

---

## Europa, recht en binnenmarkt. Nieuw leven in de publieke taak

1. De overheid bevindt zich tegenover een veelvoud van niet-publieke sferen, verbanden en belangen; daarvan is de markt er maar één. Hoe die *markt* onder alle niet-publieke belangen feitelijk en begripsmatig de publieke aandacht is gaan domineren, moet de kwestie van de dag zijn. Waar blijft (op een conferentie aan de Vrije Universiteit nog wel) het *maatschappelijk middenveld*?
2. Heerschappij van de markt onder de niet-publieke belangen is in Europese landen voorbereid en vormgegeven door de Europese Interne Markt (1986). Deze operatie zette de markt in tot uitdaging en vernieuwing van de publieke zaak.
3. Intellectuele wegbereider tot die triomf van de Interne Markt en tot zijn rol als eerste uitdager van de publieke sfeer is de Europese rechter (Hof van Justitie). Hij heeft ervoor gekozen de markt vol te confronteren met de publieke zaak, dit onder directie van het Europese recht.
4. Het arrest *Dassonville* uit 1974 bevat deze confrontatie in de kiem. De daarin gelanceerde *redelijkheidstoets* (rule of reason) verdringt de tot dan toe dominante *gelijkheidstoets* (verbod van discriminatie).
5. De gelijkheidstoets was de favoriet van Europa-denkers en vakjuristen. De redelijkheidstoets is voor hen problematisch, omdat hij het nationale algemeen belang respecteert.
6. De redelijkheidstoets is communicatief en responsief. Hij zet de markt in tot inhoudelijke en procedurele vernieuwing van de publieke zaak en taak.

### 1. Publiek en niet-publiek: de triomf van de markt

Het publieke belang heeft een sterke neiging tot aanwas en vervolgens tot stolling in specifieke inhoud en procedures. Dit is een oud probleem voor de staat, voor wie dat algemeen belang reden van bestaan is. Die staat is nu eenmaal niet alleen gericht op *behoud*, al zou zijn naam *staat* daarop wijzen. Hij is in onze tijd ook en vooral de instantie waarin een gemeenschap haar eigen

\* Prof. mr. W.T. Eijsbouts is hoogleraar Europees constitutioneel recht en zijn geschiedenis aan de Universiteit van Amsterdam.

verandering, haar ontwikkeling organiseert. Met die veranderingstaak staat de neiging tot groei en stolling van het algemeen belang op gespannen voet.

In geen van de overige bijdragen in deze bundel is de verandering, de ontwikkeling naar inhoud en vorm, van dat algemeen belang gethematiseerd. Verder dan de opmerking dat de inhoud van de publieke taak 'contingent' is, waarmee bedoeld wordt: toevallig, want verschillend naar plaats en tijd, gaan ze niet. Nu mag zulk toeval voor een overtuigde postmodernist als Frissen een hoog werkelijkheidsgehalte hebben, voor anderen dient die 'contingentie' vooral tot afscheid of tenminste afstand van de illusie dat de publieke taak een uit noodzaak op te maken vast gegeven is.<sup>1</sup> Vrij algemeen is de gedachte dat het uiteindelijk juist 'de politiek' is die bepaalt wat er nu publieke taak is en wat niet.

Die laatste gedachte is grotendeels juist. Maar ze ontleent wel erg veel van die juistheid aan haar tautologische en circulaire karakter: de publieke sfeer (de politiek) maakt wel uit wat tot de publieke sfeer (de overheid) hoort. Ze schiet tekort in relativering van de overheidstaak en in begrip van haar vernieuwing.

Daarvoor, voor die relativering en vernieuwing, zijn de niet-publieke sferen vanouds wezenlijk. Wat betreft *relativering* volstaat het mooie gedichtje van Yeats:

How can I, that girl standing there,  
My attention fix  
On Roman or on Russian  
Or on Spanish politics?<sup>2</sup>

Wat betreft *vernieuwing* is het goed te beseffen dat alwat er publiek is, voor een goed deel zijn leven vindt in de *niet publieke* sferen. Daarvan zijn er vele. De courante eenvoudige tegenstelling *publiek-privaat* verhult het meervoud aan niet-publieke sferen en kan dus misleiden. Gezin, kerk, kunst, sport, liefde en erotiek, wetenschap, cultuur, bedrijfsleven ja het hele maatschappelijke middenveld, al die sferen zijn lang niet allemaal privé maar wel alle in overheersende mate niet-publiek. Ze zijn niet openbaar, leggen geen rekenschap af, zijn niet voor de hele politieke gemeenschap bedoeld of weggelegd, dus niet algemeen. En ze hebben niet of alleen in bijzondere gevallen openbaar gezag.<sup>3</sup>

Deze niet-publieke sferen zijn te beschouwen als maatschappelijke partners en tegenspelers van de publieke sfeer. Hierin ligt dus een bron van variatie in de specifieke vormgeving en inhoudsbepaling van de publieke sfeer, dit voor de

1. Aldus de lezing van P.H.A. Frissen op de staatsrechtconferentie 2002 aan de Vrije Universiteit te Amsterdam, 17 december 2002. Schrijver van het onderhavige stuk is overigens zelf op toeval gepromoveerd. Maar in die dissertatie is toeval niet het einde maar het begin van denken over het recht. *Recht en toeval*, Amsterdam: 1989 (dissertatie Leiden).
2. Geciteerd in (het overigens kostelijke boek van) Crick, B., *In Defense of Politics*, Londen: Penguin, 1992, 4e druk, p. 151.
3. In de recente oratie van Pessers, *Big Mother* (nog niet gepubliceerd) ziet men een zekere reductie van het vele *niet-publieke* tot enkel het *private*. Een rijk geschakeerd beeld van de ontmoeting publiek v. niet-publiek is te vinden in het proefschrift van Versteegh, *De goede doelstichting*, diss. VU. Utrecht: Lemma, 2003.

politiek, en een bron van relativering ervan, dit voor de waarnemer. Anders gezegd: de publieke sfeer kan zich, feitelijk en begripsmatig, in verschillende richtingen ontwikkelen afhankelijk daarvan, welke maatschappelijke sferen, belangen, behoeften ze als tegenspelers kiest respectievelijk links laat liggen.

