CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL G. TESAURO van 17 mei 1990 *

Mijnheer de President,
mijne heren Rechters,

1. Het antwoord van het Hof op de twee prejudiciële vragen van het House of Lords in de zaak Factortame zal ongetwijfeld worden gerekend tot de uitspraken die de verhouding tussen de nationale rechtbanken en het gemeenschapsrecht mede hebben helpen bepalen, en dan nog wel in een zaak van groot belang.

De vragen zijn duidelijk. De Engelse rechtsorde staat de rechter niet toe, in afwachting van de prejudiciële beslissing van het Hof over de uitlegging van een rechtstreeks werkende gemeenschapsbepaling, bij wege van voorlopige maatregel de toepassing van een nationale bepaling die in strijd met het gemeenschapsrecht zou zijn, op te schorten en dus voorlopig het recht van de particulier te erkennen, waarop krachtens het gemeenschapsrecht een beroep wordt gedaan, doch dat door de nationale bepaling niet wordt erkend: 1) moet (of kan) de nationale rechter op basis van het gemeenschapsrecht in die zin beschikken? 2) zo ja, op grond van welke criteria?

2. In het geding dat tot de prejudiciële verwijzing heeft geleid, betwisten een groot aantal ondernemingen in de visserijsector, vennootschappen naar Engels recht die evenwel Spaanse belangen vertegenwoordigen, de wettigheid naar gemeenschapsrecht van een Engelse wet, waarbij in 1988 de voorwaarden voor inschrijving in het register van vissersvaartuigen zijn gewijzigd en voor buitenlandse belangen (ook uit de Gemeenschap) bewust strenger zijn gemaakt, inzonderheid ten aanzien van de nationaliteitsvoorwaarde en de verblijfsvoorwaarde voor beneficiaire eigenaars. Met een beroep op enige rechtstreeks werkende verdragsbepalingen hebben Factortame en sommige andere vennootschappen ten aanzien van de betrokken wet „judicial review" ingesteld en gevorderd dat de wet wegens strijd met het gemeenschapsrecht te hunnen aanzien buiten toepassing wordt verklaard, de overheid wordt verboden de inschrijving van de schepen onder de oude wet als vervallen te beschouwen, en, in geval van een prejudiciële verwijzing, in afwachting van een definitieve beslissing voorlopige maatregelen worden gelast.

3. De rechter in eerste aanleg, de Divisional Court van de Queen's Bench Division, verwees de zaak naar het Hof van Justitie voor de uitlegging van de aangevoerde bepalingen van gemeenschapsrecht, en gelastte de overheid bij wege van voorlopige maatregel in afwachting van de definitieve uitspraak of van een nieuwe beschikking inzake voorlopige maatregelen de nieuwe wet niet op verzoekers toe te passen.

4. Na hoger beroep van de overheid werd de voorlopige maatregel door de Court of Appeal ingetrokken, op grond dat de Engelse rechter niet bevoegd is, bij wege van voorlopige maatregel de toepassing van een wet op te schorten, of de overheid te gelasten een bepaalde maatregel te nemen.

5. Het House of Lords, waarbij de zaak aanhangig was gemaakt, bevestigde dat naar Engels recht de rechter de toepassing van een „Act of Parliament" niet kan opschor-

* Oorspronkelijke taal: Italiaans.

ten wegens een — vermoede doch niet bewezen — onverenigbaarheid met het gemeenschapsrecht, en heeft het Hof van Justitie eerder genoemde prejudiciële vragen gesteld, die in wezen ertoe strekken te vernemen of dat wat naar Engels recht niet is toegestaan, naar gemeenschapsrecht verplicht is of wel geoorloofd is.

6. Vooraf zij opgemerkt dat de verwijzende rechter zich bevoegd en verplicht verklaart, aan een verdragsbepaling of een bepaling van afgeleid recht met rechtstreekse werking in de Engelse rechtsorde voorrang te geven boven een daarmee strijdige wet; dit is het geval wanneer de onverenigbaarheid onmiddellijk in het oog springt en gemakkelijk is vast te stellen, omdat het Hof van Justitie de gemeenschapsbepaling reeds bij een eerdere gelegenheid heeft uitgelegd, dan wel omdat de inhoud van de bepaling zelf voldoende „duidelijk" is. Het probleem is evenwel gerezen, omdat er geen zekerheid bestond over de uitlegging van de betrokken gemeenschapsbepalingen, — hoewel er „zowel voor als tegen het bestaan van de gestelde rechten goede argumenten kunnen worden aangevoerd" — zodat de rechter in eerste aanleg het Hof van Justitie heeft verzocht, deze bij wege van een prejudiciële beslissing uit te leggen: deze vraag is het voorwerp van een andere procedure, die los staat van de onderhavige (zaak C-221/89). Wat de gestelde onverenigbaarheid van de betrokken Engelse wet met het gemeenschapsrecht betreft, wil ik ten slotte volledigheidshalve nog opmerken dat de Commissie — enkel met betrekking tot de nationaliteitsvoorwaarde — tegen het Verenigd Koninkrijk een beroep krachtens artikel 169 heeft ingesteld, en bovendien in kort geding de opschorting van de toepassing van de wet heeft gevorderd; dit verzoek is bij beschikking van het Hof toegewezen en bovendien is de wet op dit punt inmiddels gewijzigd. [1]

1 — Beschikking van 10 oktober 1989, zaak 246/89 R, Jurispr. 1989, blz. 3125.

7. Tevens lijkt het mij nuttig, vooraf nog op te merken, dat het probleem is gerezen in de context van een bijzondere Engelse procedure — „judicial review" — die door de betrokkenen is ingeleid voordat de nieuwe wet op het scheepsregister in werking trad. Zowel de verwijzende rechter als de Engelse regering hebben in zijn verwijzingsbeschikking, respectievelijk in haar schriftelijke opmerkingen dienaangaande beklemtoond dat, indien het probleem van de onverenigbaarheid met het gemeenschapsrecht was gerezen in het kader van een strafzaak of een administratieve procedure tegen de betrokkenen wegens overtreding van de wet op het scheepsregister, de rechter de *procedure* (en ook een eventueel scheepsbeslag) had kunnen *opschorten*, in afwachting van het antwoord van het Hof op het verzoek om een prejudiciële beslissing over de uitlegging van de betrokken gemeenschapsbepalingen. De — al dan niet gunstige — uitspraak van het Hof op het verzoek van de betrokkenen zou vervolgens met terugwerkende kracht op hen zijn toegepast. Daaruit leidt de verwijzende rechter af, dat in dat geval „de strafprocedure of de beslagprocedure niet zou worden gefrustreerd, doch alleen opgeschort".

Niet geheel duidelijk is, wat nu precies het verschil is tussen de onderhavige situatie (procedure van „judicial review") en die welke zich had kunnen voordoen in een normale strafprocedure of een andere naar aanleiding van een wetsovertreding ingestelde procedure. Wel is mijns inziens het verschil voor de onderhavige zaak van weinig belang. De eenvoudige *opschorting van de procedure* wegens verwijzing naar het Hof van Justitie krachtens artikel 177 EEG-Verdrag *is geen voorlopige maatregel*, en voldoet aan geen van de voorwaarden voor voorlopige bescherming van gestelde

rechten; zij stelt integendeel stellig in acutere termen, hetzelfde probleem aan de orde als het vereiste van voorlopige bescherming opwerpt: kan de procedure, wanneer zij wordt geschorst, juist door het uitstellen van de einduitspraak worden gefrustreerd?

De vraag van het House of Lords geldt dus op dezelfde wijze en in dezelfde termen zowel voor de ene als voor de andere procesrechtelijke situatie waarop het Hof attent is gemaakt. Dit zou alleen anders kunnen zijn, wanneer het de rechter, ongeacht de procedure, toegestaan zou zijn, ook in geval van een opschorting met verwijzing naar het Hof krachtens artikel 177 voorlopige maatregelen zoals thans door verzoekers gevorderd te gelasten, en hij dus bevoegd zou zijn om voorlopig, in afwachting van de definitieve uitspraak, de inschrijving van de schepen overeenkomstig de oude wet toe te staan: zoals ook ter terechtzitting duidelijk is gebleken, is dit kennelijk uitgesloten, zowel in de procedure van „judicial review" als in elke andere procedure.

