EEK
JR

Europees recht en het Nederlands bestuursrecht

PREADVIES

MR. E. STEYGER

MR. R.J.G.M. WIDDERSHOVEN

MR. A.W.H. MEIJ

SAMSOM HD TJEENK WILLINK

116

VARREEKS

EUROPEES RECHT EN HET NEDERLANDS BESTUURSRECHT

VAR-reeks
116

EUROPEES RECHT EN HET NEDERLANDS BESTUURSRECHT

PREADVIEZEN UITGEBRACHT DOOR

MR. E. STEYGER
MR. R.J.G.M. WIDDERSHOVEN
MR. A.W.H. MEIJ

VOOR DE ALGEMENE VERGADERING
VAN DE VERENIGING VOOR ADMINISTRATIEF RECHT
OP 10 MEI 1996

SAMSOM H.D. TJEENK WILLINK ALPHEN AAN DEN RIJN 1996

Aanbevolen citeerwijze: VAR-reeks 116

Colofon
Letter: Times
Zetwerk: Sander Pinkse boekproduktie, Amsterdam

CIP-gegevens

ISBN 90 6092 905 5
NUGI 693

© 1996 Vereniging voor administratief recht

Alle rechten voorbehouden. Niets uit deze uitgave mag worden verveelvuldigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voor zover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16b Auteurswet 1912 j het Besluit van 20 juni 1974, Stb. 351, zoals gewijzigd bij Besluit van 23 augustus 1985, Stb. 471 en artikel 17 Auteurswet 1912, dient men de daarvoor wettelijke verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 882, 1180 AW Amstelveen). Voor het overnemen van een of meer gedeelten uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (artikel 16 Auteurswet 1912) dient u zich te richten tot: Samsom H.D. Tjeenk Willink bv, Postbus 316, 2400 AH Alphen aan den Rijn.

Inhoud

Wringend recht. Doorwerking van het gemeenschapsrecht bezien vanuit het perspectief van de nationale overheid 7
Mr. E. Steyger

Naar een bestuurs(proces)rechtelijk Ius Commune in Europa 97
Mr. R.J.G.M. Widdershoven

Integratie van Nederlands en Europees recht – een epiloog 201
Mr. A.W.H. Meij

Bestuur en ereleden 211

Overzicht van de preadviezen uitgebracht voor de VAR 212

Wringend recht

Doorwerking van het gemeenschapsrecht bezien vanuit het perspectief van de nationale overheid

Mr. Elies Steyger

1 Inleiding *9*

2 De constitutionele relatie tussen de Gemeenschap en de Lid-Staten: federatie vs. internationale organisatie *11*
2.1 Inleiding *11*
2.2 Bevoegdheidsverdeling tussen de Gemeenschap en de Lid-Staten *13*
2.2.1 Regelgevende bevoegdheid *14*
2.2.2 Bestuursbevoegdheid *17*
2.3 De kwalificatie van het gemeenschapsrecht: constitutioneel of internationaal recht *19*

3 Het gemeenschapsrecht en het nationale bestuursrecht: het lokaliseren van de botsing *22*
3.1 Inleiding *22*
3.2 De taak van de nationale overheid ter uitvoering van secundaire regelgeving *23*
3.2.1 Verordeningen en hun uitvoering *23*
3.2.2 Richtlijnen en hun implementatie *30*
3.2.3 Uitvoering van beschikkingen *40*
3.2.4 Communautaire beleidsregels *42*
3.2.5 De keuze van de communautaire instrumenten *44*
3.3 Het effect van in de jurisprudentie ontwikkelde concepten op het nationale bestuursrecht bij uitoefening van de eigen taken van de overheid *45*
3.3.1 De effecten van het materiële gemeenschapsrecht *46*
3.3.2 De jurisprudentie betreffende het 'volle effect' van het gemeenschapsrecht *50*
3.3.3 Aansprakelijkheid en schadevergoeding voor schending van gemeenschapsrecht *54*
3.3.4 Codificatie van de impliciete verplichtingen gewenst? *59*
3.4 Slotopmerkingen *61*

4 Privaat of publiek: de organisatie van overheidstaken, de toepassing van het bestuursrecht en de gevolgen onder het Europese recht *64*

4.1 Inleiding *64*

4.2 Het concept van 'overheid' in het gemeenschapsrecht *66*

4.3 Overheidstaken en de 'economische functie' *71*

4.4 De ruimte voor de organisatie een eigen beleid te voeren *74*

4.4.1 De uitvoerder van de 'echte' overheidstaak heeft of krijgt de ruimte om nevenactiviteiten uit te gaan oefenen *75*

4.4.2 De taak die als overheidstaak werd uitgeoefend is (gedeeltelijk) een economische activiteit *80*

4.4.3 Tussenconclusie: het belang van het mededingingsrecht voor wetgever en bestuur *82*

4.5 Financiering *83*

4.5.1 Financiering van de overheidstaak door middel van een heffing *84*

4.6 Uitvoering van overheidstaken door privaatrechtelijke organisaties in de Awb: the worst of both worlds? *90*

4.7 Conclusie *92*

5 Ten slotte *94*

1 Inleiding[1]

Lange tijd leek het erop dat het bestuursrecht, net als overigens het privaat- en het strafrecht, het Europees gemeenschapsrecht zoveel mogelijk probeerde te negeren. Natuurlijk, richtlijnen werden (soms met tegenzin) geïmplementeerd, arresten van het Hof van Justitie (met soms nog meer tegenzin) nageleefd en in rechtsgebieden als het milieurecht werd veel aandacht aan de bestuursrechtelijke aspecten van het gemeenschapsrecht besteed. In de algemene bestuursrechtelijke literatuur bleef de houding ten opzichte van het gemeenschapsrecht nog lang gereserveerd.

Inmiddels is dit veranderd. Bestuursrechtelijk Nederland heeft zich gerealiseerd dat Europa even onvermijdelijk is als de dood en de belastingen en dat de confrontatie met het Europese recht maar beter head-on kan worden aangegaan. Dit heeft inmiddels de nodige proefschriften,[2] thema-nummers van bestuursrechtelijke tijdschriften[3] en bundels[4] opgeleverd. Die vergrote belangstelling komt ongetwijfeld voort uit het feit dat het Europese recht steeds meer invloed begint uit te oefenen op aspecten van het bestuursrecht die tot voor kort volstrekt tot het nationale domein werden gerekend. Daarnaast zullen ook de toegenomen mogelijkheden voor burgers om de Lid-Staten aansprakelijk te stellen wegens niet naleving van het gemeenschapsrecht door de Lid-Staat debet zijn aan de vergrote interesse.

In dit preadvies komt een aantal aspecten van de doorwerking van het gemeenschapsrecht in het nationale bestuursrecht aan de orde. Zo zal worden ingegaan op de verschillende soorten communautaire regelgeving en hun gevolgen voor het gebruik van regelgevings- en bestuurlijke instrumenten door de nationale overheid. Daarnaast zal aandacht besteed worden aan de zelfstandige bestuurstaak van de instellingen van de Gemeenschap, en dan met name die van de Commissie, en de rol van de nationale overheid als mede-uitvoerder van die bestuurstaak. Voorts zal worden gekeken naar de consequenties van de jurisprudentie van het Hof van Justitie ten aanzien van bestuursrechtelijke aangelegenheden voor de uitoefening van de eigen taken van de overheid. Tenslotte zal ik

---

1 Met dank aan Nico Verheij, die mij ervoor behoedde 'te kort door de bocht te gaan'.

2 O.m. J.M. Bonnes, Uitvoering van EG-verordeningen in Nederland, Zwolle 1994.

3 Zoals: themanummer De implementatie van EG-recht, Regelmaat 6, 1991; themanummer Europees Bestuursrecht, NTB 1993/1.

4 O.m. J.A.E. Vervaele, Bestuursrechtelijke toepassing en handhaving van gemeenschapsrecht in Nederland, Deventer 1993.

bezien welke invloed het gemeenschapsrecht heeft op de organisatie van de overheid en dientengevolge op de mogelijkheden tot verzelfstandiging van en voor privatisering van overheidstaken. Met name de rol van het niet op winst gerichte particulier initiatief zal hierbij aan de orde komen.