Tegenspel of partnerschap tussen publieke en overige maatschappelijke sferen is een vanouds vertrouwd verschijnsel. De staat treedt immers op waar de niet-publieke sferen tekort schieten, uitwassen vertonen, externe kosten maken. Ook ontleent de publieke sfeer haar inkomsten en kracht aan de creatieve niet-publieke sferen en bevordert zij deze door publieke taken, van infrastructuur tot onderwijs en privaatrecht.<sup>4</sup> Juist onder deze hoofden heeft de staat echter een zekere neiging tot verstolling en monopolisering van eenmaal aangetrokken functies en taken.

Als reactie op de resulterende afhankelijkheid van niet publieke functies en groepen zijn de beginselen van *soevereiniteit in eigen kring* en *subsidiariteit* opgekomen, bedoeld om begripsmatige tegendruk te bieden aan het eenrichtingsverkeer van niet-publiek naar publiek en aan de neiging tot monopolisering van het niet-publieke door de overheid.

Maar het bereik van deze begrippen én van de verbanden die ze steunen (m.n. die van het 'maatschappelijke middenveld') is beperkt gebleven. Het maatschappelijke middenveld is 'gekoloniseerd' door de overheid, haar methoden en formules, zoals Habermas dat noemt. Onderwijs, kunst, sport, wetenschap zijn gaandeweg ofwel aangezogen binnen de overheids sfeer ofwel daarvoor irrelevant geworden.<sup>5</sup> Werkelijke verandering of dynamiek hebben deze figuren de publieke zaak niet gebracht. Hoe komt dit? Omdat de meeste niet-publieke sferen *statisch* zijn. In termen van zijn eigen wezenlijke ontwikkeling is er voor de staat weinig eer te behalen aan gezinshulp, het inlopen van de wachtlijsten in de gezondheidszorg, verbetering van de WAO-systematiek, cultuursubsidies, monumentenzorg.

Dat nu is geheel anders met die grote niet-publieke sfeer die we aanduiden als de *Markt*. De Markt is agressiever, irritanter, goedkoper, brutaler, dommer, lelijker dan al die mooie en goede maatschappelijke verbanden. Maar ze is ook handelbaarder, extravert, communicatiever en per saldo uitdagender als tegenspeler voor de publieke zaak. Daarom is het tegenspel van de markt tegen de overheid voor die laatste ook dankbaarder dan dat van kerk, gezin, cultuur en overige groepen uit het middenveld.

Dit verklaart ten dele waarom de markt van alle niet-publieke sferen de voorkeurspartner van de staat geworden is. Vaak op initiatief en vrijwel steeds met

4. Anderzijds kan de staat publieke taken overlaten aan niet-publieke sferen, zoals (bij ons) in het bijzonder onderwijs.
5. Meest sprekend is dit in de kunsten. Deze zijn gesplitst in twee departementen: de (gesubsidieerde) staatskunst en de niet gesubsidieerde (rest)kunst. Merkwaardigerwijs monopoliseert de gesubsidieerde kunst de geïnstitutionaliseerde belangstelling (pers, media) en versterkt zo het restkarakter van de niet gesubsidieerde kunst én de kloof tussen kunst en publiek.

ondersteuning van de overheid is de markt het tegenspel vanuit de niet-publieke sfeer tegen de overheid gaan beheersen en heeft zij zelfs begripsmatig de sfeer van het niet-publieke ingepalmd. Dit laatste is door deze hele bundel heen te lezen. Belangstelling voor autonome niet-publieke sferen als gezin, kerk, kunsten en vooral maatschappelijk middenveld, die men toch zeker aan deze confessionele universiteit zou verwachten, is geëclipseerd door discussies over voor en tegen van de markt.

## 2. De Europese Interne Markt

De opmars van de Markt verklaart, en nu komt dit stuk tot zijn eigenlijke zaak, de grote relevantie van de Europese Unie voor de moderne Europese staat. Want juist die marktpressie is door de lidstaten uitbesteed aan of, zo men wil, *gepooled* in de Unie en haar Interne Markt.

Dit was oorspronkelijk niet zo duidelijk of was zelfs niet het geval. Het EG-verdrag van '57 had met zijn *Gemeenschappelijke Markt* (let op het kleine naam-verschil) een ander oogmerk. Die markt diende ertoe, Duitsland een afzet te bieden voor zijn ontzaglijke industriële potentieel en zodoende oude spoken te bezweren. Ze was ook wederhelft van de politieke deal tussen Duitsland en Frankrijk waarbij, in ruil voor vrij verkeer van industriële producten, Frankrijk zijn prijsbescherming van landbouwproducten over Europa mocht verbreiden.