8. Wel van belang is volgens mij de omstandigheid waarop de verwijzende rechter heeft gewezen, namelijk dat in een situatie als de onderhavige, dat wil zeggen bij gebreke van een voorlopige maatregel, ook de door verzoekers in de loop van het geding geleden economische schade nooit kan worden vergoed, aangezien een vaste nationale rechtspraak zich daartegen verzet. Volgens deze rechtspraak kan, ook wanneer de uitlegging die het Hof in zijn prejudiciële beslissing geeft, overeenstemt met de opvatting van verzoekers in het hoofdgeding, de nationale rechter in zijn daaropvolgende uitspraak geen vergoeding voor de geleden schade toekennen, zodat de procedure uiteindelijk „gefrustreerd" kan blijken te zijn.

Dit wil niet zeggen dat de vergoeding van financiële schade beslissend is en een reëel alternatief voor voorlopige maatregelen vormt, omdat zelfs wanneer de mogelijkheid van schadevergoeding bestaat, dit op zich niet volstaat om altijd en in alle gevallen het doel van een voorlopige bescherming te verwezenlijken, dat juist is ingegeven door het feit dat een financiële schadevergoeding ontoereikend is ten opzichte van het „voordeel" van de toekomstige uitspraak.[2] Veeleer maakt de uitsluiting van een schadevergoeding het in principe onmogelijk, de in de loop van de procedure geleden financiële verliezen te vergoeden.

9. De Engelse rechter heeft in het bijzonder de beginselen van het gemeenschapsrecht aangeduid, waarvan de prejudiciële uitlegging door het Hof hem in staat zou stellen het probleem op een of andere wijze op te lossen: de rechtstreekse werking van de aangevoerde gemeenschapsbepalingen, de verplichting van directe en onmiddellijke bescherming van de rechten van particulieren, de reële doeltreffendheid van rechtsbeschermende maatregelen, de verplichting nationale bepalingen en/of praktijken buiten toepassing te laten, die de uitoefening van de rechten en de ter zake geboden bescherming onmogelijk maken.

Eveneens zijn de formele beletselen opgesomd op grond waarvan de Engelse rechter in een geval als het onderhavige zijn bevoegdheid inzake voorlopige maatregelen niet kan uitoefenen: het vermoeden dat de nationale wet wettig is tot de einduitspraak, die eventueel kan worden voorafgegaan door een prejudiciële uitlegging van het Hof van Justitie, en de onmogelijkheid om de overheid een bepaalde handelwijze voor te schrijven, die bovendien niet alleen geldt

2 — Zie bij voorbeeld de beschikking van het Hof van 21 augustus 1981, zaak 232/81 R, Agricola Commerciale Olio, Jurispr. 1981, blz. 2193, r. o. 9.

voor voorlopige maatregelen doch tevens voor de einduitspraak (opmerkingen van de Britse regering).

10. De beginselen van gemeenschapsrecht die volgens het House of Lords een rol spelen en waarvan de uitlegging bepalend zal zijn voor zijn uitspraak, zijn fundamentele beginselen die in vele arresten van het Hof zijn neergelegd. Deze beginselen worden door de Engelse rechter in alle gevallen zonder moeilijkheden inachtgenomen, behoudens de enige uitzondering die de reden en tevens het voorwerp van de onderhavige prejudiciële procedure is: moeten deze beginselen ook aldus worden uitgelegd dat de nationale rechter in de loop van de procedure ten gronde de Kroon bij wege van voorlopige maatregel moet (of kan) gelasten, een „maatregel" (in casu een „Act of Parliament") buiten toepassing te laten waarvan niet vaststaat doch enkel wordt vermoed, zij het op serieuze gronden, dat hij onverenigbaar is met het gemeenschapsrecht ? Kortom, omvatten de verplichtingen die het gemeenschapsrecht de nationale rechter oplegt met betrekking tot de bescherming van rechtstreeks aan particulieren toegekende rechten, tevens de verplichting om bij wege van voorlopige maatregel de nationale wet waarvan gesteld wordt dat hij strijdig is met het gemeenschapsrecht, buiten toepassing te laten?

11. Om op deze vraag te kunnen antwoorden, dient niet alleen een beknopt overzicht te worden gegeven van de relevante beginselen van gemeenschapsrecht, die de verwijzende rechter zeer goed kent, doch dient tevens te worden vastgesteld, welk vereiste ten grondslag ligt aan en tevens de bestaansreden is van de voorlopige maatregel, een figuur die van oudsher in de algemene rechtstheorie en in het recht van de Lid-Staten is verankerd.

12. Uitgangspunt voor de beoordeling van het probleem is dat, zoals in casu duidelijk is, *rechtstreeks toepasselijke bepalingen van gemeenschapsrecht* aan de orde zijn, in de thans onbetwiste betekenis van bepalingen die aan particulieren rechtstreeks een rechtspositie toekennen die als een (subjectief) recht kan worden aangemerkt en als zodanig voor de nationale rechter geldend kan worden gemaakt. Het behoeft nauwelijks betoog, dat dit in de onderhavige prejudiciële zaak de hypothese is die aan het Hof is voorgelegd, waar het van geen belang is om welke gemeenschapsbepalingen het gaat en welke de juiste uitlegging van deze bepalingen is; in de onderhavige zaak wordt namelijk niet om uitlegging verzocht van de verdragsbepalingen waarop verzoekers in het hoofdgeding zich beroepen, (duidelijkheidshalve, het betreft de artikelen 7, 52, 58 en 221 EEG-Verdrag), doch wel van de eerder vermelde beginselen van gemeenschapsrecht. Anders gezegd, het Hof wordt niet verzocht om een uitspraak over de inhoud van de bepalingen waarop verzoekers zich beroepen — dat probleem is namelijk aan de orde in een andere prejudiciële procedure die eveneens bij het Hof aanhangig is (zaak C-221/89) — doch wel om een algemeen antwoord betreffende voorlopige maatregelen ter bescherming van door een particulier op grond van rechtstreeks toepasselijke gemeenschapsregels gestelde rechten.

13. Ik herinner eraan, dat rechtstreeks werkende bepalingen van gemeenschapsrecht „vanaf hun inwerkingtreding en tijdens hun gehele geldigheidsduur hun volle werking op eenvormige wijze in alle Lid-Staten moeten ontplooien" [3], en dat „deze werking elke rechter aangaat, die, aangezocht in het kader zijner bevoegdheid, als orgaan van een Lid-Staat tot taak heeft de door het gemeenschapsrecht aan particulieren toege-

3 — Onder meer: arresten van 9 maart 1978, zaak 106/77, Simmenthal, Jurispr. 1978, blz. 629, r. o. 14, en 10 juli 1980, zaak 811/79, Ariete, Jurispr. 1980, blz. 2545, r. o. 5.

kende rechten te beschermen" (arrest Simmenthal, r. o. 16). In hetzelfde arrest verklaarde het Hof voorts dat, gelet op de voorrang van het gemeenschapsrecht, de relevante bepalingen met rechtstreekse werking „door het enkele feit van hun inwerkingtreding elke strijdige bepaling van de bestaande nationale wetgeving *van rechtswege* buiten toepassing doen treden"; bovendien staan zij „in de weg aan de geldige totstandkoming van nieuwe nationale wetgevende handelingen, voorzover die onverenigbaar met de gemeenschapsregels zouden zijn" (arrest Simmenthal, r. o. 17).

Duidelijk is dus, dat de bepalingen van gemeenschapsrecht met rechtstreekse werking binnen de Lid-Staten, vanaf haar inwerkingtreding en tijdens haar gehele geldigheidsduur, aan particulieren een subjectieve rechtspositie toekennen, ongeacht en zelfs in weerwil van de eerdere of latere nationale bepaling die hem eventueel deze rechtspositie ontzegt. Ik wil mij, zeker in de context van de onderhavige zaak, niet overgeven aan een steriele discussie over de theoretische aanknopingspunten van de aldus ontstane situatie; van belang voor de onderhavige zaak is, dat de nationale rechter vanaf de inwerkingtreding van de bepaling en voor de gehele geldigheidsduur ervan gehouden is de rechtsbescherming van door een bepaling van gemeenschapsrecht toegekende rechten te verzekeren.