Deze onderwerpen zal ik niet benaderen, zoals de meeste auteurs doen, vanuit het rechtsbeschermingsperspectief. Het perspectief dat ik kies is het meer instrumentele, en dan met name dat van de nationale overheid, die op haar geheel eigen wijze met het gemeenschapsrecht te maken krijgt. Dit impliceert overigens dat enkele belangrijke leerstukken, zoals de rechtstreekse werking en de voorrang van het gemeenschapsrecht, slechts op zeer beperkte wijze behandeld zullen worden.

Voorafgaand aan bovengenoemde onderwerpen zal ik eerst kort ingaan op enkele constitutionele aspecten die betrekking hebben op de relatie tussen de Gemeenschap en de Lid-Staten volgens het EG-verdrag. Deze zijn relevant voor de toepassing van het bestuursrecht in het licht van het gemeenschapsrecht. Lezers die ingevoerd zijn in het constitutionele communautaire recht, kunnen dit hoofdstuk overigens rustig overslaan.

Nog één (terminologische) opmerking vooraf. Sedert de invoering van het Verdrag van Maastricht[5] wordt er zowel gesproken over de Europese Unie als over de Europese Gemeenschap. Om verwarring te voorkomen: indien ik spreek over de Unie dan bedoel ik het samenwerkingsverband van de Lid-Staten waar het gehele Verdrag van Maastricht (te weten de EG-verdragen en de meer intergouvernementeel getinte delen van het verdrag betreffende het Gemeenschappelijk buitenlands en veiligheidsbeleid (GBVB) en Justitie en Binnenlandse Zaken (JBZ)) op ziet. Heb ik het over de Gemeenschap dan heb ik het over de supranationale organisatie opgericht bij het oorspronkelijk EG-verdrag dat nu is geïncorporeerd in het Verdrag van Maastricht.

---

5 Verdrag ter oprichting van een Europese Unie, 7 februari 1992, in werking getreden op 1 november 1993, waarin is geïncorporeerd het EGKS-verdrag uit 1951, het EEG-verdrag (nu EG-verdrag) en het Euratom-verdrag beide uit 1957.

2 De constitutionele relatie tussen de Gemeenschap en de Lid-Staten: federatie vs. internationale organisatie

2.1 Inleiding

Om een helder beeld over de invloed van het gemeenschapsrecht op het Nederlandse bestuursrecht te verkrijgen moet men enig zicht hebben op de constitutionele relatie tussen de Gemeenschap en de Lid-Staten. Hiermee doel ik met name op de bevoegdheidsverdeling tussen beide actoren. Zodra de bevoegdheidsverdeling tussen de Gemeenschap en de Lid-Staten aan de orde komt is de vraag naar de mate van federaliteit van de Gemeenschap bijna niet meer te vermijden. Over de vraag of de Gemeenschap een federatie, een federatie-in-wording, of toch een internationale organisatie is, is geen consensus.[6]

Er zijn in principe twee benaderingen mogelijk.[7] De eerste is dat de Gemeenschap een internationale organisatie is waaraan de Lid-Staten weliswaar een aantal bevoegdheden hebben overgedragen, maar waarin diezelfde Lid-Staten de mogelijkheden hebben behouden de bevoegdheden van de Gemeenschap te controleren en waar nodig in te perken. Dit laatste zou dan het geval zijn doordat de Lid-Staten de enige zijn die het EG-verdrag kunnen wijzigen; de Gemeenschap zelf heeft daar geen mogelijkheden toe.

In deze benadering wordt de beslissingsbevoegdheid over regelgeving van de Raad van Ministers, de communautaire instelling waarin de Lid-Staten vertegenwoordigd zijn benadrukt. Beziet men de Gemeenschap op deze wijze, dan zal de Gemeenschap niet snel als 'vierde' of liever gezegd als eerste bestuurslaag worden aangemerkt.

Deze visie is mijns inziens achterhaald. Ik ben veeleer geneigd het EG-verdrag aan te merken als een constitutie van een, nog niet vervolmaakte, federatie. Het federatieve karakter is, volgens mij, zowel gelegen in het EG-verdrag zelf als in de wijze waarop het gemeenschapsrecht zich in de afgelopen decennia ontwikkeld heeft, met name door de jurisprudentie van het Hof van Justitie. De federatie is

---

6 Zie in dit verband ook B. de Witte, International Agreement or European Constitution, Report for the Asser Conference on European Law 1995 (The Treaty on a European Union, Suggestions for revision, 14, 15 en 16 september 1995).

7 Tussenwegen kunnen ook, zie D. Gorbey, Stilstand is vooruitgang. De dialectiek van het Europese integratieproces, Assen 1993.

nog niet vervolmaakt omdat belangrijke delen van het overheidsbeleid die in 'echte' federaties onder de bevoegdheid van de federale overheid vallen, zoals het buitenlandse beleid en een aantal zaken op binnenlands gebied, zoals criminaliteitsbestrijding en immigratiebeleid, in de Gemeenschap nog behoren tot de bevoegdheidssfeer van de Lid-Staten.

In het EG-verdrag zelf zijn een aantal federale elementen aan te wijzen.[8] De van oudsher bestaande mogelijkheid dat Lid-Staten tegen hun wil gebonden kunnen worden aan gemeenschapsbesluiten kan als een belangrijk federaal element worden aangemerkt. Hoewel van de mogelijkheid met (gekwalificeerde) meerderheid van stemmen besluiten te nemen lange tijd geen gebruik is gemaakt, is het sedert de jaren tachtig praktijk geworden. Daarnaast kunnen zowel de rol van de Commissie, als enige initiatiefnemer tot besluitvorming, en de rol van het Hof van Justitie als de rechterlijke instantie die bij uitsluiting bevoegd is tot interpretatie van het EG-verdrag en de op het verdrag gebaseerde regels als federaal worden aangemerkt.

Tenslotte verdient de rol van het Europees Parlement enige aandacht. Het Parlement dat oorspronkelijk slechts adviserende taken had, is geëvolueerd tot een instelling die zowel op het gebied van de financiën als met betrekking tot de wetgevende taak van de Gemeenschap een redelijke mate van zeggenschap heeft verworven. Het heeft het budgetrecht, zij het dat dit recht aan meer beperkingen is onderworpen en minder absoluut is dan dat van veel nationale parlementen.[9] Daarnaast heeft het Europees Parlement sedert de invoering van het Verdrag van Maastricht op een aantal terreinen waarop bindende regels worden gesteld het medebeslissingsrecht bij wetgeving. Het belangrijkste hiervan is het terrein van de interne markt.

Voorts kan het feit dat het EG-verdrag rechtstreeks verplichtingen voor particulieren in het leven roept, in zichzelf als federaal element worden aangemerkt. De artikelen 85 en 86 (mededinging) bevatten direct werkende verboden voor particulieren; artikel 92 (verbod van staatssteun) benvloedt al even direct de relatie tussen de particulier en zijn eigen nationale overheid. Op de terreinen waarop het gemeenschapsrecht particulieren direct bindt speelt het nationale recht ten opzichte van particulieren nagenoeg geen rol meer. Dit is onder meer het geval bij het mededingingsrecht: wordt bijvoorbeeld een kartel geacht onder artikel 85 EG-verdrag te vallen, dan is het nationale kartelrecht voor de groep kartelvormende ondernemingen niet meer relevant. Het nationale kartelrecht is uitsluitend nog relevant voor zover een kartel buiten de termen van het EG-verdrag valt.[10]

Het toezicht op de naleving van deze bepalingen is niet meer in handen van de overheden van de Lid-Staten maar in die van een gemeenschapsinstelling (i.c.