Toen die afspraak grotendeels was verwerkelijkt en verder op haar grenzen stuitte, rond '75, stagneerde de EG. Pas vanaf halverwege de jaren tachtig raakte zij weer in een versnelde en tot dusver onafgebroken evolutie. Deze werd door twee grote krachten aangedreven.

De belangrijkste van de twee staat buiten het onderhavige verhaal: het is de politieke ontdooiing van Europa met de komst van Gorbatsjov, die zou uitlopen op de val van de Berlijnse Muur in '89 en het Unie-verdrag van '92.<sup>6</sup> Hier staat de tweede aandrijfkraft centraal; niet een impuls vanuit de brute geschiedenis, maar vanuit een vastberaden plan. In het begin van de jaren tachtig waren de lidstaten van de EG onder de invloed van een algemene recessie de een na de ander tot het besef gekomen van hun publieke overgewicht en stagnatie. Thatcher was de eerste die dat besef belichaamde in haar verkiezing ('79) en vervolgens haar beleid; Mitterrand was de laatste, na twee jaar van mislukte socialistische politiek, in maart '83. Onze minister Kok zette zijn stap met het befaamde akkoord van Wassenaar van '82. De geesten waren rijp.

6. Wat betreft de markt-landbouw deal en zijn doorwerking in het EG-recht, zie F. Snyder, *New directions in European Community Law*, Londen: Weidenfeld en Nicolson, 1990, p. 63 e.v. en A.A.M. Schrauwen, 'De kunst van het pact' in: M. Spiering e.a. (red.), *De weerspanning van de feiten* (Liber Roobol), Hilversum: Verloren, 2000, p. 209 e.v. Over de relatie Berlijn-Maastricht, zie W.T. Eijssbouts, *Het verdrag als feit en als tekst. De wedergeboorte van het Europese recht uit het vallen van de Berlijnse muur*, Oratie UvA 9 november 2001, Amsterdam: UvA, 2002.

In 1985 werd Jacques Delors voorzitter van de Europese Commissie, een bevlogen socialist maar wel een die als minister in de twee eerste jaren Mitterrand het probleem bijna aan den lijve gevoeld had. Eerst mocht hij zelf in Frankrijk de wending van na '83 vormgeven en daarna op basis van de zo verdiende reputatie zijn Europese project lanceren. Dit deed hij door de markt los te maken uit de oorspronkelijke deal van '57 en te vernieuwen tot 'Interne Markt'. Een jaar later kreeg zijn project verbindende status in de Europese Akte. Tegen het einde van '92 kon het project min of meer als voltooid worden beschouwd, welk succes overigens toen in de schaduw viel van de totstandkoming en ratificatie van het Verdrag van Maastricht.

Over het wezen van de Interne Markt, over met name de punten van verschil met de (oudere) *Gemeenschappelijke Markt*, bestaat geen eenstemmigheid. Het beste kan men de twee figuren tezamen zien als, in tijd, techniek en oorsprong verschillende, *gelaagdheden* van een enkel regelstelsel of régime, strekkend tot integratie van nationale markten.

De Interne Markt bracht één centrale *institutionele* vernieuwing, namelijk de mogelijkheid van harmonisatiebesluiten bij meerderheid inclusief een vergrote rol van het Europese Parlement (art. 95 EG jo. 252 en 251 EG). Interessanter is voor dit betoog de *materieelrechtelijke* vernieuwing, die uitging van consolidering maar ook strekte tot radicalisering van de markt-jurisprudentie van het Hof van Justitie. Ze is te vinden in de definitie van art. 14 lid 2 EG:

De interne markt omvat een ruimte zonder binnengrenzen waarin het vrije verkeer van goederen, personen, diensten en kapitaal is gewaarborgd volgens de bepalingen van dit Verdrag.

De term 'ruimte zonder binnengrenzen' symboliseert de centrale gedachte: een open communicatie tussen de lidstaten en afwezigheid van *fysieke* belemmeringen. Communicatie is het sleutelbegrip. Over die materiële vernieuwing gaat dit stuk verder.

## 3. De rechter

De filosofie van de Interne Markt kwam als gezegd niet uit de lucht vallen. Als *Urheber* van dit denken, dat dus al klaar lag om te worden doorgedrukt, moet het Hof van Justitie worden beschouwd. Lees maar zijn arrest *Schul* van 1982, volgens welke de *gemeenschappelijke markt*

'ziet op de afschaffing van *alle belemmeringen* van het intracommunautaire handelsverkeer teneinde de nationale markten te verenigen tot een enkele markt, die de omstandigheden van een binnenlandse markt zoveel mogelijk benadert.'<sup>7</sup>

7. Zaak 15/81, ro. 33, cursivering toegevoegd.

Deze definitie valt in de geest vergaand samen met die van het bovengenoemde art. 14 lid 2 EG. De zaak betrof Nederlandse heffing van BTW bij de invoer van een tweedehands jacht. Nederland voerde aan dat zijn belastingregeling niet discrimineerde, en dus voldeed aan het desbetreffende art. 90 EG:

De lidstaten heffen op producten van de overige lidstaten, ... geen hogere binnenlandse belastingen van welke aard ook dan die welke, al dan niet rechtstreeks, op gelijksoortige nationale producten worden geheven.

Het Hof keek door het discriminatie-criterium heen naar de vraag of er *feitelijke belemmering* was en eiste, toen dat inderdaad zo bleek, dat Nederland die belemmering zou voorkomen. Het gevolg is verstrekkend: Nederland moet dus zijn eigen wetgeving inrichten niet alleen naar eigen logica en systeem (met het discriminatieverbod als sleutel), maar met het oog op de effecten, gezien de regels van de buurlanden, op straffe van haar buiten kracht stelling van de zijne.