14. Vaststaat eveneens dat, in overeenstemming met het samenwerkingsbeginsel van artikel 5 EEG-Verdrag, dé sleutel voor de uitlegging van het hele stelsel, de wijze waarop de door gemeenschapsbepalingen aan particulieren toegekende rechten worden beschermd, zolang er geen geharmoniseerd stelsel van procesrecht bestaat, door de nationale rechtsorde van de Lid-Staten wordt bepaald. Dit beginsel, dat in de uitspraken van het Hof telkens weerkeert, is evenwel gebaseerd op een eveneens uit artikel 5, tweede alinea, voortvloeiende fundamentele voorwaarde, namelijk dat de nationale modaliteiten en procedures niet ongunstiger mogen zijn dan voor soortgelijke nationale beroepen ter bescherming van rechten gelden, en bovendien „de uitoefening van rechten die de nationale rechter verplicht is te handhaven, niet onmogelijk mogen maken".[4]

Voor het overige heeft het Hof reeds in het arrest Simmenthal (r. o. 22) verklaard, dat „met de vereisten welke in de eigen aard van het gemeenschapsrecht besloten liggen, onverenigbaar is elke bepaling van een nationale rechtsorde of enige wetgevende, bestuurlijke of rechterlijke praktijk die ertoe zou leiden de uitwerking van het gemeenschapsrecht te verminderen doordat aan de inzake de toepassing van dit recht bevoegde rechter de macht wordt ontzegd, aanstonds bij deze toepassing al het nodige te doen voor de terzijdestelling van de nationale wettelijke bepalingen die eventueel in de weg staan aan de volle werking van de gemeenschapsregels",[5] met andere woorden, met toepassing van de geldende nationale regeling, of anders „op eigen gezag" (arrest Simmenthal, r. o. 24).

4 — Arresten van 16 december 1976, zaak 33/76, Rewe, Jurispr. 1976, blz. 1989, r. o. 5; 16 december 1976, zaak 45/76, Comet, Jurispr. 1976, blz. 2043, r. o. 15 en 16; 10 juli 1980, zaak 811/79, Ariete, Jurispr. 1980, blz. 2545, r. o. 12; 12 juni 1980, zaak 130/79, Express Dairy Foods, Jurispr. 1980, blz. 1887, r. o. 12; 27 maart 1980, zaak 61/79, Denkavit Italiana, Jurispr. 1980, blz. 1205, r. o. 25; 27 februari 1980, zaak 68/79, Hans Just, Jurispr. 1980, blz. 501, r. o. 25; 9 november 1983, zaak 199/82, San Giorgio, Jurispr. 1983, blz. 3595, r. o. 12 e. v.

5 — Ik wijs tevens op het recente arrest van 21 september 1989, zaak 68/88, Commissie/Griekenland, Jurispr. 1989, blz. 2965, waarin het Hof bevestigt dat „de Lid-Staten krachtens artikel 5 EEG-Verdrag verplicht zijn, alle passende maatregelen te nemen om de doeltreffende toepassing van het gemeenschapsrecht te verzekeren" (r. o. 23).

15. Gelet op de vaste rechtspraak van het Hof die de verwijzende rechter overigens zeer precies heeft beschreven, staat dus vast dat de nationale rechter verplicht is, particulieren die ingevolge rechtstreeks werkende gemeenschapsrechtelijke bepalingen houder zijn van subjectieve rechten, *een volledige en doeltreffende rechtsbescherming* te verzekeren, gesteld dat de gemeenschapsbepaling vanaf de inwerkingtreding ervan op de feiten van toepassing is. Daaruit volgt dat met het gemeenschapsrecht onverenigbaar is, elke nationale bepaling of praktijk die de rechter belet, de „volle werking" van de gemeenschapsbepalingen te verzekeren.

Het feit alleen dat dit punt in de rechtspraak van het Hof telkens weer terugkeert, maakt dit overzicht nog niet overbodig, omdat daaruit juist het antwoord is af te leiden dat ik het Hof in de onderhavige zaak in overweging wil geven.

16. Het door de nationale rechter aan de orde gestelde probleem is van algemene aard en niet nieuw, en is door andere rechters[6] impliciet opgelost; wel wordt het thans voor het eerst voorgelegd aan het Hof, waarschijnlijk niet toevallig naar aanleiding van een enigszins bijzondere procedure, namelijk het „judicial review" van een wet, als voorzien in het Britse recht. De vraag betreft dan ook niet alleen de Engelse rechtsorde[7] en ook niet uitsluitend het verband tussen een nationale wet en een gemeenschapsbepaling, doch het vereiste en het bestaan zelf van de voorlopige bescherming van een recht, dat niet vaststaat en nog in onderzoek is, *ingeval van een conflict tussen bepalingen van verschillende rang*; dit conflict wordt, wat de verhouding tussen nationale en gemeenschapsbepalingen betreft, en los van de theoretische achtergrond of de keuze van terminologie en methodes die van Lid-Staat tot Lid-Staat kunnen verschillen, adequaat uitgedrukt door het begrip „*primauté*", dat wil zeggen „voorrang" van de gemeenschapsbepaling boven de nationale bepaling.

Het probleem vloeit voort uit het *ontbreken van gelijktijdigheid* van de twee momenten die de rechtstoestand fysiologisch bepalen, te weten het *ontstaan* van het recht en de

6 — In meer dan één geval waarin het Hof om een prejudiciële beslissing werd verzocht over de beweerde onverenigbaarheid van een nationale regeling (wet of administratieve handeling) met het gemeenschapsrecht, heeft de verwijzende rechter zonder aarzeling voorlopige maatregelen gelast, die in wezen hierop neerkomen dat de betrokken regeling voorlopig buiten toepassing werd verklaard: bij voorbeeld, door de opschorting te gelasten van een uitzetting uit Nederland (arrest van 17 april 1986, zaak 59/85, Read, Jurispr. 1986, blz. 1283); door de voorlopige handhaving te gelasten van een arbeidsverhouding met de universiteit van Venetië (arrest van 30 mei 1989, zaak 33/88, Allué, Jurispr. 1989, blz. 1591); of ook nog door de afgifte te gelasten van een voorlopige verblijfsvergunning voor het Belgische grondgebied (zaak 363/89, nog aanhangig).

7 — Een soortgelijk probleem als het onderhavige is namelijk voor verscheidene Franse rechtbanken gerezen, bij de invoering van een nieuwe wet over de minimumprijzen voor brandstoffen (en voor boeken), die sommige handelaars met een beroep op de onverenigbaarheid met het gemeenschapsrecht niet hebben nageleefd. Andere handelaars zijn daartegen opgekomen, en hebben met een beroep op de nieuwe wet voorlopige verbodsmaatregelen gevorderd. Een niet gering aantal rechtbanken heeft het verzoek toegewezen, stellende dat de wet moet geacht worden wettig te zijn wanneer er alleen een vermoeden van onverenigbaarheid met het Verdrag bestaat (zo bij voorbeeld het tribunal de grande instance, Le Mans, 11. 7. 1983, *Gazette du Palais*, 1984, 1, somm. blz. 121); andere rechters hebben geweigerd voorlopige maatregelen te gelasten, juist op grond dat de schending van een wet die vermoed wordt in strijd met het gemeenschapsrecht te zijn, niet een „trouble manifestement illicite" is (Cour d'appel de Paris, 4. 7. 1984, *Gazette du Palais*, 1984, 2, 658, met noot van Fourgoix; tribunal de grande instance, Pontoise, 22. 2. 1984, ibidem, 296; zie Bertin, „Un trouble manifestement illicite: la lutte contre la vie chère", *Gazette du Palais*, 1983, doct. 419; en ook „Le juge des référés et le droit communautaire", ibidem, 1984, doct. 48). De Cour de cassation heeft zich formeel bij deze tweede opvatting aangesloten (chambre commerciale, 15. 5. 1985, *Gazette du Palais*, 1985, 2, panor. blz. 346 en 347), doch met een beroep op het inmiddels door het Hof van Justitie uitgesproken arrest waarin de litigieuze wet onverenigbaar met het gemeenschapsrecht werd verklaard (arrest van 10 januari 1985, zaak 229/83, Leclerc, Jurispr. 1985, blz. 1, en arrest van 29 januari 1985, zaak 231/83, Cullet, Jurispr. 1985, blz. 305). Later heeft de Cour de cassation, opnieuw naar aanleiding van een arrest van het Hof (arrest van 4 mei 1988, zaak 30/87, Bodson, Jurispr. 1988, blz. 2479), doch in meer algemene bewoordingen, bevestigd dat het aan de rechter in kort geding staat om na te gaan „si le trouble invoqué était manifestement illicite au regard du traité de Rome" (chambre commerciale, 10 juli 1989, Rec. Dalloz 1989, inf. rap., blz. 243). Zie ook het arrest van de Cour de cassation van 22. 4. 1986, Rec. Dalloz, 1986, inf. rap., blz. 242).