---

8 Uitgebreid hierover: E. Steyger, Europe and its Members, a Constitutional Approach, Aldershot 1995, p. 5-9.

9 H. Notenboom, Het Europees parlement en de financiën, Den Haag 1988.

10 In dit verband is artikel 3.2.3. van het wetsvoorstel Mededingingswet (te vinden in Stcrt. 1995, 126) dan ook overbodig. Het enkele feit dat voor de in dit artikel genoemde gedragingen ontheffing is verleend dan wel een vrijstelling geldt, impliceert dat de bewuste gedragingen niet meer kunnen worden getroffen door de nationale wet.

de Commissie). Particulieren krijgen bij hun handelen te maken met een bestuursorgaan dat deel uitmaakt van een andere overheid dan de nationale.

De federale elementen in het EG-verdrag zijn ook versterkt door de wijze waarop het Hof van Justitie in de loop der jaren het EG-verdrag heeft geïnterpreteerd. Concepten als rechtstreekse werking, zowel van het verdrag als van richtlijnen, en voorrang van het gemeenschapsrecht hebben niet alleen de mogelijkheden tot toepassing van het gemeenschapsrecht ten opzichte van particulieren enorm uitgebreid,[11] maar ook de ruimte die de nationale overheid heeft om eigen beleid te ontwikkelen drastisch beperkt. Hierop kom ik verderop nog terug.

Door het EG-recht op deze wijze als 'supreme law of the land' te positioneren, heeft het Hof op de terreinen waarop de Lid-Staten hun bevoegdheden aan de Gemeenschap hebben overgedragen, de Gemeenschap een positie gegeven als eerste 'overheidslaag'. Ik gebruik met opzet de term 'overheidslaag' en niet 'bestuurslaag' omdat het afhankelijk is van het instrumentarium dat de Gemeenschap ter uitoefening van zijn bevoegdheden ter beschikking staat of deze is aan te merken als 'bestuur'. In veel gevallen heeft de Gemeenschap uitsluitend de bevoegdheid tot het vaststellen van richtlijnen die moeten worden uitgevoerd door de Lid-Staten. In die gevallen bestuurt de Gemeenschap niet zelf, maar schept zij een kader waarbinnen de Lid-Staten dienen te besturen. Op welke wijze de Lid-Staat bevoegd is binnen het kader van het gemeenschapsrecht te besturen, zelfstandig dan wel in medebewind, hangt af van de wijze waarop een bepaalde materie door de Gemeenschap gereguleerd is en welke bevoegdheden de Lid-Staten en de Gemeenschap bezitten. De wijze waarop bevoegdheden gedistribueerd worden is geregeld in het verdrag en uitgewerkt in de jurisprudentie.

2.2 Bevoegdheidsverdeling tussen de Gemeenschap en de Lid-Staten

Bij de bevoegdheidsverdeling tussen de Lid-Staten en de Gemeenschap moet worden gekeken naar twee elementen. Om te beginnen is er de vraag naar de verdeling van de regelgevende bevoegdheid. Wie is bevoegd wat te regelen, binnen welke kaders en waarom. Daarnaast is er de vraag naar de bevoegdheid tot uitvoering van regelgeving, met andere woorden de bestuursbevoegdheid. Zowel de rol van de Gemeenschap als uitvoerder als die van de Lid-Staten komen hierbij aan de orde.

Hebben de Lid-Staten een bevoegdheid eenmaal aan de Gemeenschap overgedragen dan kan deze niet door een eenzijdige handeling van een Lid-Staat worden teruggenomen.[12] Overdracht van bevoegdheden naar de Gemeenschap is een onomkeerbaar proces dat in beginsel slechts door een verdragswijziging ongedaan kan worden gemaakt.[13] Dit maakt de vraag naar de wijze waarop

11 Zie o.m. P.J.G. Kapteyn, P. Verloren van Themaat, L.W. Gormley, Introduction to the Law of the European Communities, Deventer 1989, p. 333-355.

12 Zaak 7/71, Commissie vs. Frankrijk, Jur. 1971, p. 1003.

13 Er is één geval denkbaar waarin eenmaal overgedragen bevoegdheden kunnen terugkeren naar de Lid-Staten, zonder dat een verdragswijziging nodig is, nl. wanneer een regeling

bevoegdheden worden overgedragen binnen het kader van de bevoegdheidsverdeling dan ook zo belangrijk.

2.2.1 Regelgevende bevoegdheid

De verdeling van regelgevende bevoegdheden tussen de Gemeenschap en de Lid-Staten kenmerkt zich door een gelimiteerde bevoegdheidstoedeling aan de Gemeenschap neergelegd in het EG-verdrag. Voor iedere regeling op communautair niveau moet expliciet een rechtsgrondslag in het EG-verdrag zijn te vinden. Is dit niet het geval dan kan de Gemeenschap in beginsel niets doen. Dit zou hebben moeten leiden tot een door de Lid-Staten gecontroleerde bevoegdheidsoverdracht aan de Gemeenschap. Dat dit niet is gebeurd heeft te maken met de wijze waarop de bevoegdheden aan de Gemeenschap zijn overgedragen enerzijds en de invulling die door het Hof van Justitie aan het EG-verdrag is gegeven anderzijds.

Om met de wijze waarop de bevoegdheidsoverdracht door de Lid-Staten in het EG-verdrag vorm is gegeven te beginnen: het is niet altijd duidelijk wat de grenzen van de bevoegdheden, die aan de Gemeenschap zijn overgedragen, zijn. Dit komt omdat de artikelen in het EG-verdrag die de Gemeenschap bevoegd verklaren tot regelgeving niet altijd even helder van inhoud zijn.

De rechtsgrondslagen voor regelgeving in het verdrag verschillen naargelang van het gebied dat zij bestrijken, nogal van karakter. Er zijn grondslagen die een regelgevende bevoegdheid bevatten voor een specifiek gebied zoals arbeidsomstandigheden (artikel 118A), milieu (artikel 130S) of consumentenbeleid (artikel 129A). Op basis van deze rechtsgrondslagen, die in de terminologie van Mortelmans[14] de basis zijn voor facettenbeleid, is het min of meer duidelijk wat kan worden geregeld.

Dit ligt iets anders voor de rechtsgrondslagen die de basis vormen voor de interne dan wel gemeenschappelijk markt (de artikelen 100A en 100). De grondslagen voor de interne markt bevatten geen inhoudelijk criterium voor de regelgevende bevoegdheid maar verwijzen naar de algemene bepalingen betreffende de interne of de gemeenschappelijke markt. Dit doen zij overigens op verschillende wijze. Artikel 100A biedt, onder verwijzing naar artikel 7A, een rechtsgrondslag voor maatregelen ter onderlinge aanpassing van wettelijke en bestuurlijke bepalingen van de Lid-Staten die de instelling en de werking van de interne markt betreffen. Artikel 7A definieert de interne markt als een ruimte zonder binnengrenzen waarin het vrije verkeer van goederen, personen, diensten en kapitaal gewaarborgd is volgens de bepalingen van dit verdrag, daarmee verwijzend naar de verdragsartikelen die de inhoud van deze materie regelen.[15]

---

op grond van artikel 235 wordt ingetrokken, zonder dat er een andere communautaire regeling voor in de plaats komt, zie Steyger, a.w. noot 7, Aldershot 1995, p. 72-73.

14 K.J.M. Mortelmans, De interne markt en het facettenbeleid na het Keck-arrest: nationaal beleid, vrij verkeer of harmonisatie, SEW 4(1994), p. 236-250

15 Zie o.m. E. Steyger, Nogmaals het Keck-arrest, de nieuwe onduidelijkheid in de toepassing van artikel 30 EG-verdrag, NJB 1995, p. 933-935.

Artikel 100 biedt een rechtsgrondslag voor het vaststellen van richtlijnen ter harmonisatie van die nationale bepalingen welke rechtstreeks van invloed zijn op de instelling en werking van de gemeenschappelijke markt. De gemeenschappelijke markt wordt geacht ruimer te zijn dan de interne markt[16] en artikel 100 wordt in feite geacht als rechtsgrondslag te kunnen functioneren voor maatregelen ter uitwerking van de in het verdrag geregelde materie voor zover daar geen specifieke rechtsgrondslagen voor in het verdrag zijn opgenomen.[17]

Tenslotte kunnen maatregelen die noodzakelijk geacht worden in het kader van de gemeenschappelijk markt, maar waarvoor geen specifieke bevoegdheid in het verdrag is opgenomen, worden vastgesteld op basis van artikel 235. Het gaat hier om alle maatregelen die passen binnen de doelstellingen van het verdrag, maar waarvoor geen expliciete bevoegdheidsgrondslag in het verdrag is opgenomen. Aangezien de doelstellingen van het verdrag zeer ruim zijn, kunnen regelingen op praktisch elk denkbaar gebied op basis van artikel 235 worden vastgesteld,[18] mits alle Lid-Staten het erover eens zijn.