Juridisch was die Interne Markt dus al jaren voor haar invoering geconcipieerd. Met behulp en verheldering van de terugblik (inclusief enige simplificatie voor de goede zaak van het begrip) is 's Hofs draai in het denken, de draai dus naar de markt als primaire tegenspeler van de overheid, zelfs te pinpointen in een veel eerdere uitspraak van dat Hof, het arrest *Dassonville* van 1974.

Om dat te zien moet men eerst een voorbereidende stap volgen, tot verklaring van het recht als middelaar tussen publiek en niet-publiek in het algemeen. Ze dient dan tot verklaring van 's Hofs keuze in '74 uit twee alternatieve technieken.

#### *Recht als opwerkingsfabriek*

Een van de grote maar onderbelichte kwaliteiten en functies van het recht is wat ik niet geheel zonder bijbedoelingen zal noemen zijn *verlossende* karakter. Het recht zuivert menselijke aandriften, lusten en minder eerbare motieven en belangen, verheft deze tot de orde van de redelijkheid. Je kunt zeggen: het werkt als halfgeleider: redelijke motieven selecterend, minder redelijke wegfilterend.

Dat is direct te zien bij de ingang van het rechtsproces, met name privaatrechtelijk en bestuursrechtelijk. Wat motiveert de procespartijen? Veel procespartijen zijn eenvoudig uit op rechtsherstel. Maar er zijn ook de opportunist, querulant of zelfs de wrokbezetene. Ook zij worden al door het rechtsproces geconverteerd (bekeerd) tot nette partij, tot waardig rechtszoeker. Het proces geeft aan alle banale materiële belangen een eervolle opwaardering, die doorgaat tot in de uitspraak. In het proces verdwijnen wrok, list en belang althans uit de open communicatie en in de uitspraak blijft er slechts recht over, dat immers 'wordt gedaan'. De uitspraak is ook rechtsuitspraak in die zin dat ze

in volgende gevallen geheel schoon, verlost van de emoties van partijen, als gestolde redelijkheid dienst kan doen.<sup>8</sup>

Zulke geleidelijke en stapsgewijze conversie van motieven, emotie via commotie en motie tot motivering, is een even evidente als miskende toegevoegde waarde van het rechtsproces.<sup>9</sup>

Die toegevoegde waarde is er vervolgens niet alleen en vaak zelfs niet primair voor partijen.<sup>10</sup> In particuliere belangenbehartiging wordt stof gevonden voor *rechtsontwikkeling*. De functie is in het bereik van ieders begrip, want vergelijkbare opwerkingsfiguren zijn werkzaam in alle sferen van de intelligentie, het meest opvallend in de relatie tussen leven en kunst.<sup>11</sup> Behalve tot *rechtsontwikkeling* kan rechtspraak echter ook aanleiding zijn tot *politieke* ontwikkeling. Daarbij komt de markt als geroepen.

#### 4. De omslag: Dassonville en Cassis de Dijon

Dassonville was een Belgische drankenfirma die whiskey invoerde uit Frankrijk en verkocht zonder bijvoeging van het door België vereiste certificaat van oorsprong. De firma moest voorkomen en verweerde zich met een beroep op het EG-verdrag jo. praktische bezwaren: vrijheid van goederenverkeer en ontbreken van het certificaat bij uit Frankrijk ingevoerde whiskey. De Belgische regering beriep zich insgelijks op EG-recht, aanvoerend dat de eis tot bijvoeging van het certificaat niet discrimineert.

Volgens de geldende regels en jurisprudentie zou de Belgische regeling inderdaad zijn verschoond en België in zijn recht zijn gesteld. In 1957 waren in het EG-verdrag verboden alle nationale maatregelen die de in- of uitvoer *direct* belemmeren. In 1970 had de Europese Commissie per richtlijn dit verbod versterkt tot *indirecte* belemmeringen. Deze konden alleen worden gebillijkt als ze niet discrimineerden. *Verschoning* van nationale protectie kon dus sindsdien gebeuren uit kracht van het *gelijkheidsbeginsel*, waarvan de eis (en kwaliteit)

8. Ter vermijding van misverstand: het gaat hier om meer dan het effect dat de socioloog Luhmann beschrijft als 'Legitimation durch Verfahren'. Aanvaarding (dat is de eenvoudige term voor legitimatie) van de uitspraak door partijen en derden is belangrijk, maar nog belangrijker en interessanter is het conserveren van de gevonden redelijkheid door het wegfilteren uit de uitspraak van de elementen van bederf, de onwenselijke maar voor het (rechts)leven onmisbare, niet objectieveerbare maar sappige relevanties van belang, list, wrok e.d.
9. Het is curieus dat deze waardeschepping in de 'rechtseconomie' niet wordt opgemerkt. Zie wel mijn bovengenoemde oratie (*Het verdrag als tekst en als feit*), die deze als een van haar thema's heeft.
10. In het beroemde arrest *Van Gend & Loos* opende het Hof de sluizen van particuliere belangenverdediging weldoordacht met als doel een geforceerde vorming van Europees recht. Lees zijn formule: '... dat de waakzaamheid der belanghebbenden op de verzekering van hun rechten een doelmatige controle verschaft, die zich paart aan het toezicht dat art. 169 en 179 [226 en 227] aan de Commissie en de Lid-Statens opdragen.' Zaak 26/62, voorlaatste rechtsoverweging onder II. Via deze tournure zette het Hof een vloed van particuliere belangenbehartiging in gang, tot wezenlijk voordeel voor de (zijn) Europese rechtsontwikkeling.
11. Het algemene symbool is de bloem op de mesthoop.