(definitieve) *vaststelling*, in een meerledig en complex verband zoals een modern stelsel van rechterlijke bescherming vereist.

17. Voor de omstandigheid dat de twee momenten niet samenvallen, bestaat een primaire en algemene oplossing. Het is inderdaad zo, dat alleen de definitieve vaststelling van het recht daaraan een volwaardige en zekere inhoud toekent, doordat het recht zelf en/of de wijze van uitoefening daarvan definitief boven elke discussie wordt verheven (*res judicata* in de ware zin van het woord); anderzijds is het ook zo, dat dit gevolg wordt uitgesteld tot het tijdstip waarop dit recht middels een beroep op de rechter geldend is gemaakt. De werking van de vaststelling van het recht — ten onrechte, maar veelbetekenend als retroactief aangemerkt — is slechts het gevolg van de functie van de bepaling en van de aard en wijze van toepassing van deze bepaling, die vanaf de inwerkingtreding en voor de gehele geldigheidsduur ervan een als een recht aan te merken subjectieve rechtspositie in het leven roept; zij het dat de volledige en effectieve werking ervan later ingaat wanneer een voorafgaande vaststelling door de rechter en meer in het bijzonder een voorafgaande toetsing van de wettigheid van de toe te passen bepaling vereist is. Vanzelfsprekend geldt hetzelfde indien het probleem vanuit het tegenovergestelde standpunt wordt beschouwd en ervan wordt uitgegaan dat het recht niet bestaat en het niet is vastgesteld.

Van belang is, dat op het tijdstip van de vordering het recht reeds bestaat (of niet bestaat), en dat de bepaling die de particulier het recht toekent (of ontzegt), wettig dan wel onwettig is; en dat de procedure van de rechterlijke toetsing de vaststelling ervan, dus de volledige en effectieve werking ervan, enkel naar een later tijdstip verschuift, met dien verstande dat de gevolgen van de vaststelling „terugwerkende kracht" hebben. Vanzelfsprekend geldt dit zowel wanneer de vaststelling van het recht inhoudt dat het verband tussen de feiten en de aangevoerde bepaling wordt getoetst, als wanneer van de rechter wordt verlangd dat hij uit twee of meer — eventueel onderling tegenstrijdige — bepalingen die bepaling kiest die van toepassing is. Ook in dit laatste geval, waarin de vaststelling kan geschieden via een wettigheidstoetsing, was de regel die uiteindelijk van toepassing wordt verklaard (in plaats van de andere bepaling die onwettig of onverenigbaar is verklaard), in feite reeds van toepassing vanaf het tijdstip waarop de vordering werd ingesteld, toen alleen de vaststelling van het recht ontbrak, doch het recht wel bestond. Het Hof heeft dit volledig bevestigd, toen het verklaarde dat „de uitlegging die het Hof van Justitie krachtens de hem bij artikel 177 verleende bevoegdheid geeft van een voorschrift van gemeenschapsrecht, wanneer daaraan behoefte bestaat, de betekenis en strekking van dat voorschrift verklaart en preciseert zoals het sedert het tijdstip van zijn inwerkingtreding moet of had moeten worden verstaan en toegepast". [8]

18. Deze algemene oplossing voor het tijdsverschil tussen de vaststelling en het ontstaan van het recht vermag het hoofddoel van de rechterlijke bescherming niet steeds te verwezenlijken. Soms komt de vaststelling namelijk te laat dat het gestelde recht nog volledig en nuttig kan worden uitgeoefend: dit is nog waarschijnlijker, wanneer de procedure die tot de definitieve vaststelling leidt, zeer gearticuleerd en complex is, en dus uiteindelijk meer waarborgen biedt. Het gevolg is, dat in dit geval zowel het nut als de effectiviteit van de rechterlijke bescherming kunnen wegvallen; daardoor zou het vanouds in de algemene rechtstheorie erkende beginsel kunnen worden uitgehold, dat *de noodzaak om zich tot de rechter te wenden om een recht geldend te maken, zich niet tegen de partij mag keren die het recht aan haar kant heeft.*

8 — Arrest van 10 juli 1980, zaak 826/79, Mireco, Jurispr. 1980, blz. 2559, r. o. 7.

Het objectieve doel van de voorlopige maatregelen is nu precies, ervoor te zorgen dat het tijdsverloop dat met de vaststelling van het recht gemoeid is, het recht zelf niet onherroepelijk van zijn inhoud berooft door de uitoefening ervan onmogelijk te maken: in het kort, het doel is de verwezenlijking van de fundamentele doelstelling van elke rechtsorde, namelijk *de effectiviteit van de rechterlijke bescherming*. Voorlopige maatregelen moeten zo veel mogelijk voorkomen, dat de omstandigheid dat de vaststelling van het recht niet samenvalt met het ontstaan ervan, de effectiviteit en de functie van de vaststelling zelf in het gedrang brengt, wat ook het Hof van Justitie heeft bevestigd toen het een verband legde tussen voorlopige maatregelen en de *volle werking van de latere einduitspraak*[9], alsmede tussen voorlopige maatregelen en het vereiste van de „bewaring van de bestaande situatie, hangende de beslissing ten gronde".[10]

19. Nu de functie van de voorlopige maatregelen duidelijk is uiteengezet, blijkt het om een fundamenteel en onontbeerlijk beginsel van elk stelsel van procesrecht te gaan, bedoeld om in concrete gevallen en effectief een recht vast te stellen en meer in het algemeen de rechtsvoorschriften toe te passen, wanneer de duur van het proces de verwezenlijking van dit doel in het gedrang kan brengen en dus de nuttige werking van de uitspraak teniet kan doen.

Bovendien geldt het vereiste van de voorlopige bescherming, zoals hiervoor gezegd, evenzeer wanneer de vaststelling de feiten betreft en dus de bepaling van het toepasselijke voorschrift, dus wanneer de onzekerheid over de uitslag van de vordering — om een niet zeer geslaagde uitdrukking te gebruiken — „de feiten" betreft, als wanneer een keuze moet worden gemaakt uit twee of meer mogelijk toepasselijke bepalingen (ik denk bij voorbeeld aan een kwalificatieprobleem), waarbij het niet van belang is of beide als wettig worden beschouwd dan wel of de ene bepaling onverenigbaar wordt geacht met de andere die van hogere rang is of in ieder geval voorrang heeft.