De wijze waarop de rechtsgrondslagen in het verdrag geformuleerd zijn, heeft geleid tot een nogal ongecontroleerd proces van bevoegdheidsoverdracht naar de Gemeenschap.[19] Dit heeft verschillende oorzaken. Om te beginnen is de bepaling van de reikwijdte van alle in het EG-verdrag opgenomen rechtsgrondslagen niet meer in handen van de Lid-Staten maar van het Hof van Justitie. Dit impliceert dat de Lid-Staten niet meer zelf uitmaken wat de inhoud is van hetgeen zij aan de Gemeenschap hebben overgedragen. Dit geldt ook voor die bepalingen in het verdrag waarin de Lid-Staten expliciet hebben gepoogd de (eventueel uit andere artikelen ontstane) bevoegdheden van de Gemeenschap te beperken, zoals de artikelen 126 en 127 (onderwijs, beroepsopleiding en jeugd), artikel 128 (cultuur) en artikel 129 (volksgezondheid). Weliswaar beogen deze artikelen met name samenwerking en coördinatie tussen de Lid-Staten, en beperken zij expliciet de bevoegdheid van de Commissie tot het stimuleren daarvan; de inhoud van wat tot 'stimuleren' gerekend moet worden wordt in laatste instantie bepaald door het Hof, als dit geroepen wordt de bepalingen uit te leggen.[20]

---

16 Zie ook Kapteyn c.s. a.w. noot 10, Deventer 1989, p. 473. Hoewel het verschil lange tijd als verwaarloosbaar werd gezien, moet het, nu de terminologie is gehandhaafd in het Verdrag van Maastricht, in elk geval van belang worden geacht voor de regelgevende competentie op basis van de verschillende rechtsgrondslagen.

17 Zie o.m. Rl 75/117, Pb. 1975 L 45, die op artikel 100 is gebaseerd omdat deze werd geacht een pure uitwerking van artikel 119 EG-verdrag te zijn. De link die artikel 119 met de gemeenschappelijke markt heeft is dat verschillen in beloning tussen mannen en vrouwen de concurrentie tussen de Lid-Staten verstoren. De overige richtlijnen op het gebied van gelijke behandeling konden niet op dit artikel worden gebaseerd omdat de inhoud daarvan buiten de reikwijdte van artikel 119 valt.

18 Zie o.m. D. Dorn, Art. 235 EWG-Prinzipien der Auslegung. Die Generalermächtigung zur Rechtsetzung im Verfassungsystem der Gemeinschaften, Kehl 1986.

19 Zie ook E. Steyger, Vertrouwen is goed, controle is beter, bevoegdheidsoverdracht en democratische controle in pre-federaal Europa, in: Heringa, Verheij (red.) Publiekrechtelijke bewegingen, Deventer 1990, p. 117-137.

20 De angst dat deze artikelen onmiddellijk zullen leiden tot een extensieve uitbreiding van

Het resultaat van deze interpretatieve bevoegdheid van het Hof valt nog te overzien voor die grondslagen die betrekking hebben op een concreet beleidsgebied. Daarvoor bestaat nog enige indicatie waar zij betrekking op hebben. Voor de hierboven beschreven grondslagen die betrekking hebben op de interne respectievelijk de gemeenschappelijk markt en artikel 235 ligt dit echter anders. Wat de inhoud is van die rechtsgrondslagen wordt volledig bepaald door de jurisprudentie van het Hof inzake het materiële recht. De Lid-Staten hebben op de reikwijdte ervan geen greep meer.

Dit betekent overigens niet dat de Lid-Staten geen invloed meer hebben op de wetgeving die op basis van die rechtsgrondslagen tot stand komt. Voor zowel artikel 100 als artikel 235 geldt dat besluitvorming over de daarop gebaseerde regelgeving moet geschieden met eenparigheid van stemmen; kortom iedere Lid-Staat kan een niet-gewenste regeling tegenhouden. Voor artikel 100A is voorzien in besluitvorming bij gekwalificeerde meerderheid.

De mate waarin Lid-Staten invloed kunnen uitoefenen op de inhoud van de regelgeving wordt echter ook gerelativeerd door het feit dat zij bij het tot stand komen van regelingen afhankelijk zijn van de Commissie. Doordat de Commissie het initiatief heeft en ook feitelijk de voorstellen schrijft, heeft zij een betrekkelijk grote stem met betrekking tot de inhoud van die voorstellen. Lid-Staten kunnen tijdens de onderhandelingen wel wijzigingen proberen aan te brengen, maar zijn altijd afhankelijk van de bereidheid van de Commissie om deze over te nemen. Kortom, indien een Lid-Staat wel een regeling wil, maar niet exact de voorgestelde regeling, zal zij in veel gevallen toch genoegen moeten nemen met een compromis.

Is de verdeling van regelgevende bevoegdheid tussen Gemeenschap en Lid-Staten door het systeem van expliciete rechtsgrondslagen al tamelijk onhelder, het beeld wordt nog gecompliceerd door de verschillende instrumenten van regelgeving die aan de Gemeenschap toegekend zijn en de gevolgen die deze instrumenten hebben voor de regelgevende bevoegdheid van de Lid-Staten.

In principe kent het verdrag twee vormen van regelgeving: de verordening en de richtlijn. De verordening is een wet, zoals nationale wetten. Zij bindt zowel nationale overheden als particulieren. Zij behoeft niet te worden omgezet in nationale wetgeving om haar effect te bereiken, sterker nog, omzetting is zelfs verboden.[21] Bepalingen in de verordening die de Lid-Staten opdragen bepaalde zaken te regelen moeten dan ook gezien worden als delegatiebepalingen. Dit is zelfs het geval wanneer de uitvoeringsbepalingen niet door de Gemeenschap zelf kunnen worden vastgesteld omdat haar daartoe de bevoegdheid ontbreekt, zoals de sanctionering van de bepalingen uit de verordening. De positie van de Lid-Staten is in dit verband vergelijkbaar met die van lagere regelgevende organen die bepaalde onderdelen van nationale wetten moeten uitvoeren. De

---

de bevoegdheden van de Gemeenschap lijkt vooralsnog voorbarig, gezien o.m. de uitleg van het op deze artikelen gelijkende artikel 118 (zaak 126/86, Giminez Zaera vs. Instituto nacional de Seguridad Social en de Tesoria General de la Seguridad Social, Jur. 1987, p. 3697); zie ook Steyger, a.w. noot 7, Aldershot 1995, p. 77-81.

21 Zie o.m. zaak 39/72, Commissie vs. Italië, Jur. 1973, p. 101.

ruimte voor een eventueel eigen beleid op het geregelde gebied wordt geheel bepaald door de verordening: laat deze ruimte dan is de Lid-Staat bevoegd deze in te vullen, anders niet. Aanvullen van verordeningsvoorschriften is eveneens niet toegestaan, tenzij de verordening dit uitdrukkelijk toelaat.