van non-discriminatie een bijzondere positivering is.<sup>12</sup> Probleem was dat de discriminatietoets weerloos is tegen zogenaamde 'technische handelsbelemmeringen'. Deze eisen gesteld aan productie en verkoop maken per definitie geen formeel onderscheid tussen import en binnenlandse productie, maar zijn feitelijk vaak zeer belemmerend. Om het gelijkheidsbeginsel en zijn discriminatieverbod tot een effectief wapen te slijpen tegen die in de jaren zeventig woekerende handelsbelemmeringen zou het kunnen worden opgepoetst tot een verbod ook op *materiële* (verkapte, feitelijke) discriminatie. Daartoe gingen veel stemmen op.

Het Hof weigerde de Belgische eis te meten aan de gelijkheidsnorm. Dit, ook al had het daarmee best een bruikbaar resultaat bereikt, want er was zoniet formele dan toch onmiskenbaar feitelijke of materiële discriminatie in het spel. Zoals vaak in de rechtsontwikkeling ging het bij die weigering niet zozeer om het praktische resultaat, want dat de Belgische regel van tafel moest, was buiten kijf. Het ging om de gebruikte toets. Het college stapte over op een nieuwe toets, een die zijn latere naam van 'rule of reason' ontleent aan de volgende twee overwegingen:

... dat iedere handelsregeling der Lid-Staten die de intracommunautaire handel al dan niet rechtstreeks, daadwerkelijk of potentieel, kan belemmeren, als een maatregel van gelijke werking als kwantitatieve beperkingen is te beschouwen.

...dat zolang een communautaire regeling ontbreekt... een staat... slechts *redelijke* maatregelen mag nemen ...<sup>13</sup>

Dit arrest is een medaille met twee gezichten. Het eerste gezicht is dat van een radicale inzet van de markt als breekijzer in de Europese verhoudingen: *alle* belemmeringen zijn in principe verboden. Het andere gezicht is belangrijker: het is een erkenning van de mogelijke redelijkheid van nationale maatregelen uit hoofde van algemeen belang. Deze toets zet dus de markt lijnrecht tegenover het publiek belang. Zijn ware aard is het best te begrijpen wanneer men de alternatieve juridische toetsen naast elkaar zet, zoals in de volgende paragraaf zal blijken.

Het verhaalde arrest Dassonville uit '74 was in zijn kern schetsmatig maar duidelijk: redelijkheid priemde de gelijkheid. Een kleine vijf jaar later kwam zijn verfijning in het arrest *Cassis de Dijon*. De zaak betrof een Duitse eis dat *alle* likeur om in Duitsland verkocht te mogen worden minstens 25% alcohol

12. Richtlijn 70/50, *Pb EG* L 13/1970, art. 2 en 3. Het discriminatieverbod was vanaf het begin de sleuteltoets inzake werknemersverkeer (art. 39 lid 2 EG), vestiging (art. 43 EG, 2e al.) en, als gezegd, belastingheffing (art. 90 EG).
13. Uitspraak in zaak 8/74, r.o. 5 en 6. Cursivering toegevoegd. Vergelijk deze uitspraak overigens met die van het US Supreme Court in de zaak *Atlantic Coast Line* (1914) 232 U.S. 558: 'It is settled that neither the 'contract clause' nor the 'due process' clause has the effect of overriding the power of the State to establish all regulations that are *reasonably necessary* to secure the health, safety, good order, comfort, or general welfare of the community.' Nadruk toegevoegd. Geciteerd uit Edward S. Corwin, *The Constitution and what it means today*, New York: Atheneum, 1965, p. 84 (behandeling van I,10).

bevat, een eis die het Franse product Cassis van de markt hield. De Duitse regel was overdreven zorgelijk en daarmee protectionistisch. Net als in Dassonville zou ook in deze zaak een materiële gelijkheidsstoets hebben volstaan. Opnieuw gebruikte het Hof die toets niet. Toegestaan (en dus in termen van Dassonville *redelijk*) zijn nationale maatregelen 'voorzover dringende behoeften ... ze noodzakelijk maken'.

Wat wordt bedoeld met die gekke term 'dringende behoeften'?

Blijkens het vorenstaande zijn de voorschriften betreffende een minimum alcoholpercentage ... niet gericht op een *doel van algemeen belang dat zou moeten voorgaan bij de eisen van het vrije verkeer van goederen ...*<sup>14</sup>

## 5. Gelijkheid v. redelijkheid

Gelijkheid of redelijkheid, wat is de inzet? Beide toetsen kunnen dienen tot aanscherping van het verbod op handelsbelemmeringen. Het verschil is dat de gelijkheidstoets, of die nu formeel en beperkt of materiëel en ruim wordt gehanteerd, overwegend is gericht op effecten van een maatregel voor de markt, *met afzien van andere belangen*. Hij is in de grond eenzijdig en karakteriseert de markt economisch. In de redelijkheidstoets daarentegen krijgt de tegenpartij van de markt, het algemene belang, het volle pond. Dat dit doorgaans *nationaal* belang is, verklaart waarom de Europeesrechtelijke doctrine er niet altijd blij mee is. Kort na Cassis, in 1982, schreef C.W. Timmermans een indringende en gloedvolle verdediging van de bedreigde gelijkheidstoets en een pleidooi tot algemene uitbreiding van zijn gelding tot een verbod van *materiële* discriminatie. Dit mede om de opmars van de redelijkheidstoets te pareren.<sup>15</sup> Maar de rechtspraak is hem niet gevolgd. Waarom niet?