In het bijzonder in het geval waarin — zoals in casu — voor de vaststelling van het recht niet alleen tussen twee of meer mogelijk toepasselijke bepalingen moet worden gekozen, doch tevens eerst de wettigheid of de verenigbaarheid van de ene bepaling met de andere, die van hogere rang is of in ieder geval voorrang heeft, moet worden getoetst,

9 — Zie bij voorbeeld de beschikking van 12 december 1968, zaak 27/68, Renckens, Jurispr. 1969, blz. 274. Zie ook de conclusie van advocaat-generaal Capotorti in de gevoegde zaken 24 en 97/80 R, Commissie/Frankrijk, Jurispr. 1980, blz. 1337. In wezen worden dezelfde termen gebruikt in de beschikkingen van 8 april 1965, zaak 18/65 R, Gutmann, Jurispr. 1966, blz. 197; 14 december 1982, zaak 260/82 R, NSO, Jurispr. 1982, blz. 4371; 13 december 1984, zaak 269/84 R, Fabbro, Jurispr. 1984, blz. 4333, en 16 maart 1988, zaak 44/88 R, De Compte, Jurispr. 1988, blz. 1669. Het noodzakelijke verband tussen de effectiviteit van de rechtsbescherming en de voorlopige maatregelen is, zoals bekend, vooral in de Italiaanse rechtsleer sterk benadrukt (Chiovenda, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, Napels, 1933, nr. 12, en *Principi di diritto processuale civile*, Napels, 1906, blz. 137 e. v.; Calamandrei, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, Padua, 1936) en ook in de Duitse rechtsleer (Hellwig, *System des deutschen Zivilprozessrechts*, Leipzig, 1913, II, blz. 22 e. v.). Het beginsel dat *de duur van het proces niet in het nadeel mag zijn van de partij die het recht aan haar kant heeft*, is op diverse wijzen geformuleerd terug te vinden in een uitspraak van de gemengde Duits-Poolse arbitragecommissie van 29 juli 1924: „Met conservatoire maatregelen streven de rechtbanken ernaar de traagheid van de rechtspraak te verhelpen, zodat de uitslag van het proces zoveel mogelijk dezelfde is als indien het slechts één dag had geduurd": Rec. déc. TAM, V, 455. Zie ook de uitspraak van het Bundesverfassungsgericht van 19 juni 1973 in NJW 1973, 34, 1491 e. v. („Het doel van deze bijzondere procedure bestaat erin, een effectieve rechterlijke bescherming tegen maatregelen van de uitvoerende macht te verzekeren en te waarborgen... Het procedurele grondrecht van artikel 19, lid 4, bb, waarborgt niet alleen het formele recht en de theoretische mogelijkheid om een beroep te doen op de rechter, doch ook de effectiviteit van de rechtsbescherming; de burger heeft een wezenlijk recht op een goed functionerend rechterlijk toezicht"). Zie ten slotte Corte Costituzionale nr. 190 van 28 juni 1985, volgens hetwelk „het principe dient te worden geëerbiedigd, dat de duur van het proces niet ten nadele mag uitvallen van de partij die het recht aan haar kant heeft, een beginsel waarvan niet alleen de Italiaanse rechtsleer sedert het begin van deze eeuw de geldigheid heeft aangetoond" (Foro italiano, 1985, I, 1881). Over de oorsprong en de grondbeginselen van de voorlopige maatregelen in Frankrijk, zie Debbasch, *Procédure administrative contentieuse et procédure civile*, Parijs, 1962, blz. 300 e. v.

10 — Beschikking van 5 augustus 1983, zaak 118/83 R, CMC, Jurispr. 1983, blz. 2583, r. o. 37.

lijkt de situatie slechts verschillend, vooral wanneer deze toetsing aan een rechterlijke instantie ad hoc is opgedragen. Ook deze situatie strookt perfect met de typische functie van het proces, te weten de vaststelling en dus de toepassing van het recht, zodat het vereiste van de voorlopige bescherming van de positie van de particulier ongewijzigd blijft, voor zover ook in dat geval de juiste (en geldige) wetsbepaling moet worden vastgesteld, uitgelegd en op de feiten toegepast.

20. Daaruit volgt dat het zogenoemde vermoeden, dat voor de wet en de administratieve handeling, evenzeer als voor de gemeenschapshandeling geldt totdat de rechter de onverenigbaarheid met een bepaling van hogere rang of in ieder geval met voorrang heeft vastgesteld, *voor zover in die vaststelling is voorzien*, geen formeel beletsel vormt voor de voorlopige bescherming van een subjectieve rechtspositie. Juist omdat het hier een vermoeden betreft, dat als zodanig bij de definitieve vaststelling kan worden weerlegd, blijft het integendeel noodzakelijk een oplossing te bieden voor de omstandigheid dat de uitspraak lang op zich heeft laten wachten en/of geen nut heeft.

Vaststaat namelijk dat voor elke bepaling, ongeacht of zij is neergelegd in een door het Parlement goedgekeurde wet, of in een gemeenschapshandeling, in een administratieve handeling of in elk geval in een handeling van lagere rang, het wettigheidsvermoeden geldt. Dit kan en moet evenwel niet betekenen dat de rechter niet tijdelijk de gevolgen ten aanzien van de aan hem voorgelegde zaak kan opschorten, wanneer hangende de definitieve vaststelling van de wettigheid of verenigbaarheid met een bepaling van hogere rang of een bepaling die voorrang heeft, de rechtspositie van een van de partijen onherstelbare schade dreigt te lijden en wanneer het vermoeden bestaat (waarvan moet worden vastgesteld of het gegrond is) dat de definitieve vaststelling kan uitmonden in de erkenning dat de betrokken wet of administratieve handeling onwettig is.

21. Kort samengevat, het vermoeden van wettigheid van de wet of van de administratieve handeling kan en mag niet betekenen, dat de mogelijkheid van een voorlopige bescherming wordt uitgesloten, *voor zover ten aanzien van beide gevallen een stelsel van rechterlijke wettigheidstoetsing is voorzien.*

De voorlopige bescherming is namelijk niet in tegenspraak met het beginsel van de wettigheid van de wet of van de administratieve handeling, dat in concreto de vorm aanneemt van een vermoeden dat steeds kan worden weerlegd door de definitieve vaststelling, maar zij heft juist het risico op, dat een dergelijk vermoeden het tegenovergestelde — en zeker in geen enkele rechtsorde gewilde — gevolg zou opleveren, namelijk de uitholling van het rechterlijk toezicht, en inzonderheid van het toezicht op de wettigheid van de wet. Een andere opvatting zou erop neerkomen dat de mogelijkheid van voorlopige maatregelen radicaal wordt ontkend, en wel niet alleen met betrekking tot de wet, doch ook in absolute zin, aangezien elke overheidshandeling, of het nu om een normatieve handeling in de enge betekenis van het woord dan wel om een individuele handeling gaat, geacht wordt wettig te zijn tot de uitslag van de wettigheidstoetsing door de rechter.

22. In een procedurele situatie als de onderhavige, waarin het gaat om de eventuele onverenigbaarheid van een bepaling met een andere bepaling van hogere rang of met voorrang, dient, zoals eerder gezegd, *ervan te worden uitgegaan dat beide bepalingen vanaf het instellen van de vordering op de zaak van toepassing zijn.* Dit geldt te meer omdat de definitieve vaststelling, waarvan de gevolgen terugwerken tot het tijdstip van de vordering, niets nieuws aanbrengt betref-

fende het bestaan (of niet-bestaan) van het gestelde recht, omdat ervan wordt uitgegaan dat de betrokken bepalingen alternatief geldig en toepasselijk (dan wel ongeldig en niet-toepasselijk) zijn, en voor beide het zogeheten wettigheidsvermoeden geldt, terwijl alleen het tijdstip van de vaststelling naar later wordt verschoven wegens het met het proces gemoeide tijdsverloop. In de tussentijd kan op goede grond worden gesproken van een „schijn van recht", dat de bestaansreden is van de voorlopige maatregelen *en het hele normatieve kader dekt dat van toepassing zou kunnen zijn.* Er bestaat dus geen zekerheid (met een desbetreffend vermoeden van wettigheid) over de ene bepaling en onzekerheid over de andere, doch een *schijn van de regeling als geheel, zowel van de ene als van de andere bepaling.* De rechter dient zijn beoordeling of deze schijn van recht van dien aard is dat het gestelde recht voorlopig moet worden beschermd dan wel deze bescherming moet worden onthouden, te baseren op materiële criteria verband houdend met de mate waarin de bestreden bepaling als wettig voorkomt *(fumus boni iuris,* ongeacht de daaraan gegeven benaming), en met de eventuele mogelijkheid dat een van de betrokken posities hangende de eindbeslissing in het geding wordt benadeeld *(periculum in mora).*

23. Bovenstaande opmerkingen worden in ruime mate bevestigd door de omstandigheid dat in alle rechtstelsels van de Lid-Staten (het Deense stelsel gedeeltelijk uitgezonderd), ondanks het verschil in vormen en vereisten in verband met de duur van het proces, de rechten die door een bepaling van lagere rang worden ontzegd doch met een beroep op een bepaling van hogere rang worden gevorderd, bij wege van voorlopige maatregel kunnen worden beschermd.

