelijk aan de orde heeft gesteld.<sup>82</sup> Daarnaast is van belang dat bij een schending van het gelijkheidsbeginsel meerdere manieren bestaan om daaraan een einde te maken: zoals gezegd kan de wetgever de leden van de benadeelde groep hetzelfde voordeel toekennen dat de leden van de bevoordeelde groep genieten, maar hij kan er ook voor kiezen om de discriminerende regeling in te trekken waardoor het voordeel niemand meer toekomt. In meer recente rechtspraak overweegt het Hof van Justitie dat bij een schending van het gelijkheidsbeginsel als uitgangspunt geldt dat tot het moment waarop de discriminerende regeling door de wetgever is aangepast de benadeelde groep hetzelfde voordeel moet worden toegekend dat door de bevoordeelde groep wordt genoten.<sup>83</sup> Het Hof zal daarom bij een schending van het gelijkheidsbeginsel, anders dan in de twee arresten uit 1977, thans wel rechtsherstel bieden en de leden van de benadeelde groep hetzelfde voordeel toekennen dat door de leden van bevoordeelde groep wordt genoten.<sup>84</sup>

### II.5. Conclusie

30. Hiervoor is ingegaan op het *Winner Wetten*-arrest en de temporele werking van uitspraken van nationale rechters en het Hof van Justitie. Geconcludeerd kan worden dat het *Winner Wetten*-arrest van belang kan zijn in gevallen waarin bijvoorbeeld een burger opkomt tegen een nationale regeling of een daarop gebaseerd besluit en stelt dat deze regeling in strijd is met het Unierecht. De Staat of een andere verwerende overheidsinstantie zou in dat geval kunnen betogen dat de regeling, indien wordt geoordeeld dat deze inderdaad onverenigbaar is met het Unierecht, toch nog voorlopig moet worden toegepast. Gelet op de hiervoor geanalyseerde rechtspraak van het Hof van Justitie lijkt het aangewezen dat daarbij een beroep wordt gedaan op de rechtszekerheid of het algemeen belang. Een beroep op de rechtszekerheid kan worden onderbouwd door te wijzen op het aantal te goeder trouw tot stand gekomen rechtsbetrekkingen dat door het onmiddellijk buiten toepassing laten van de regeling zou kunnen worden aangetast en de financiële gevolgen daarvan. Hiermee is echter niet gezegd dat een dergelijk betoog van de Staat of een andere overheidsinstantie erg kansrijk is: alleen in uitzonderlijke gevallen is het wellicht mogelijk dat een met het Unierecht strijdige nationale regeling toch nog tijdelijk mag worden toegepast. Daarnaast lijkt de nationale rechter – die overigens ook op

eigen initiatief de voorlopige toepasbaarheid van de regeling aan de orde kan stellen – op basis van het *Winner Wetten*-arrest gehouden om in een voorkomend geval een prejudiciële vraag te stellen.

### III. Een Belgisch dilemma

31. Dat het Hof van Justitie in het *Winner Wetten*-arrest een eerste, voorzichtige opening biedt om in uitzonderlijke gevallen een tijdelijke uitzondering te maken op de voorrang van het Unierecht, is blijkens het arrest *Inter-Environnement Wallonie en Terre wallonne* van 28 februari 2012 in ieder geval niet de rechtsbeoefenaars in België ontgaan. In dit arrest staat een door het Waalse Gewest vastgestelde regeling ter uitvoering van de Nitraatrichtlijn centraal.<sup>85</sup> In deze regeling waren regels opgenomen over de bemesting van landbouwgrond. Doel daarvan was overbemesting en daarmee grondwaterverontreiniging te voorkomen. Omdat de regeling ook viel onder het bereik van de SMB-richtlijn had deze moeten worden onderworpen aan een milieubeoordeling.<sup>86</sup> Dit was in dit geval echter niet gebeurd. De Belgische Raad van State legde het Hof van Justitie de vraag voor wat de gevolgen van dit verzuim waren voor de geldigheid van de regeling.<sup>87</sup> Mocht de regeling van het Waalse Gewest toch nog enige tijd – dat wil zeggen tot de vaststelling van een nieuwe regeling – worden toegepast? De Raad van State en betrokken partijen deden hierbij een beroep op het *Winner Wetten*-arrest.<sup>88</sup> Interessant is overigens dat enkele maanden nadat de Raad van State deze prejudiciële vraag had gesteld door het Waalse Gewest een nieuwe regeling werd vastgesteld waaraan wel een milieubeoordeling vooraf was gegaan. Omdat aan deze nieuwe regeling geen terugwerkende kracht was toegekend, hield de Raad van State vast aan haar prejudiciële vraag.<sup>89</sup>