Richtlijnen zijn slechts verbindend naar resultaat en krijgen pas hun volle effect doordat zij worden omgezet in regelgeving door de Lid-Staten.[22] Het verdrag kent de bevoegdheid tot omzetting expliciet toe aan de Lid-Staten, inclusief de keuze van vorm en middelen en de bij die omzetting te maken beleidskeuzes. De mogelijkheid voor de Lid-Staten beleidskeuzes te maken bij implementatie is overigens niet zo groot. In veel richtlijnen zijn de mogelijkheden tot beleidskeuzes afwezig; implementatie komt in veel gevallen neer op het overschrijven van de richtlijn met als enig mogelijke 'vrije' keuze, de keuze van sancties. Men kan zich overigens afvragen waarom in de gevallen waarin bijzonder gedetailleerde richtlijnen worden vastgesteld, niet vaker gebruik wordt gemaakt van de mogelijkheid verordeningen vast te stellen. Dit is in elk geval mogelijk voor die richtlijnen die worden vastgesteld op basis van artikel 100A. Ook de keuze van vorm en middelen is bepaald niet geheel vrij; de jurisprudentie van het Hof van Justitie heeft de keuzemogelijkheden sterk ingekaderd. Hier kom ik later op terug.

2.2.2 *Bestuursbevoegdheid*

Naast regelgevende bevoegdheden heeft de Gemeenschap bestuursbevoegdheden op een aantal terreinen. Een deel van deze bestuursbevoegdheden is zelfstandig in die zin dat de bevoegdheid wordt toegekend in het verdrag zelf. De Commissie is in dit verband meestal het bevoegde bestuursorgaan.[23] De Commissie heeft zelfstandige bestuursbevoegdheden op het gebied van de mededinging, de douane-unie, het beheer van de ontsnappingsclausules (zoals artikel 100A, vierde lid) en het beheer van fondsen. Daarnaast heeft de Commissie een omvangrijke afgeleide bestuurstaak krachtens door de Raad aan haar verleende bevoegdheden. Echter ook de Raad heeft enkele zelfstandige bestuursbevoegdheden op grond van het verdrag, zoals de aanwijzing van steunmaatregelen die verenigbaar zijn met de gemeenschappelijk markt (artikel 93, derde lid, onder d).[24]

De afgeleide bestuurstaak van de Commissie is, zoals gezegd vele malen groter. In veel wetgeving, of deze nu in de vorm van richtlijnen of verordeningen

---

22 Het feit dat richtlijnen directe werking kunnen hebben ingeval Lid-Staten de richtlijn niet of niet-juist hebben omgezet doet daar niets aan af. Directe werking van richtlijnen is, hoewel het soms anders lijkt, uitzondering, geen regel.

23 R.H. Lauwaars, Zijn er beleidsregels in Europa, NTB 93/1, p. 19.

24 Lauwaars a.w. noot 22, NTB 93/1, p. 20. Te verdedigen valt overigens wel dat het hier gaat om een regelgevende bevoegdheid, aangezien artikel 92, derde lid, onder d spreekt van 'soorten steunmaatregelen' hetgeen het vermoeden doet rijzen dat dit artikel niet op concrete gevallen maar op categorieën steunmaatregelen ziet, hetgeen op een, in Nederlandse terminologie, besluit van algemene strekking zou wijzen.

is vastgesteld wordt aan de Commissie de uitvoering opgedragen. De Raad delegeert deze bevoegdheid niet altijd onvoorwaardelijk; in veel gevallen moet de Commissie alvorens besluiten te nemen een comité van nationale ambtenaren raadplegen. In bepaalde gevallen hebben deze comités de mogelijkheid besluiten van de Commissie te overrulen.[25]

Waar de Commissie een zelfstandige bestuurstaak heeft of uitoefent, is in beginsel geen ruimte meer voor de Lid-Staten om eigen beleid te voeren. De Commissie voert uit, zij bepaalt de beleidslijnen en neemt de voor de uitvoering van het beleid noodzakelijke beslissingen. Voor zover op deze terreinen nog een rol voor de nationale overheid bestaat, is deze beperkt tot het uitvoeren en naleven van het communautaire beleid. Voor nationale initiatieven die zich binnen het kader van de bewuste taak bevinden, bijvoorbeeld op het gebied van steunverlening aan ondernemingen anders dan de maatregelen bedoeld in artikel 92, tweede lid, is instemming van de Commissie vereist.

Waar de afgeleide bestuursbevoegdheid in het geding is, ligt de situatie gecompliceerder. Om te beginnen hangt de ruimte die de Lid-Staten nog bezitten om een eigen inbreng in het beleid te hebben, uiteraard af van de inhoud van de communautaire regeling. Heeft de oorspronkelijke regeling het oogmerk totale harmonisatie van een materie te bewerkstelligen, dan zal de ruimte kleiner zijn dan wanneer deze optioneel dan wel partieel is.[26] Daarnaast hangt de mate waarin de Commissie exclusief bevoegd is mede af van de delegatiebepaling in de regeling zelf. Ook hier geldt echter dat waar de Commissie bevoegd is bepaalde uitvoerende taken te verrichten, de ruimte voor de Lid-Staten eigen beleid te voeren praktisch non-existent is.[27] Ook indien de geldigheid van de handeling van de Commissie discutabel is, levert dit geen vrije bevoegdheid van de Lid-Staat op anders te handelen dan binnen het kader van de bevoegdheid van de Commissie.[28]

Het instrument dat de Commissie hanteert ter uitvoering van haar bestuursbevoegdheid is de beschikking. Commissiebeschikkingen kunnen gericht zijn tot particulieren (met name ondernemingen op grond van de artikelen 85 en 86) en tot Lid-Staten, bijvoorbeeld inzake steunverlening. Is een beschikking gericht tot een Lid-Staat, dan kunnen particulieren indien zij rechtstreeks en individueel geraakt zijn als derde-belanghebbende daartegen in beroep komen.

In tegenstelling tot de beschikking zoals wij die kennen in het Nederlandse recht, kan een beschikking in het gemeenschapsrecht op nationaal niveau echter

---

25 Zie o.m. Besluit van de Raad 13 juli 1987, Pb. 1987 L 197/33, met betrekking tot de comité-procedures.

26 Bij optionele harmonisatie blijven de nationale normen bestaan naast de geharmoniseerde en wordt de keuze van de norm overgelaten aan de producent, van partiële harmonisatie wordt gesproken indien slechts een gedeelte van een materie communautair geregeld wordt.

27 Zie o.m. Pres. CBB, 1 maart 1995, KG 1995, nr. 158.

28 Zaak 314/85, Foto-Frost, Jur. 1987, p. 4199; gev. zaken C-143/88 en C-92/88, Zuckerfabrik Süderdithmarschen, Jur. 1991, p. I-415; zie ook Afdeling bestuursrechtspraak RvS, 1 november 1994, nr. R01.91.1111, nng.

ook leiden tot algemeen verbindende voorschriften. Dit is het geval wanneer een beschikking is gericht tot een Lid-Staat en deze de beschikking moet omzetten in nationale regelgeving. Beschikkingen die bijvoorbeeld om gezondheidsredenen de import van goederen uit derde landen verbieden of beperken hebben nogal eens een dergelijk effect.

Het resultaat daarvan is dat particulieren die getroffen worden door een dergelijke beschikking, een wel zeer getrapte en dus beperkte rechtsbescherming hebben. Zij kunnen in het algemeen niet tegen de beschikking van de Commissie opkomen, aangezien zij zelden of nooit als rechtstreeks en individueel geraakt door de beschikking kunnen worden aangemerkt.[29] Daarnaast kunnen zij, in zijn algemeenheid ook niet tegen de maatregel die de Lid-Staat neemt opkomen (althans (nog) niet in Nederland), aangezien het hier in de meeste gevallen een algemeen verbindend voorschrift zal betreffen waartegen geen beroep openstaat. De getroffen particulier zal dus moeten wachten tot hij op grond van die maatregel een beschikking naar Nederlands recht verkrijgt, waartegen hij, bij de Nederlandse rechter, in beroep zal kunnen gaan. Indien inderdaad de geldigheid van de Commissie-beschikking in het geding is, staat de Nederlandse rechter niet veel anders te doen dan een prejudiciële vraag aan het Hof te stellen over de geldigheid van de gemeenschapshandeling. Voor de betrokken particulier kan dit alles dus wel enige tijd gaan duren. De enige nuancering is dat, bij ernstige twijfels omtrent de geldigheid van de communautaire regeling of handeling, de nationale rechter in een procedure betreffende een voorlopige voorziening, de nationale bestuurshandeling welke is gebaseerd op de communautaire regeling of handeling,[30] hangende een prejudiciële procedure, kan opschorten, dan wel voorlopige maatregelen kan nemen, hetgeen de justitiabele enig respijt kan geven.[31]

2.3 De kwalificatie van het gemeenschapsrecht: constitutioneel of internationaal recht

Het antwoord op de vraag of de Gemeenschap een federatie, een internationale organisatie of iets anders is, zal voorlopig niet gegeven worden. Wel is uit het

---

29 Dit criterium voor belanghebbende, zoals geformuleerd in artikel 173, wordt door het Hof buitengewoon eng uitgelegd; zie o.m. zaak 25/62, Plaumann en Co vs. Commissie, Jur. 1963, p. 95; zaken 106 en 107/63, Alfred Toepfer en Co et al. vs. Commissie, Jur. 1965, p. 405.