Om te beginnen staat vast, dat de toepassing van de administratieve handeling, waarvoor evenals voor de wet het vermoeden van wettigheid geldt, voor zover het beroep geen schorsende werking heeft (afgezien van zeldzame uitzonderingen), zonder problemen bij wege van voorlopige maatregelen kan worden geschorst in afwachting van de definitieve uitspraak over de wettigheid.

De mogelijkheid om, in rechtsstelsels waarin de rechter de wettigheid ervan kan toetsen, een wet bij wege van voorlopige maatregel buiten toepassing te verklaren, is ongetwijfeld zeldzamer.

Vaak rijst het probleem van de grondwettigheid van de wet in de context van een beroep tegen een administratieve handeling tot uitvoering van de wet, zodat de noodzaak om de wet zelf buiten toepassing te stellen zich niet voordoet: in sommige rechtsstelsels is dit de enig mogelijke situatie.

In andere landen daarentegen, inzonderheid in die waar een toetsing van de wet (aan de grondwet) niet algemeen mogelijk is doch aan één orgaan is voorbehouden, is de mogelijkheid voorzien, of bestaat zij in ieder geval in de praktijk, om de wet bij wege van voorlopige maatregel voorlopig buiten toepassing te verklaren. Zo kan in Duitsland het Bundesverfassungsgericht zelf bij wege van voorlopige maatregel de toepassing van de wet opschorten, in een procedure (Verfassungsbeschwerde) die veel gelijkenis vertoont met het „judicial review" in het Engelse rechtsstelsel [11]; hetzelfde geldt voor de gewone rechter, met de verplichting de zaak naar het Bundesverfassungsgericht te verwijzen. [12]

Van bijzonder belang is overigens het geval van Italië, waar de gewone rechter niet alleen niet bevoegd is om de wet aan de grondwet te toetsen, zodat hij dus verplicht is de zaak naar de corte costituzionale te verwijzen, doch waar bovendien noch aan

11 — Bundesverfassungsgericht 16.10.1977, Schleyer, in *Foro italiano,* 1978, IV, 222; Bundesverfassungsgericht 19 juni 1962, in BVerfGE, deel 14, blz. 153.

12 — Bundesverfassungsgericht 5.10.1977, in BVerfGE, deel 46, blz. 43.

de Corte Costituzionale noch aan de gewone (of administratieve) rechter uitdrukkelijk de bevoegdheid is verleend om een voorlopige maatregel te nemen (om de toepassing van de wet op te schorten) in afwachting van de uitspraak over de wettigheid. Niettemin zijn talrijke gewone rechters [13], daarin ondersteund door de meeste auteurs [14], van mening dat bij wege van voorlopige maatregel de opschorting van de toepassing van de wet — vànzelfsprekend alleen voor de partijen in het geding — kan worden gelast, in afwachting van de uitspraak van de corte costituzionale. Weliswaar heeft de corte costituzionale zich nooit uitgesproken over het specifieke punt waarover het thans gaat [15], doch het heeft enerzijds gewezen op de intrinsieke noodzaak van voorlopige maatregelen voor de effectiviteit van de rechterlijke bescherming [16], en anderzijds op het bestaan van een algemeen beginsel en van een „beginsel van rationaliteit" van de rechtsorde, volgens hetwelk, wanneer de noodzakelijke voorwaarden zijn vervuld (*fumus* en *periculum in mora*), de rechter de bevoegdheid heeft dringende maatregelen te gelasten, die voorlopig de werking van de uitspraak ten gronde veilig kunnen stellen. [17]

Hoewel in een geheel ander kader, is het eveneens van belang dat de Franse conseil constitutionnel een wet ongrondwettig heeft verklaard, omdat daarin niet de mogelijkheid van een voorlopige schorsing van de toepassing van een administratief besluit door de rechter was voorzien, welke schorsing bovendien als een „wezenlijke waarborg van de rechten van de verdediging" [18] werd aangemerkt.

24. Wat nu het verband tussen nationale en gemeenschapsbepalingen betreft, er kan geen twijfel over bestaan dat door middel van de prejudiciële uitlegging van het Hof en de „rechtstreekse" bevoegdheid van de nationale rechter, een mechanisme is ingevoerd, waarbij in wezen een nationale bepaling op haar wettigheid (of, zo men wil, haar verenigbaarheid) wordt getoetst aan een gemeenschapsbepaling, aangezien de nationale rechter bevoegd is de nationale bepaling onherroepelijk onverenigbaar met de gemeenschapsbepaling te verklaren. Indien hij dus de nationale wet die in strijd is met een rechtstreeks werkende gemeenschapsbepaling buiten toepassing kan, en zelfs moet, laten na de definitieve vaststelling (of in ieder geval dit gevolg tot stand moet brengen), moet hij ook — wanneer aan de vereisten daarvoor is voldaan — bij wege van voorlopige maatregel die bepaling buiten toepassing kunnen laten, wanneer de onverenigbaarheid niet geheel zeker noch „vastgesteld" is, doch eventueel een prejudiciële uitlegging door het Hof van Justitie nodig is. Anders zou de rechterlijke bescherming van de door de gemeenschapsbepaling aan de particulier toegekende rechten onwerkzaam kunnen worden gemaakt, terwijl deze bescherming nochtans, zoals het Hof bij tal van gelegenheden en ook de verwijzende rechter hebben opgemerkt, voor de nationale rechter een verplichting vormt.

13 — Pretore di Bari, beschikking van 4 februari 1978, *Foro Italiano* 1978, I, 1807; Pretore di La Spezia, beschikking van 29 maart 1978, *Foro Italiano* 1979, I, 285; Pretore di Pisa, beschikking van 30 juli 1977, *Foro Italiano* 1977, I, 2354; Pretore di Pavia, beschikking van 14 maart 1977, *Riv. giur. lav.* 1977, II, 640; Pretore di Voltri, beschikking van 1 september 1977, *Riv. giur. lav.* 1977, II, 639; Pretore di La Spezia, beschikking van 23 november 1978, *Foro Italiano* 1979, I, 1921 e. v.

14 — Verde, „Considerazioni sul procedimento d'urgenza", in *Studi Andrioli*, Napels 1979, blz. 446 e. v.; Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*, 1976, II, blz. 1391; Campanile, *Procedimento d'urgenza e incidente di legittimità costituzionale*, Riv. dir. proc. 1985, blz. 124 e. v.; Zagrebelsky, „La tutela d'urgenza", in *Le garanzie giurisdizionali dei diritti fondamentali*, Padua 1988, blz. 27 e. v.; Sandulli, *Manuale di diritto amministrativo*, Napels 1984, II, blz. 1408.

15 — Zie evenwel voor wat de toelaatbaarheid van voorlopige maatregelen betreft in afwachting van de regeling van bevoegdheidsgeschillen, Corte Costituzionale nr. 73 van 6 juni 1973, *Foro Italiano*, 1973, I, 1657; eveneens Corte di Cassazione, Sezioni Unite, 1 december 1978, nr. 5678, *Foro Italiano*, 1978, I, 2704.

16 — Corte Costituzionale, 27 december 1974, nr. 284, *Foro Italiano*, 1975, I, 263.

17 — Corte Costituzionale, 28 juni 1985, nr. 190, *Foro Italiano*, 1985, I, 1881. Zie ook voor sommige interessante aspecten, Corte di Cassazione, Sezione Unite Civili, 1 december 1978, nr. 5678, *Foro Italiano*, 1978, I, 2704; Consiglio di Stato, Ad. plen., 14 april 1972, nr. 5, *Foro Italiano*, 1972, III, 105; idem, 8 oktober 1982, nr. 17, *Foro Italiano*, 1983, II, 41.

18 — Uitspraak nr. 86-224 DC van 23. 1. 1987, JORF van 25. 1. 1987, blz. 925.

25. Hiermee zijn wij terug bij de concrete zaak die via de prejudiciële vragen van het House of Lords aan het Hof ter beoordeling is voorgelegd. Het recht van verzoekers in het hoofdgeding, dat hun door de nationale wet wordt ontzegd, wordt geldend gemaakt op basis van bepaalde rechtstreeks werkende verdragsbepalingen, dat wil zeggen op basis van bepalingen die voorrang hebben boven de nationale wet, doch ten aanzien waarvan het niet zeker is of zij in de gestelde zin kunnen worden uitgelegd, zodat een prejudiciële beslissing van het Hof noodzakelijk is. In afwachting daarvan vormt het vermoeden van wettigheid dat de wet tot de definitieve vaststelling toekomt, voor de verwijzende rechter een beletsel voor voorlopige maatregelen ter bescherming van de gestelde rechten.