32. In het arrest *Inter-Environnement Wallonie en Terre wallonne* laat het Hof het beroep van de Raad van State en betrokken partijen op het *Winner Wetten*-arrest echter volledig onbesproken. Het Hof wijst evenmin op de voorrangregel. Op het eerste gezicht is dit misschien verrassend. In zowel het *Winner Wetten*-arrest als het arrest *Inter-Environnement Wallonie en Terre wallonne* staat immers een schending van het Unierecht centraal. Wel moet er hierbij op worden gewezen dat de aard van de

<sup>82</sup> Beukers 2011, p. 1999.

<sup>83</sup> Zie bijv. HvJ EG 26 januari 1999, zaak C-18/95 (*Terhoeve*), *Jur.* 1999, p. 1-345; HvJ EG 21 juni 2007, gevoegde zaken C-231/06 tot en met C-233/06 (*Jonkman*), *Jur.* 2007, p. 1-5149; HvJ EU 22 juni 2011, zaak C-399/09 (*Landtová*), n.n.g.

<sup>84</sup> Vgl. HvJ EG 19 november 2009, gevoegde zaken C-402/07 en C-432/07 (*Sturgeon*), *Jur.* 2009, p. 1-10923. In dat arrest oordeelt het Hof dat passagiers van vertraagde vluchten ook aanspraak kunnen maken op financiële compensatie, hoewel de relevante Europese verordening dat recht alleen toekent aan passagiers van geannuleerde vluchten. Dit arrest is onlangs door het Hof uitdrukkelijk bevestigd, zie HvJ EU 23 oktober 2012, gevoegde zaken C-581/10 en C-629/10 (*Nelson*), n.n.g.

<sup>85</sup> Richtlijn 91/676/EEG van de Raad van 12 december 1991 inzake de bescherming van water tegen verontreiniging door nitraten uit agrarische bronnen (*PbEG* 1991, L 375).

<sup>86</sup> Richtlijn 2001/42/EG van het Europees Parlement en de Raad van 27 juni 2000 betreffende de beoordeling van de gevolgen voor het milieu van bepaalde plannen en programma's (*PbEG* 2001, L 197/30). Dat de regeling ook onder het bereik van de Nitraatrichtlijn viel, had het Hof van Justitie reeds eerder uitgemaakt, zie HvJ EU 17 juni 2010, gevoegde zaken C-105/09 en C-110/09, *Jur.* 2010, p. 1-5611.

<sup>87</sup> *Conseil d'Etat* 18 januari 2011, no. 210.483.

<sup>88</sup> Punt 17 van de conclusie van de advocaat-generaal.

<sup>89</sup> Rechtsoverwegingen 30-34.

schending van het Unierecht in deze arresten in een belangrijk opzicht verschilt: waar in het *Winner Wetten*-arrest een nationale regeling centraal staat die inhoudelijk in strijd is met het Unierecht, gaat het in het arrest *Inter-Environnement Wallonie en Terre wallonne* om een nationale regeling die op een met het Unierecht strijdige wijze tot stand is gekomen. Ook advocaat-generaal Kokott wijst hierop in haar conclusie:

‘Een met de fundamentele vrijheden – of andere Unierechtelijke norm – onverenigbare nationale regeling is in strijd met het recht van de Unie telkens als deze opnieuw wordt toegepast. (...) Daarentegen vormt het verzuim van een voorgeschreven milieubeoordeling een op zichzelf staande schending van het recht van de Unie (...). Het is mogelijk dat precies dezelfde maatregel was vastgesteld na het uitvoeren van de beoordeling.’<sup>90</sup>

De advocaat-generaal concludeert vervolgens dat het *Winner Wetten*-arrest en de voorrangregel geen ‘geschikte grondslag bieden voor de beantwoording van de vraag van de Raad van State’.<sup>91</sup> Tegen deze achtergrond valt beter te begrijpen waarom het *Winner Wetten*-arrest en de voorrangregel door het Hof niet worden genoemd. De verklaring daarvoor ligt waarschijnlijk in het feit dat zich in dit geval geen inhoudelijk conflict tussen het Unierecht en het nationale recht voordeed.

33. Dit alles maakt overigens het inhoudelijke oordeel van het Hof van Justitie in het arrest *Inter-Environnement Wallonie en Terre wallonne* niet minder interessant. Bedacht moet worden dat zich hier een zeer uitzonderlijke situatie voordeed, waarbij de Belgische Raad van State en uiteindelijk ook het Hof voor een dilemma stonden: het buiten toepassing laten van de regeling van het Waalse Gewest zou betekenen dat geen uitvoering meer zou worden gegeven aan de Nitraatrichtlijn, terwijl het in stand laten van de regeling in strijd zou zijn met de SMB-richtlijn, nu voorafgaand aan de vaststelling daarvan geen milieubeoordeling had plaatsgevonden. Het Unierecht zou dus linksom of rechtsom worden geschonden. Het Hof overweegt dat de bevoegde autoriteiten op grond van het in artikel 4 lid 3 van het EU-Werkingsverdrag neergelegde loyaliteitsbeginsel verplicht zijn alle algemene en bijzondere maatregelen te treffen om het verzuim van een milieubeoordeling te herstellen, maar ziet aanleiding om deze verplichting in dit geval te nuanceren.<sup>92</sup> Daarbij neemt het in aanmerking dat de Belgische wetgeving het voor de Raad van State mogelijk maakt om de regeling tijdelijk in stand te laten, dat dit uitsluitend de periode zou betreffen tot aan de inwerkingtreding van de nieuwe regeling en dat vernietiging van de regeling een schending van de Nitraatrichtlijn tot gevolg zou hebben. Ook wijst het Hof erop dat de regeling van het

Waalse Gewest betrekking heeft op de bescherming van het milieu, hetgeen ‘een van de wezenlijke doelstellingen van de Europese Unie is en een zowel sectoroverschrijdend als fundamenteel karakter heeft’.<sup>93</sup> Het Hof oordeelt uiteindelijk dat de onderhavige regeling toch nog tijdelijk mag worden toegepast, mits aan vier voorwaarden wordt voldaan: 1. de regeling geeft op een correcte wijze uitvoering aan de Nitraatrichtlijn; 2. de vaststelling en inwerkingtreding van een nieuwe regeling kan de nadelige milieueffecten die voortvloeien uit de vernietiging niet voorkomen; 3. door de vernietiging zou een voor het milieu nadeliger rechtsvacuüm ontstaan; en 4. de gevolgen van de regeling blijven alleen in stand voor de periode die nodig is om het gebrek daaraan te repareren.