Het eenvoudigst is de werking van de redelijkheidstoets te zien in uitspraken waarin een nationale maatregel ondanks zijn hinderlijke werking voor de markt toch wordt toegestaan. Denemarken had een verplicht systeem van statiegeld in het leven geroepen, inclusief sterke beperking van het aantal toegestane typen flessen. Dit systeem is hinderlijk voor de invoer van talloze buitenlandse drankmerken die het ten dele moeten hebben van de vorm van hun fles. Het systeem is niet formeel maar wel materiëel discriminerend voor niet-Deense bier. Anderzijds is het ontegenzeggelijk nuttig voor het milieu.

Hoe zou men dit Deense systeem een kans kunnen geven bij inzet van de gelijkheidseis? Die toets zoekt naar een *relevant verschil* tussen situaties betreffende binnenlandse en die betreffende buitenlandse flessen. Een dergelijke differentie van situaties is echter hachelijk omdat ze een te abstracte en te

14. Arrest in zaak 120/78, r.o. 8 en 14, cursivering toegevoegd.

15. 'Verboden discriminatie en (geboden) differentiatie' *SEW* 1982, nr. 6, p. 426-460. Timmermans was toen hoogleraar Europees recht in Groningen en is nu rechter in het Hof in Luxemburg.

eenvoudige werking heeft. Zodra er een relevant verschil gevonden wordt, is de gelijkheidseis totaal buitenspel.

De verklaring van die hachelijkheid is in de grond eenvoudig. Gelijkheid is een *introverte* eis of norm. Ze werkt alleen goed binnen een normatief systeem en is daarbuiten in principe zwak.<sup>16</sup>

Geheel anders is dat met de redelijkheidstest. Die is niet introspectief, niet systematisch kortgesloten maar juist extravert. Het is een eis die tot *communicatie* dwingt, zelfs tussen incommensurabele sferen als publiek belang en markt. In het genoemde arrest *Deense flessen* oordeelt het Hof dat het Deense statiegeldsysteem, hoe hinderlijk ook voor de markt, in principe door de beugel kan. Sterker: dat het systeem verdienstelijk is uit EG-oogpunt. Waarom? Omdat het milieu kan worden aangemerkt als 'een van de wezenlijke doelstellingen van de Gemeenschap, die als zodanig bepaalde beperkingen op het vrije verkeer kan rechtvaardigen'.<sup>17</sup>

Deze enkele formule bevat de hele kwestie in een notedop. Hoe functioneert de redelijkheidstoets en welke is zijn meerwaarde op die van gelijkheid? Twee punten springen in het oog. Ten eerste: de redelijkheid draait niet om de *vorm* van regels maar om de *begroning*, om de belangen die zij beschermen. De rechter onderzoekt, op basis ook van de feiten, de gegrondheid van het specifieke aangevoerde *algemene* belang juist in zijn strijd met dat van de *markt*, en relateert zodoende algemeen belang en marktbelang ten opzichte van elkaar. Ten tweede: terwijl de gelijkheidstoets wezenlijk juridisch van aard is, zet de redelijkheidstoets een deur open naar de politieke sfeer. En dit via meer dan een enkel van zijn effecten. Niet alleen namelijk wordt daarin, als betoogd, de behartiging van het algemene belang als zodanig een serieuze plaats gegund en wordt via die redelijkheid zelfs een overloop geschapen van nationaal naar communautair algemeen belang. Dit kan men direct terugvinden in de geciteerde overweging uit *Deense Flessen*.

Belangrijker is misschien nog een procedurele innovatie. De Europese rechter biedt de lidstaten het recht en zelfs de plicht, zich te verantwoorden voor de behartiging van hun algemeen belang, zodra dat in conflict komt met de eisen van de markt.

Deze verantwoording gaat praktisch gezien in twee stappen. Ten eerste moet een lidstaat verdedigen dat het aangevoerde belang er een is dat zich leent voor Europese erkenning, dus dat het een belang is dat zich ook leent voor Europese wetgeving. Daarmee erkent die staat impliciet een juridische bevoegdheid tot

16. Dit is goed te zien aan de gelding van ons art. 1 Gw: binnen onze grenzen geldt het absoluut; erbuiten is het irrelevant. De Aristotelische poging tot extravertie van de gelijkheidsnorm: 'ongelijke gevallen ongelijk behandelen naar de maat van hun ongelijkheid' is een poging dat introverte karakter te compenseren, maar feitelijk onbruikbaar. Helder over de beperking van de gelijkheidsnorm, ook met verwijzing naar Europees recht: T. Koopmans, 'Gelijke en ongelijke gevallen' in: *Juridisch stippelwerk*, Deventer: Kluwer, 1991, p. 96-107.  
17. Zaak 302/86, ro. 8 en 9; eerdere formulering van dezelfde afweging: zaak 240/83, ADBHU.

Europese wetgeving uit hoofde van de interne markt en incasseert het Hof namens de Unie deze bevoegdheid, voorzover ze niet al uit andere bron kenbaar is.<sup>18</sup>

Vervolgens, dit belang eenmaal erkend, moet de staat verdedigen dat zijn specifieke behartiging ervan aan het ertegenoverstaande belang van de interne markt geen onevenredige schade toebrengt.