Voor zover nu de Engelse rechter, zoals vaststaat en hij zelf heeft benadrukt, bij de einduitspraak de voorrang kan en moet geven aan de „zekere" gemeenschapsbepaling met rechtstreekse werking, zulks omdat hij de Engelse wet aan het gemeenschapsrecht mag toetsen, moet hij, *zodra aan de noodzakelijke voorwaarden is voldaan,* ook de voorlopige bescherming kunnen verzekeren van krachtens „onzekere" gemeenschapsbepalingen gestelde rechten die door de nationale bepaling niet worden erkend.

Dit is niet een formeel, maar een materieel probleem. Het wettigheidsvermoeden vormt geen beletsel, aangezien het door de definitieve vaststelling kan worden weerlegd, zoals ook in de Engelse rechtsorde het geval is ingevolge de *European Communities Act* van 1972, evenmin als het wettigheidsvermoeden van elke norm van lagere rang ten opzichte van de norm van hogere rang aan voorlopige maatregelen in de weg staat. De verwijzende rechter zelf vermeldt het in zijn verwijzingsbeschikking met betrekking tot de mogelijkheid om de toepassing van een handeling van lagere rang die vermoed wordt in strijd met de wet te zijn, op te schorten.

26. Ik wil hiermee zeggen dat deze beoordeling dient te geschieden op basis van materiële en niet, zoals de Britse regering suggereert, van formele criteria zoals het vermoeden van wettigheid van de wet.

Wordt voorrang gegeven aan de nationale wet, enkel omdat de onverenigbaarheid met de gemeenschapsbepaling nog niet definitief is vastgesteld — *dus alleen op basis van een louter schijnbare verenigbaarheid* —, dan zou zulks erop kunnen neerkomen dat de gemeenschapsbepaling de effectieve rechterlijke bescherming wordt ontzegd die „vanaf haar inwerkingtreding en tijdens haar gehele geldigheidsduur" moet worden verzekerd. Paradoxaal genoeg zou het door een gemeenschapsregel (schijnbaar) toegekend recht in de regel een geringere of minder effectieve bescherming genieten dan een door een nationale bepaling (eveneens schijnbaar) toegekend recht. Men zou ook kunnen zeggen, dat het door de gewone wet toegekende recht in aanmerking komt voor voorlopige bescherming, terwijl deze aan het door de gemeenschapsbepaling of een andere bepaling van hogere rang toegekende recht wordt ontzegd op grond van het vermoeden van wettigheid van de wet: alsof dit vermoeden — dat uiteindelijk niets anders is dan een „schijn" — voor de regel met voorrang niet zou gelden.

Voor alle duidelijkheid: hiermee wil ik niet zeggen dat de nationale rechter altijd en in alle omstandigheden voorrang moet geven aan het schijnbare communautaire recht boven het even schijnbare nationale recht, doch enkel dat hij zulks moet kunnen doen wanneer dit op grond van feitelijke en juridische omstandigheden noodzakelijk is, dat

wil dus zeggen dat hij geen formele beletsels kan en moet vinden voor een eventueel verzoek om voorlopige maatregelen, dat is gebaseerd op rechtstreeks toepasselijke gemeenschapsbepalingen.

27. Het vermoeden van wettigheid dat voor gemeenschapshandelingen geldt, zoals het Hof meermaals heeft benadrukt, kan niet als argument worden aangevoerd om het tegenovergestelde te bewijzen. Ten overvloede verwijs ik naar artikel 185 EEG-Verdrag, dat uitdrukkelijk voorziet dat het Hof bevoegd is „opschorting van de uitvoering van de bestreden handeling te gelasten", „indien de omstandigheden zulks vereisen".

Doch dit is niet alles. Hoewel de toetsing van de geldigheid van gemeenschapshandelingen volledig bij het Hof van Justitie is geconcentreerd (ook ten aanzien van de prejudiciële verwijzingsprocedure van artikel 177), heeft het Hof desalniettemin opgemerkt dat „afwijkingen van de regel, dat de nationale rechter niet bevoegd is zelf de ongeldigheid van gemeenschapshandelingen vast te stellen, in het geval van een kort geding onder bepaalde omstandigheden noodzakelijk kunnen zijn". [19]

28. Eveneens moet niet formeel maar materieel de mogelijkheid worden beoordeeld, dat de voorlopige bescherming (ook) wordt verwezenlijkt door de overheid een *verplichting om te doen* op te leggen. Ik zou het bij voorbeeld onverstandig achten een gebod op te leggen dat neerkomt op een inmenging in de uitoefening van de discretionaire bevoegdheid van de overheid of zelfs van het parlement (een besluit uitvaardigen, een wet aanvaarden), terwijl het mij anderzijds wel redelijk en „orthodox" lijkt, een niet-discretionaire materiële gedragslijn voor te schrijven of, zoals in casu, tijdelijk en uitsluitend ten aanzien van de betrokken partijen, de toepassing van de wet of de administratieve handeling te schorsen totdat de rechter in staat is een van beide definitief toe te passen of buiten toepassing te laten.

29. Concluderend geef ik het Hof in overweging de eerste vraag van het House of Lords bevestigend te beantwoorden, in die zin dat *krachtens het gemeenschapsrecht de nationale rechter, wanneer aan de voorwaarden daarvoor is voldaan, de voorlopige bescherming van door een particulier met een beroep op rechtstreeks werkende bepalingen van gemeenschapsrecht gestelde rechten dient te kunnen verzekeren in afwachting van de beslechting van het geschil, met inbegrip van de prejudiciële procedure voor het Hof.* Bovendien geef ik het Hof in overweging deze bevoegdheid/plicht van de nationale rechter uitdrukkelijk te verankeren in *het vereiste van een effectieve rechterlijke bescherming,* dat voor gemeenschapsbepalingen evenzeer moet gelden als voor nationale bepalingen.

30. Dit antwoord betekent natuurlijk niet dat andere rechtsmiddelen of beroepsmogelijkheden worden voorgeschreven dan in het nationale recht van de Lid-Staten reeds zijn voorzien, doch enkel dat de in het nationale recht voorziene rechtsmiddelen en beroepsmogelijkheden „moeten kunnen worden gebruikt om de eerbiediging van rechtstreeks werkende gemeenschapsvoorschriften te verzekeren op dezelfde voorwaarden inzake ontvankelijkheid en procedure als zouden gelden indien het erom ging de eerbiediging van nationaal recht te verzekeren". [20] Bovendien wil ik nogmaals er op wijzen dat dit beginsel dat de vereisten voor de rechterlijke bescherming van door gemeenschapsbepa-

19 — Arrest van 22 oktober 1987, zaak 314/85, Foto-Frost, Jurispr. 1987, blz. 4199, r. o. 19.

20 — Arrest van 7 juli 1981, zaak 158/80, Rewe, Jurispr. 1981, blz. 1805.

lingen toegekende rechten uitsluitend door het nationale recht worden bepaald, niet geldt „indien deze vereisten en termijnen het in de praktijk onmogelijk zouden maken de rechten uit te oefenen, die de nationale rechter verplicht is te handhaven". [21]

31. Zoals ook blijkt uit de verwijzingsbeschikking en uit de opmerkingen van de Britse regering, kent het Engelse procesrecht namelijk wel de voorlopige maatregel ter bescherming van een recht in afwachting van de definitieve vaststelling van dit recht, wanneer er een *periculum in mora* bestaat en de aanspraak *prima facie* gegrond lijkt (het Divisional Court heeft de gevraagde voorlopige maatregelen toegekend). Het gaat hier dan ook niet om een procedure die niet in de nationale rechtsorde is voorzien, doch uitsluitend om het gebruik dat van een reeds bestaande procedure kan worden gemaakt om een krachtens een rechtstreeks werkende bepaling van gemeenschapsrecht gesteld recht te beschermen. Hetzelfde geldt voor de beweerde onmogelijkheid om de administratie een bepaalde *verplichting om te doen* op te leggen, aangezien het er in werkelijkheid alleen om gaat een wet voorlopig buiten toepassing te verklaren ten aanzien van partijen, aangezien zij het risico van een eventuele ongunstige einduitspraak dragen.