34. Betoogd zou kunnen worden dat het feit dat het Hof van Justitie het *Winner Wetten*-arrest niet noemt, niet hoeft uit te sluiten dat zijn oordeel in het arrest *Inter-Environnement Wallonie en Terre wallonne* gevolgen voor het *Winner Wetten*-arrest zou kunnen hebben. De voorwaarden waaraan moet zijn voldaan om de regeling van het Waalse Gewest toch nog voorlopig toe te kunnen passen, zijn streng. Vooral de tweede voorwaarde dat moet worden onderzocht of de nieuwe regeling de nadelige milieueffecten die voortvloeien uit de vernietiging van de regeling kan voorkomen, lijkt deze mogelijkheid drastisch in te perken. Deze voorwaarde impliceert immers dat moet worden onderzocht of de nieuwe regeling alsnog terugwerkende kracht kan worden toebedeeld.<sup>94</sup> Nu het Hof van Justitie bij een schending van een procedureel voorschrift al zo streng is, kan de vraag worden gesteld of het Hof niet nog strenger zal zijn bij een inhoudelijk conflict tussen het nationale recht en het Unierecht. Wij leiden uit het arrest *Inter-Environnement Wallonie en Terre wallonne* echter niet af dat het Hof van Justitie met dat arrest op het *Winner Wetten*-arrest heeft willen terugkomen. Zoals gezegd blijft daarin het *Winner Wetten*-arrest volledig onbesproken, terwijl door betrokken partijen en de verwijzende rechter op dat arrest wel uitdrukkelijk een beroep was gedaan. Hiervoor is beschreven dat de reden hiervoor waarschijnlijk ligt in het feit dat de aard van de schending van het Unierecht in beide arresten verschilt. Naar onze mening moeten het *Winner Wetten*-arrest en het arrest *Inter-Environnement Wallonie en Terre wallonne* dan ook eerst en vooral los van elkaar worden gezien.

#### IV. Afronding

35. In deze bijdrage zijn wij ingegaan op de doorwerking van het Unierecht in de rechtsordes van de lidstaten van de Europese Unie, meer in het bijzonder op de voorrang

90 Punten 23 en 24 van de conclusie.

91 Punt 26 van de conclusie.

92 Zie voor deze verplichting ook HvJ EG 7 januari 2004, zaak C-201/02 (*Wells*), *Jur.* 2004, p. I-723 en HvJ EG 19 november 1991, gevoegde zaken C-6/90 en 9/90 (*Franovich*), *Jur.* 1991, p. I-5357.

93 Rechtsoverwegingen 50-57.

94 De Waele 2012, punt 5.

van het Unierecht op het nationale recht. Sinds de jaren zestig van de vorige eeuw is het vaste rechtspraak van het Hof van Justitie dat het Unierecht uit zichzelf doorwerkt in de rechtsordes van de lidstaten en dat dit recht voorrang heeft op het nationale recht. Daarbij maakt het geen verschil wat de rangorde, vorm en inhoud is van het nationale recht. De voorrang van het Unierecht brengt volgens het Hof met zich dat met het Unierecht strijdig nationaal recht door de nationale rechter buiten toepassing moet worden gelaten. Sommige nationale rechters, de Duitse constitutionele rechter voorop, accepteren deze benadering echter niet zonder meer: zij aanvaarden niet dat het Unierecht ook voorrang heeft op het nationale constitutionele recht en ontkennen daarmee de absolute voorrang van het Unierecht op het nationale recht.

36. Tegen deze achtergrond zijn wij in deze bijdrage allereerst ingegaan op het *Winner Wetten*-arrest van 8 september 2010. In dit arrest staat de benadering van de Duitse constitutionele rechter centraal waarbij hij een nationale regeling in strijd met de Duitse Grondwet verklaart, maar tegelijkertijd bepaalt dat deze regeling ondanks die strijdigheid nog enige tijd moet worden toegepast. De Duitse constitutionele rechter reguleert in dat geval uitdrukkelijk de temporele werking van zijn uitspraak: een regeling die in strijd is met de Grondwet verliest niet onmiddellijk haar rechtskracht, maar pas op een later moment. Voor deze benadering kan worden gekozen ter bescherming van in de Grondwet opgenomen grondrechten, de rechtszekerheid, het algemeen belang of omdat er meerdere manieren zijn om de strijdigheid met de Grondwet weg te nemen. In deze bijdrage is uiteengezet dat deze benadering van de Duitse constitutionele rechter niet uniek is: ook in groot aantal andere lidstaten van de Europese Unie is de rechter bevoegd om te bepalen dat een nationale regeling die in strijd is met hogere regelgeving toch nog tijdelijk moet worden toegepast.