Omdat het Hof geneigd is aan nationale algemene belangen een ruime erkenning te geven (begrijpelijk, want het verheft deze zodoende tot in potentie gemeenschapsbelangen), en omdat het bepaling van het niveau vervolgens in principe aan de lidstaat overlaat (in afwachting van desregulende EG-normen), komt in de praktijk een zware last van de toets op de genoemde evenredigheid te rusten. Dit is een interessante wending, want nadat de *begroning* van nationale maatregelen via de bovengenoemde mechaniek is afgehandeld, blijft er voor dat evenredigheidsbeginsel hoofzakelijk de functie over, de *vorm* van de nationale maatregel te beoordelen. Dit gaat dan via de vragen a) of de nationale regel naar de vorm *geschikt* is om het ingeroepen belang te dienen en b) of er niet een minder hinderlijke vorm of norm te bedenken is, die dat belang op hetzelfde niveau beschermt. Op deze manier is de vormkwestie, die door de eis van gelijkheid of non-discriminatie het beste wordt beheerd, van de grondzaak afgesplitst en kan de gelijkheidstoets *binnen de 'rule of reason'* haar belangrijke rol in de beperking het best blijven spelen.<sup>19</sup> Per saldo brengt de onderwerping van de gelijkheid aan de redelijkheidstoets ook onderwerping van het recht aan de politiek, maar dan op voorwaarde en ten dienste van volgehouden politieke zelfbeperking.<sup>20</sup>

18. Doorgaans is er op niveau van de Unie in de articulatie van bevoegdheden een samenspel tussen de politieke instanties en het Hof. De lidstaten gezamenlijk (de eerste wetgever in het systeem) kunnen bevoegdheden scheppen, ofwel per verdragswijziging ofwel via het elastieken art. 308 EG. Ze kunnen het ook doen bij wijze van politieke (zeer gezaghebbende maar niet bindende) uitspraak in het verband van hun Europese Raad. Zo ging dat o.m. in 1972 met de erkenning van het milieu als gezamenlijk algemeen belang van de EG (*Bulletin EG* 10, 1972). Het Hof van zijn kant kan op zulke uitspraken doorborden, maar ook zelfstandig gronden opperen, zoals gebeurde in het (latere) arrest *Cassis*, waarin opmerkelijk genoeg dat milieu weer niet werd genoemd: '... dringende behoeften onder meer verband houdende met de doeltreffendheid der fiscale controles, de bescherming van de volksgezondheid, de eerlijkheid der handelstransacties en de bescherming van consumenten ...' (120/78, ro. 8).  
19. Dit is een opzettelijke vereenvoudiging van het complexe evenredigheidsbeginsel in de EG, vereenvoudiging gerechtvaardigd in het kader van deze uiteenzetting. Voor een grondige behandeling zie J.H. Jans, 'Evenredigheid Revisited', *SEW* 7/8 2000, p. 270-281. De in mijn betoog opgemerkte systematiek van 's Hof's jurisprudentie bereikt haar grens in die gevallen, waarin het ingeroepen nationale belang niet goed communautariseerbaar is omdat het te sterk met de bijzonderheden van een lidstaat verbonden is. Zo protegeerde de rechter het Finse staatsmonopolie op gokken met honorering van het regeringsverweer dat Finnen zo van gokken houden, dat het land zeer kwetsbaar is voor de flankerende verschijnselen van verslaving, criminaliteit en fraude. Zaak C-124/97 *Läära*.  
20. Dit betoog gaat niet in op de 'Keck-jurisprudentie', waarin het discriminatieverbod op andere wijze wordt teruggezet naar de tweede lijn. Het mag de hoofdrol spelen in de beoordeling van nationale maatregelen die niet in aanmerking komen voor erkenning uit gemeenschappelijk belang maar die vanwege hun beperkte relevantie voor de markt desondanks kunnen worden gehonoreerd. De logica hiervan past overigens sluitend in de hier hoofdzakelijk betoogde tweetrapsbeoordeling van nationale normen naar a) *grond* en b) *vorm*.

## 6. Relativering

De redelijkheidstoets, in zijn sjieke jas van 'rule of reason', is een vinding van het Europese Hof in de jaren zeventig waarvan de verfijning en de verbreiding ten koste van andere beoordelings-regimes in het Europese markt-recht nog steeds doorgaat. Daarin werpt het recht zich op als beheerder van de relatie tussen de markt en de publieke belangen. Die toets en met name zijn veredelingsmechanisme zijn zo sterk gebleken, dat zij vanaf 1986 het politiek programma van de Interne Markt hebben kunnen inspireren en zelfs mede tot een succes brengen.

Met de nodige dramatische vereenvoudiging is de overwinning van die toets in het voorgaande bezongen als uitkomst van een geding tussen twee concurrerende toetsen, gelijkheid en redelijkheid. De bedoeling daarvan was slechts te laten zien hoe precies, onder welke intellectuele voorwaarden, de opmars van de markt *op een bepaald gebied* heeft kunnen leiden tot nieuw leven voor de publieke taak.