30 Hetgeen materieel neerkomt op het opschorten van de gemeenschapshandeling zelf, zie CBB 24 mei 1994, nr. 95/0566/112/001, (Affish B.V. vs. Rijksdienst voor de keuring van vee en vlees), aangemeld bij het Hof als zaak C-183/95, inzake beschikking van de Commissie 95/119 (import van visprodukten uit Japan), zie ook het vervolg op deze zaak in CBB 24 augustus 1995, nr. 95/1050/112/001.

31 Gev. zaken C-143/88 en C-92/89, Zuckerfabrik Süderditmarschen AG, Jur. 1991, p. I-415; zaak 465/93, Atlanta Fruchthandelsgesellschaft mbH vs. Bundesamt für Ernährung und Forstwirtschaft, 9 november 1995, Jur. 1995, nng. Zie ook L.A.D. Keus, Europees procesrecht, Arnhem 1995, p. 55.

bovenstaande af te leiden dat het gemeenschapsrecht, binnen het kader van het verdrag in hoge mate federale trekken heeft.

Om te beginnen bevat het verdrag door de mogelijkheden van besluitvorming over regelgeving bij gekwalificeerde meerderheid, en de exclusieve toekenning aan gemeenschapsinstellingen van taken zowel op het gebied van wetgeving als bestuur reeds een aantal federale elementen. De, op basis van het verdrag ontwikkelde, jurisprudentie heeft de soevereiniteit van de Lid-Staten ten opzichte van de Gemeenschap nog verder ingeperkt. Dit komt mede door de rechtspraak met betrekking tot directe werking en voorrang van het gemeenschapsrecht.

Voorts kan de bevoegdheidsverdeling tussen de Lid-Staten en de Gemeenschap zoals deze is vastgelegd in het verdrag, na bevoegdheidsoverdracht niet meer eenzijdig door de Lid-Staten worden gewijzigd. Niet de Lid-Staten maar de instellingen van de Gemeenschap, of dat nu de communautaire wetgever dan wel het Hof van Justitie in laatste instantie is, bepalen de reikwijdte en de inhoud van de overgedragen bevoegdheden.[32]

Daarnaast varieert de eigen beleidsruimte die Lid-Staten nog bezitten al naar gelang het door de Gemeenschap gebruikte instrument en de wijze waarop dit instrument wordt gebruikt. Die eigen beleidsruimte is groter naarmate de verdragsbepaling waarin de bevoegdheid van de Gemeenschap wordt vastgelegd ruimer is of het instrument dat gebruikt wordt minder ingrijpend. Een richtlijn laat de Lid-Staten, in beginsel, meer beleidsruimte dan de verordening. De eigen beleidsruimte van de Lid-Staten wordt navenant kleiner naarmate de bevoegdheid van de Gemeenschap strakker omschreven is of het gebruikte instrument directer van toepassing is in het nationale recht.

Tenslotte wordt de burger steeds directer geraakt door voorschriften van gemeenschapsrecht. Ook al moet hij zich voor de uitvoering van die voorschriften nog vaak tot de Lid-Staat in plaats van de Gemeenschap wenden, hij is zich er niettemin steeds vaker van bewust dat die voorschriften van die andere, Brusselse, overheid komen.

Al deze federale elementen, waarvan er vele in de kiem in 1957 al aanwezig waren en die sedertdien door de jurisprudentie en verschillende verdragswijzigingen tot ontwikkeling zijn gekomen, worden nog versterkt doordat een terugweg nauwelijks meer mogelijk is. De verstrengeling van het institutionele gemeenschapsrecht met het materiële communautaire recht, maakt het ons praktisch onmogelijk ons voor te stellen hoe het zou zijn indien de Gemeenschap opgeheven zou worden. Zouden reisbeperkingen of deviezenbeperkingen in Europa nog acceptabel geacht worden? Kunnen we ons nog voorstellen dat we bepaalde goederen niet meer kunnen kopen in Nederlandse winkels, alleen omdat de overheid heeft besloten dat we nationale produkten moeten aanschaffen ter versterking van de nationale economie? Ook als de burger zich niet realiseert hoezeer zijn leven wordt bepaald door Brusselse voorschriften; op het moment dat hem (en, met nadruk ook, haar) de rechten die op grond van het EG-verdrag

---

32 Zie in dit verband met name gev. zaken C-267/91 en 268/91, Keck en Mithouard, Jur. 1993, p. I-6097.

zijn verworven, worden ontnomen, zou het protest massaal zijn. Die onomkeerbaarheid van de Europese integratie kan een federaal element in zichzelf genoemd worden: stilstand is mogelijk nog voorstelbaar, teruggang nauwelijks.

Het is vanuit dit perspectief van voortgaande federalisering en daardoor voortgaande constitutionalisering van het EG-verdrag, dat ik de doorwerking van het gemeenschapsrecht in het bestuursrecht wil bezien.

3 Het gemeenschapsrecht en het nationale bestuursrecht: het lokaliseren van de botsing

3.1 Inleiding

De invloed die het gemeenschapsrecht op het bestuursrecht uitoefent is indirect. Op zichzelf is het aan de Lid-Staten te regelen op welke wijze de overheid met haar burgers omgaat, op welke wijze invloed door burgers op de besluitvorming van de overheid uitgeoefend wordt, op welke wijze die burgers beschermd zijn tegen het optreden van die overheid, en op welke wijze de overheid overtredingen van regels door burgers sanctioneert.

Net zo min als op het gebied van het strafrecht of het privaatrecht bestaat er een expliciete bevoegdheid van de Gemeenschap regulerend of harmoniserend op te treden op het gebied van het bestuursrecht. Bij het opstellen van de Algemene wet bestuursrecht kon dan ook betrekkelijk weinig aandacht[33] aan het gemeenschapsrecht worden besteed.[34] De materie die de Awb beoogt te reguleren, namelijk de betrekkingen tussen de Nederlandse overheid en haar burgers, wordt op zichzelf niet bestreken door het gemeenschapsrecht. Het bestuursrecht krijgt pas te maken met het gemeenschapsrecht als er sprake is van uitvoering van het gemeenschapsrecht, uitvoering overigens wel in ruime zin. Dat de doorwerking van het gemeenschapsrecht in het nationale bestuursrecht zich veel meer doet voelen dan in bijvoorbeeld het strafrecht of het privaatrecht[35] komt omdat de overheid de 'natuurlijke' uitvoerder is van veel regels van gemeenschapsrecht. Problemen met het EG-recht in het licht van het bestuursrecht komen daardoor gewoon sneller aan het licht, dan wanneer het privaat- of strafrecht betreft.

---

33 Soms viel dat wel mee en kwam het toch nog goed, vgl. bijv. artikel 6.2.3. in het Wetsvoorstel Awb, TK 1988/89, 21 221, nr. 2, met het artikel zoals dit uiteindelijk in de wet terechtkwam (artikel 6:9 Awb).

34 Gezien de exclusieve bevoegdheid van de Lid-Staten en het doel van toelichtingen in het algemeen, deel ik dan ook niet de kritiek op de toelichting bij de Awb van A.J.C. de Moor-van Vugt en K.J.M. Mortelmans, Europees bestuursrecht: de oude en de nieuwe agenda, NTB 93/1, p. 11-17.