Anders zou er overigens in elk geval een duidelijke verplichting bestaan om — voor zover aan de voorwaarden daarvoor is voldaan — de voorlopige bescherming te verzekeren, aangezien zich dan het geval zou voordoen (ik verwijs in dat verband nogmaals naar de zaak Simmenthal) van een procesrechtelijke regeling die de uitoefening onmogelijk zou maken van rechten die de nationale rechter gehouden is te beschermen. Dit ware des te erger, wanneer men bedenkt dat in de Engelse rechtsorde, zoals ook in de verwijzingsbeschikking wordt vermeld, de definitieve vaststelling van het gestelde recht volstrekt niet inhoudt dat de door de houder van het omstreden recht in afwachting van de uitspraak geleden financiële schade wordt vergoed; vanzelfsprekend heeft deze omstandigheid op zich reeds een negatieve uitwerking op de verplichting van de nationale rechter om de volle werking van de gemeenschapsregels te verzekeren.

32. Mijns inziens kan niet a contrario worden gesteld (zoals in de opmerkingen van de Britse en van de Ierse regering is gedaan), dat de particulieren voldoende beschermd zijn omdat de Commissie in het kader van de niet-nakomingsprocedure van artikel 169 het Hof van Justitie om een voorlopige maatregel kan verzoeken, welke situatie zich, zoals gezegd, in casu, reeds heeft voorgedaan in verband met het nationaliteitsvereiste in de betrokken Engelse wet. In dat verband kan worden volstaan met een verwijzing naar het arrest Van Gend & Loos, waarin het Hof verklaarde dat een beperking der waarborgen tegen de schending door de Lid-Staten van rechtstreeks werkende bepalingen van gemeenschapsrecht „tot de procedures der artikelen 169 en 170 elke onmiddellijke rechtsbescherming van de eigen aanspraken der ingezetenen zou uitsluiten". [22]

33. Het antwoord op de eerste vraag van het House of Lords kan dus niet slechts bevestigend luiden, in die zin dat de verplichting voor de nationale rechter om een effectieve rechtsbescherming van de door het gemeenschapsrecht aan de particulier toegekende rechten te verzekeren, wanneer

21 — Arrest Comet, zaak 45/76, reeds aangehaald, r. o. 15; arrest Rewe, zaak 33/76, reeds aangehaald, r. o. 15; arrest Express Dairy Food, zaak 130/79, reeds aangehaald, r. o. 12; arrest Denkavit, zaak 61/79, reeds aangehaald, r. o. 25; arrest Mireco, reeds aangehaald, zaak 826/79, reeds aangehaald, r. o. 13.

22 — Arrest van 5 februari 1963, zaak 26/62, Jurispr. 1963, blz. 1.

aan de voorwaarden daarvoor is voldaan, noodzakelijkerwijs de voorlopige bescherming van de gestelde rechten, in afwachting van de definitieve vaststelling ervan, dient te omvatten.

Overigens wordt in deze vraag nog gevraagd of het gemeenschapsrecht de nationale rechter *verplicht* dan wel hem de *bevoegdheid* verleent om voorlopige maatregelen te gelasten; de tweede vraag, betreffende de door de nationale rechter te hanteren criteria, gaat er dus van uit dat de vraag betreffende de verplichting ontkennend en die betreffende de bevoegdheid bevestigend moet worden beantwoord.

Afgezien van de preciese formulering van de vragen en van de antwoorden van het Hof daarop, ben ik van mening dat de grond van de zaak moet worden verduidelijkt. In de eerste plaats hebben wij mijns inziens niet te maken met een echt alternatief van „verplichting" en „bevoegdheid", aangezien van de nationale rechter wordt verlangd dat hij rechtspreekt, wat per definitie een beoordeling feitelijk en rechtens van elk concreet geval impliceert. In overeenstemming met de rechtspraak van het Hof kan dan ook van een „verplichting" worden gesproken, in die zin dat de rechter die verplichting nakomt door in elk afzonderlijk geval na te gaan of aan de algemene voorwaarden voor voorlopige maatregelen is voldaan.

Volgens mij moet de rechter niet alleen in elk geval beoordelen of aan de voorwaarden voor voorlopige maatregelen is voldaan, doch bovendien moeten bij gebreke van een geharmoniseerde regeling op communautair vlak verder de ter zake in de nationale rechtsstelsels geldende voorwaarden worden toegepast. Anderzijds lijkt mij aut similia deze aangelegenheid niet veel ruimte voor verbeelding of voor revolutionaire ontdekkingen te laten, aangezien de rechtsleer en het positieve recht, het Engelse inbegrepen, sedert lang de *fumus boni iuris* (hoe ook genoemd) en het *periculum in mora* als de twee basisvereisten voor voorlopige maatregelen aanmerken. Of het accent naar gelang van het rechtsstelsel op de ene dan wel op de andere voorwaarde ligt; of de *fumus* al dan niet geheel samenvalt met de niet kennelijke ongegrondheid dan wel de gegrondheid *prima facie* van het recht en dergelijke; of bij de beoordeling van het *periculum* naast de gebruikelijke en noodzakelijke afweging van de betrokken belangen (om te voorkomen dat een beschermende maatregel zelf voor de tegenpartij onherstelbare schade teweegbrengt) ook het openbaar belang in de beschouwing dient te worden betrokken; dit zijn allemaal factoren die een rol spelen bij de bedachtzame beoordeling door de nationale rechter, die telkens zo goed mogelijk zal nagaan of een voorlopige maatregel ter bescherming van de gestelde rechten opportuun of noodzakelijk is. Daarbij behoeft eigenlijk nauwelijks te worden aangetekend, dat bij de beoordeling van de *fumus boni iuris* de rechter rekening zal houden met de mogelijkheid dat de nationale bepaling onverenigbaar met het gemeenschapsrecht wordt verklaard.

Wat dus meer in het bijzonder de tweede vraag betreft, geef ik het Hof een antwoord in de lijn van het arrest Comet in overweging, in die zin dat bij gebreke van harmonisatiemaatregelen de „vereisten en termijnen" in de nationale rechtsorde gelden en blijven gelden, mits zij het niet „in de praktijk onmogelijk maken de rechten uit te oefenen, die de nationale rechter verplicht is te handhaven".

De nationale rechter zal dus voor de beslechting van de zaak in het hoofdgeding daaraan de nodige gevolgtrekkingen moeten verbinden, op basis van de in de motivering van de verwijzingsbeschikking uiteengezette gegevens, waarvan het Hof vanzelfsprekend de juistheid niet kan beoordelen.

34. Gelet op een en ander geef ik het Hof in overweging, de vragen van het House of Lords te beantwoorden als volgt:

„1) De door het gemeenschapsrecht aan de nationale rechter opgelegde verplichting om een effectieve rechtsbescherming te verzekeren van de door gemeenschapsbepalingen rechtstreeks aan de particulier toegekende rechten, houdt de verplichting in voorlopige en dringende maatregelen ter bescherming van de aan die bepalingen van gemeenschapsrecht ontleende rechten te gelasten, wanneer zulks noodzakelijk is en aan de voorwaarden feitelijk en rechtens daarvoor is voldaan, in afwachting van de definitieve vaststelling en eventueel de prejudiciële uitlegging door het Hof van Justitie.

2) Bij gebreke van gemeenschappelijke harmonisatiemaatregelen, bepaalt de rechtsorde van elke Lid-Staat welke procedureregels en vereisten gelden voor de voorlopige bescherming van rechten die ingevolge rechtstreeks werkende gemeenschapsregels aan particulieren toekomen, mits die regels en vereisten de voorlopige uitoefening van de gestelde rechten niet onmogelijk maken en niet minder gunstig zijn dan die welke zijn voorzien ter bescherming van aan het nationale recht ontleende rechten, zodat elke nationale bepaling of praktijk die dit gevolg teweegbrengt, onverenigbaar is met het gemeenschapsrecht."