Die vernieuwing heeft twee aspecten, een materieel en een formeel, en twee dimensies, de nationale en de Europese. Om met de laatste te beginnen. Aan de Europese kant heeft de ontwikkeling geleid tot een sterke toename van bevoegdheden van de Brusselse instellingen en heeft zo de dreiging van uitdijning en stolling van het algemeen belang verplaatst naar Brussel. Hiertegen is de markt niet opgewassen en een probaat politiek middel nog niet in zicht; in afwachting ervan worden subsidiariteit en evenredigheid aangeropen. Anders gezegd: alleen op bepaalde punten en onder bepaalde condities kan de markt zijn vernieuwende bijdrage leveren aan de publieke taak.

Nationaal, lidstatelijk gezien heeft de voltooiing van de interne markt geleid enerzijds tot een verlies van bevoegdheden aan Brussel en anderzijds tot een voortdurende discussie over de afbakening tussen openbaar domein en markt. Al met al is er in ieder geval een einde gekomen aan de vanzelfsprekende uitdijning van de publieke sector. Dit wat betreft de nationale en Europese *dimensies*.

Er zijn *materiële en formele aspecten* aan de vernieuwing. Materiële zijn er de onmiskenbare groei van een publiek belang op het niveau van de Unie en, gedeeltelijk als consequentie daarvan, een zekere harmonisering en dus betere articulering van de publieke sferen tussen de lidstaten.

Het meest interessant zijn de *formele* politieke vernieuwingen waartoe de interne markt aanleiding is geworden. Tussen de lidstaten werkt het beschreven systeem als een soort van wederzijdse verantwoording voor het Hof. Men kan dit zien als een protopolitieke verantwoordingsfiguur en een vorm van 'horizontaal federalisme'.

Uiteindelijk zal de groei van het gemeenschappelijke publieke belang ook op niveau van de Unie moeten leiden tot nieuwe politieke figuren, met name van

politieke verantwoording en dito representatie. Die ontwikkeling is mede onderwerp van de op moment van schrijven lopende 'grondwetgevende Conventie'. Maar nu al heeft de operatie Interne Markt geleid niet tot aantasting maar tot voortgaande vernieuwing van de publieke taak in de Europese landen en tussen hen, naar inhoud en vorm. Van die vernieuwing is de redelijkheidstoets, door het Hof geformuleerd en uitgewerkt vanaf de jaren zeventig, de kiem.

## ‘Publieke taak’ en de democratische rechtsstaat<sup>1</sup>

### 1. Inleiding

Het begrip of concept van de publieke taak heeft in het staatsrecht een aantal verschillende dimensies.<sup>2</sup> Wat is de publieke taak: wat mag of zelfs moet de overheid ter hand nemen, wat mag respectievelijk moet zij aan de samenleving overlaten, en wat kan het recht daarover zeggen? Ik ga hieronder in op een ander aspect van de publieke-taakdiscussie: Als we vaststellen dat iemand een publieke taak uitoefent, wat betekent dat dan voor de normering van zijn handelingen? En heeft het antwoord op die vraag gevolgen voor de afbakening tussen overheid enerzijds en burgers en particuliere instellingen anderzijds?

Op 12 november 2002 heeft de Wetenschappelijke raad voor het regeringsbeleid (WRR) een lijvig rapport gepubliceerd over ‘De toekomst van de rechtsstaat’.<sup>3</sup> Het rapport behandelt een veelheid aan onderwerpen, zoals een effectievere misdaadbestrijding, deregulering en het functioneren van de rechterlijke macht. Enigszins verstopt tussen de beschouwingen, en ook niet terugkerend in aanbevelingen, staat een zeer opmerkelijke passage over de verhouding overheid en burger. Een belangrijk maatschappelijk probleem is volgens de WRR dat burgers, vanuit verschillende rollen, steeds hogere eisen stellen aan de regelgeving en de uitvoering van overheidstaken. De Raad refereert hier aan het bekende probleem van de burger die voor zichzelf zoveel mogelijk vrijheid verlangt, maar van de overheid wél krachtig ingrijpen eist jegens andere burgers. Dit probleem vraagt volgens de WRR om een herbezinning op de vormgeving van de verhoudingen tussen overheid en burgers, met inachtneming van de beginselen van de rechtsstaat. Enerzijds is dit te bereiken door eenvoudige en voor de burger heldere procedures op te stellen, die juridisch correct worden toegepast. Anderzijds is dit te bereiken door burgers duidelijker aan te spreken

\* Prof. mr. S.E. Zijlstra is hoogleraar staats- en bestuursrecht aan de Vrije Universiteit, voorzitter van het onderzoekszwaartepunt Overheid en Particulier Initiatief en lid van de Raad voor het openbaar bestuur.

1. Bewerking van de lezing die de auteur hield tijdens het plenaire gedeelte van de conferentie.  
2. Zie ook de bijdrage van Vermeulen aan deze bundel.  
3. Wetenschappelijke raad voor het regeringsbeleid, *De toekomst van de nationale rechtsstaat*, Den Haag, Sdu 2002, p. 1, ook gepubliceerd op de homepage van de WRR, [www.WRR.nl](http://www.WRR.nl). Zie over het rapport ook A.F.M. Brenninkmeijer, ‘Vooraf: de Rechtsstaat’, *NJB* 2002 nr. 44, p. 2173, *Bestuursrecht Actueel* 2002, nr. 12, p. 9-14, S.E. Zijlstra en F.J. van Ommeren, ‘Slotbeschouwing: de rechtsstaat als toetsingskader’, in: F.J. van Ommeren en S.E. Zijlstra (red.), *De rechtsstaat als toetsingskader*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers, 2003 en Themanummer ‘De toekomst van de nationale rechtsstaat’, *NJB* 2003, nr. 11.