35 Zie in dit verband L.A.D. Keus, Europees privaatrecht, een bonte lappendeken, preadvies voor de Vereniging van Burgerlijk Recht en de Nederlandse vereniging voor Europees Recht, Lelystad 1993, p. 33-83.

In dit hoofdstuk beoog ik voornamelijk te inventariseren waar de overheid bij het uitvoeren van haar taken, zowel de eigen taken als die waartoe zij verplicht is op grond van het gemeenschapsrecht, rekening mee dient te houden opdat eventuele botsingen tussen gemeenschapsrecht en het nationale bestuursrecht zoveel mogelijk worden vermeden. Daarbij ga ik er overigens niet van uit dat bestuursrecht gelijk is aan of uitsluitend bestaat uit de Algemene wet bestuursrecht.

3.2 De taak van de nationale overheid ter uitvoering van secundaire regelgeving

De nationale overheid heeft taken van verschillende aard als het gaat om uitvoering van het secundaire gemeenschapsrecht. In deze paragraaf worden die verschillende taken bekeken en de consequenties voor het bestuursrecht in ogenschouw genomen.

3.2.1 Verordeningen en hun uitvoering

Verordeningen zijn, zoals al bleek in hoofdstuk 2, volstrekt vergelijkbaar met nationale wetten. Zij zijn een ieder verbindend en zij hoeven dus ook niet te worden omgezet in nationale wetgeving. Sterker nog, het Hof van Justitie heeft meermalen uitgesproken dat verordeningen niet mogen worden omgezet in nationaal recht, aangezien omzetting het directe effect van verordeningen zou kunnen verhinderen en de oorsprong van de rechtsregel niet duidelijk zou zijn.[36] Daarnaast, en dit is vergeleken met het nationale recht eveneens niets nieuws, is het Lid-Staten verboden maatregelen te nemen die de inhoud van de verordening wijzigen of aanvullen[37] tenzij de uitvoering van de verordening daartoe noodzaakt.[38] Is dat het geval, dan is aanvulling een verplichting.[39] Alleen wanneer de verordening de Lid-Staten expliciet de optie biedt tot omzetting is omzetting toegestaan.[40]

Dit alles betekent dat de materie die beheerst wordt door een verordening valt onder de exclusieve competentie van de Gemeenschap. Daarbij is het overigens

36 Zaak 39/72, Commissie vs. Italië, Jur. 1973, p. 101; zaak 50/76, Amsterdam Bulb BV vs. Produktschap voor siergewassen, Jur. 1977, p. 137; zaak 94/77, Fratelli Zerbone vs. Amministrazione delle Finanze della Stato, Jur. 1978, p. 99.

37 Zaak 40/69, Hauptzollamt Hamburg-Oberelbe vs. Fa. Bollmann, Jur. 1970 p. 69; zaak 74/69, Hauptzollamt Bremen-Freihafen vs. Waren-Import-Gesellschaft Krohn, Jur. 1970, p. 451.

38 Zaak 30/70, Scheer vs. Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel, Jur. 1970, p. 1197.

39 Zaak C-182/89, Commissie vs. Frankrijk, Jur. 1990, p. I-4337

40 Zoals Vo. 1619/68, Pb. 1968 L 248, die een discretionaire bevoegdheid aan de Lid-Staten laat ten aanzien van de aanmaak en verdeling van de banderollen en etiketten voor grote verpakkingen van eieren; zie zaak 31/78, Francesco Bussone vs. het Italiaanse Ministerie van Land- en Bosbouw, Jur. 1978, p. 2429.

niet onmogelijk dat over dezelfde materie ook nog een nationale wettelijke regeling bestaat. Dit kan het geval zijn wanneer de communautaire regelgevende bevoegdheid zich beperkt tot die situaties waarin van grensoverschrijdende belangen sprake is. Deze situatie doet zich vooral voor op het terrein van het mededingingsrecht. Daarbij beperkt het communautaire recht zich tot die situaties die relevant zijn voor de interstatelijke concurrentie; dit kan ook niet anders aangezien de communautaire bevoegdheid inzake mededinging op grond van het verdrag alleen kartels en machtsposities van ondernemingen betreft die de interstatelijke handel beïnvloeden. Het nationale recht is van belang voor de intrastatelijke mededinging.

Het effect van een verordening in zo'n geval is, dat de nationale wet geheel buiten spel wordt gezet, zodra er van een situatie sprake is die binnen de termen van de verordening valt. Het is dus niet noodzakelijk om in een nationale wet die betrekking heeft op hetzelfde terrein, een uitzonderingsbepaling op te nemen voor hetgeen onder de verordening valt.

Zo is bijvoorbeeld de Concentratieverordening[41] uitsluitend van toepassing op 'concentraties die (...) een communautaire dimensie hebben'. Dergelijke concentraties vallen niet meer onder het nationale recht; een bepaling om deze concentraties van de werking van de nationale wet uit te zonderen[42] is overbodig. Dit geldt zelfs nu de verordening een bepaling bevat die de Commissie de bevoegdheid geeft om, bij beschikking, een bij haar aangemelde concentratie naar de nationale autoriteiten te verwijzen, voor toepassing van het nationale mededingingsrecht. Deze bevoegdheid van de Commissie zegt niets over de wijze waarop het nationale recht moet worden toegepast; de bevoegdheid van de Commissie zegt alleen iets over de toepasselijkheid van de verordening.

De Lid-Staten zijn verplicht verordeningen, voor zover noodzakelijk, uit te voeren. Dit geldt zowel in het geval de verordening daartoe expliciet verplicht als wanneer de verordening daarover zwijgt.[43] Deze verplichting vloeit voort uit artikel 5 EG-verdrag (het beginsel van gemeenschapstrouw) waarin Lid-Staten zich niet alleen verplicht hebben alle geschikte maatregelen te treffen om de nakoming van alle uit het verdrag voortvloeiende verplichtingen te verzekeren, maar waardoor zij tevens de bevoegdheid verloren hebben zelfstandig te bepalen welke maatregelen dit dan wel zijn.[44] Wat de geschikte maatregelen zijn wordt uiteindelijk beslist door het Hof van Justitie.

Niettemin bevatten de meeste verordeningen bepalingen die de Lid-Staten opdragen passende maatregelen te nemen om de verordening te effectueren.

---

41 Vo. 4064/89, betreffende de controle op concentraties van ondernemingen, Pb. 1990 L 257/14.

42 Zoals opgenomen in artikel 4A.2.4 van het wetsvoorstel Mededingingswet, Stcrt. 1995, 126.

43 Zaak 68/88, Commissie vs. Griekenland (Griekse mais), Jur. 1989, 2965; zie ook zaak C-217/88, Commissie vs. Duitsland, Jur. 1989, p. I-2879.

44 Dit kan zelfs zo ver gaan dat onder 'uitvoering' tevens een verplichting tot sanctionering in het individuele geval wordt verstaan, zie Zaak C-204/88, Jean Jaques Paris, Jur. 1989, p. 4361.

Hierbij gaat het met name om faciliterende bepalingen zoals procedure- en rechtsbeschermingsregelingen, voorschriften betreffende de uitvoering van het toezicht en sancties. Deze bepalingen moeten mijns inziens, zoals hierboven al gesteld, worden gezien als delegatiebepalingen.[45] Hoewel het EG-verdrag geen duidelijke hiërarchieke regeling biedt, kan de uitvoeringsverplichting volgend uit artikel 5 EG-verdrag, worden gezien als de bevoegdheidsgrondslag voor de delegatie. De in dit artikel neergelegde algemene verplichting biedt de Gemeenschap de bevoegdheid de in artikel 5 bedoelde, maatregelen te specificeren, tenzij het verdrag zelf die mogelijkheid beperkt. Dit laatste is het geval wanneer het gaat om de uitvoering van richtlijnen, waar immers een aantal aspecten betreffende de uitvoering expliciet vallen binnen de bevoegdheidssfeer van de Lid-Staten.