37. In het *Winner Wetten*-arrest staat de vraag centraal hoe deze benadering zich verhoudt tot het Unierecht. Kan, met andere woorden, een nationale regeling die niet in overeenstemming is met het Unierecht in uitzonderlijke gevallen toch nog tijdelijk worden toegepast en, zo ja, onder welke voorwaarden? Hiermee werd in feite gevraagd of een tijdelijke uitzondering kan worden gemaakt op de voorrang van het Unierecht. In het *Winner Wetten*-arrest biedt het Hof van Justitie hiertoe een eerste, voorzichtige opening: het Hof sluit analoge toepassing van zijn eigen rechtspraak waarin het bepaalt dat de gevolgen van een nietig of ongeldig verklaarde handeling van een Europese instelling ook nog enige tijd in stand moeten blijven niet uit in gevallen waarin de nationale rechter te maken krijgt met een nationale regeling die in

strijd is met het Unierecht. Om te bepalen welke omstandigheden zouden kunnen rechtvaardigen dat een met het Unierecht strijdige nationale regeling toch nog tijdelijk wordt toegepast, lijkt dan ook bij deze rechtspraak aansluiting te moeten worden gezocht. In deze bijdrage hebben wij deze rechtspraak geanalyseerd. Daaruit kan worden afgeleid dat zowel de rechtszekerheid als het algemeen belang een reden zou kunnen zijn om in uitzonderlijke gevallen een met het Unierecht strijdige nationale regeling toch nog voorlopig toe te passen. In het kader van de rechtszekerheid speelt het aantal te goeder trouw tot stand gekomen rechtsbetrekkingen dat door het onmiddellijk buiten toepassing laten van de nationale regeling zou kunnen worden aangetast en de financiële gevolgen daarvan een belangrijke rol.

38. Het Hof van Justitie heeft in het *Winner Wetten*-arrest bovendien benadrukt dat het aan het Hof zelf is om te bepalen wanneer analoge toepassing van zijn rechtspraak daadwerkelijk mogelijk zou zijn. Dit laatste impliceert naar onze mening dat de nationale rechter in een voorkomend geval een prejudiciële vraag zal moeten stellen en dus in feite alleen tot voorlopige toepassing van een met het Unierecht strijdige nationale regeling zou mogen besluiten als het Hof daarmee heeft ingestemd. Hiermee is echter niet uitgesloten dat het Hof, met zijn eigen rechtspraak in het achterhoofd, in een toekomstig arrest algemene voorwaarden formuleert aan de hand waarvan de nationale rechter zelf kan beoordelen of in een voorliggend geval een met het Unierecht strijdige nationale regeling toch nog enige tijd moet worden toegepast en daarmee een tijdelijke uitzondering moet worden gemaakt op de voorrang van het Unierecht. Toekomstige rechtspraak zal moeten uitwijzen of het Hof ook deze stap durft te zetten.

39. Ten slotte zijn wij in deze bijdrage ingegaan op het arrest *Inter-Environnement Wallonie en Terre wallonne* van 28 februari 2012. De zaak die aan dat arrest ten grondslag ligt, lijkt veel op de zaak die aan het *Winner Wetten*-arrest ten grondslag ligt. Toch moeten beide arresten eerst en vooral los van elkaar worden gezien, omdat de aard van de schending van het Unierecht in beide arresten in een belangrijk opzicht verschilt: waar in het *Winner Wetten*-arrest een nationale regeling centraal staat die inhoudelijk in strijd is met het Unierecht, gaat het in het arrest *Inter-Environnement Wallonie en Terre wallonne* om een op met het Unierecht strijdige wijze tot stand gekomen nationale regeling. Dit kan ook verklaren waarom het Hof van Justitie het *Winner Wetten*-arrest in het arrest *Inter-Environnement Wallonie en Terre wallonne* volledig onbesproken laat, hoewel daarop door de verwijzende rechter en betrokken partijen wel uitdrukkelijk een beroep was gedaan.