Het is om meer dan één reden voor de Gemeenschap noodzakelijk om de uitvoering van verordeningen te delegeren. Om te beginnen is het in de meeste gevallen onpraktisch voor de Gemeenschap om zelf de uitvoering ter hand te nemen. De omvang van de communautaire instellingen is voor concrete uitvoeringstaken, bijvoorbeeld vergunningverleningen of het uitvoeren van het toezicht op de naleving van de verordeningsvoorschriften relatief klein; met name als het aantal vergunningverleningen of controles die moeten worden verricht relatief groot is. Bovendien bestaat er, in veel gevallen, een te grote afstand tussen het communautaire bestuur en de vergunningaanvragers in de Lid-Staten. Decentrale uitvoering werkt gewoon beter. Het is dus eenvoudiger gebruik te maken van de praktische infrastructuur die de Lid-Staten al hebben.

Een tweede argument om hiervan gebruik te maken is dat in het gemeenschapsrecht, naast de praktische, ook de juridische infrastructuur ontbreekt. Lid-Staten hebben die juridische infrastructuur in de vorm van nationale procedure-regelingen voor bijvoorbeeld de aanvraag van vergunningen of subsidies, wel. Van deze nationale regelingen kan gebruik gemaakt worden voor de uitvoering van de verordening, althans indien de nationale regeling voldoende bescherming biedt, zowel ten opzichte van de burger als ten opzichte van de effectuering van de communautaire regeling. Wanneer de verordening zelf procedureregels zou bevatten, zouden de Lid-Staten twee sets van procedureregelingen, een communautaire en een nationale, naast elkaar moeten hanteren, hetgeen op nationaal niveau, zowel voor de overheid als voor de burger verwarring kan scheppen. Het is dus wel zo efficiënt voor de Gemeenschap om naast de uitvoering van de verordening, ook het vaststellen van de regelgeving die betrekking heeft op die uitvoering te delegeren. Het gevolg is dat de nationale bestuursrechtelijke regels, wanneer zij gebruikt worden voor de uitvoering van een verordening moeten worden gezien als uitvoeringsregelgeving.

Naast deze meer praktische argumenten om te delegeren is er ook nog een principieel argument. Dit argument is het meest heikele: de Gemeenschap is op

---

45 Zie ook J. Bonnes, Uitvoering van EG-verordeningen in Nederland, Deventer 1994, p. 217, die de verordening en haar nationale uitvoeringsregeling omschrijft als 'één regelingscomplex'.

een aantal punten niet zonder meer bevoegd te reguleren. Kan men de communautaire bevoegdheid om bestuursrechtelijke procedureregels aan de Lid-Staten op te leggen met enige goede wil binnen het kader van een verordening nog wel aannemen, voor wat betreft het opleggen van specifiek omschreven sancties is dit niet het geval. Met andere woorden: de Gemeenschap heeft de Lid-Staten op dit punt gewoon nodig.

Nu kan men zich afvragen hoe het mogelijk is dat de Gemeenschap de bevoegdheid tot het opleggen van sancties kan delegeren, terwijl zij zelf niet bevoegd is maatregelen daaromtrent vast te stellen.[46] Kan men een bevoegdheid delegeren die men zelf niet bezit? Het antwoord is nee, en de Gemeenschap kan, in het algemeen, dan ook niet bij verordening de Lid-Staten verplichten specifieke sancties, bijvoorbeeld strafrechtelijke sancties, op te leggen. Anderzijds, uit de bevoegdheid van de Gemeenschap in bepaalde gevallen bij verordening dwingende voorschriften te geven, vloeit een impliciete bevoegdheid tot handhaving voort, omdat anders de oorspronkelijke bevoegdheid (nl. die tot regelgeving) geen betekenis zou hebben of niet op zinvolle wijze zou kunnen worden toegepast.[47] Die impliciete bevoegdheid tot handhaving is de grondslag voor de delegatie aan de Lid-Staat. De delegatie kan, nu specifieke bevoegdheden voor de Gemeenschap ontbreken, uit niet méér bestaan dan het stellen van voorwaarden aan degene (i.c. de Lid-Staat) die belast is met de uitvoering van die regel. De te stellen voorwaarden kunnen betrekking hebben op zaken als effectiviteit, afschrikwekkendheid en evenredigheid van de sanctie, zij kunnen indien daartoe een impliciete of expliciete bevoegdheid aanwezig is zelfs betrekking hebben op het punitieve karakter van de sanctie.[48] Zij kunnen echter niet een expliciete keuze voor het strafrecht of het bestuursrecht inhouden.[49]

De delegatiebepalingen in verordeningen hebben als consequentie voor de Lid-Staten dat, wanneer deze worden uitgevoerd met behulp van het in de Lid-Staat reeds aanwezige algemene administratieve (of straf)recht, deze alge-

---

46 In zijn algemeenheid bezit de Gemeenschap die bevoegdheid niet, in een enkel specifiek geval wel, zoals met betrekking tot het gemeenschappelijk landbouwbeleid; zie zaak C-240/90, Duitsland vs. Commissie, Jur. 1992, nng, zie SEW (1993), p. 712-714, m. nt. A. Mulder.

47 Over de doctrine omtrent impliciete bevoegdheden zie o.m. zaken 8/55, Fédération Charbonnière de Belgique vs. Hoge Autoriteit, Jur. 1954-1956, p. 292 en zaak 22/70 Commissie vs. Raad (beter bekend als AETR), Jur. 1971, p. 263.

48 In de jurisprudentie wordt van sancties geëist dat zij voldoende doeltreffend en afschrikwekkend zijn, zie zaak 68/88, Commissie vs. Griekenland, Jur. 1989, p. 2965; deze voorwaarden kunnen ertoe leiden dat een punitieve sanctie noodzakelijk is.

49 Ik ben het dan ook niet eens met Bonnes, a.w. noot 44, Deventer 1994, p. 159, waar zij betoogt dat de gemeenschapswetgever, indien noodzakelijk, strafrechtelijke sancties kan opnemen in verordeningen, ook indien daartoe een specifieke grondslag ontbreekt. Zie ook D. Curtin en K. Mortelmans, Application and Enforcement of Community Law by the Member States: Actors in Search of a Third Generation Script, in: Curtin, Heukels (red.), Liber Amicorum H. Schermers, Nijhoff 1994, p. 460 en A.J.C. de Moor-van Vugt, Hobbels bij de rechtshandhaving, de rol van beginselen van behoorlijk bestuur bij de handhaving van het gemeenschapsrecht, in: J.A.E. Vervaele, a.w. noot 3, Deventer 1993, p. 85.

mene bepalingen, voor zover zij de verordening uitvoeren, deel uit gaan maken van de verordening zelf en dus van het communautaire recht. Daarmee zouden zij, volgens mij, voorwerp van interpretatie door het Hof van Justitie kunnen worden.

Die interpretatiebevoegdheid van het Hof is uiteraard wel een beperkte. Enerzijds wordt deze beperkt door de delegatiebevoegdheid van de Gemeenschap. Met andere woorden, het Hof kan de nationale bepaling interpreteren aan de hand van de voorwaarden voor uitvoering zoals geformuleerd in de verordening. Anderzijds wordt deze bevoegdheid beperkt door de toepasselijke nationale regeling zelf. Mijns inziens kan deze niet verder gaan dan de mogelijkheden die de nationale rechter voor interpretatie heeft. Dit betekent dat het Hof in elk geval een beperkende interpretatie aan nationale regelgeving die ter uitvoering van een verordening dient, kan geven, maar slechts onder specifieke omstandigheden een uitbreidende interpretatie. Dit laatste omdat ook het Hof is gebonden aan hetgeen de nationale wetgever heeft gewild.

Dat het Hof zich tot dusver in haar rechtspraak verre gehouden heeft van interpretatie van nationale regels ter uitvoering van een verordening en zich ertoe beperkt de voorwaarden voor interpretatie aan de nationale rechter aan te reiken aan de hand van een interpretatie van het gemeenschapsrecht, doet aan de bevoegdheid van het Hof op zichzelf niet af.

Indien blijkt dat de nationale wet te beperkt is om voor een goede uitvoering van een verordening zorg te dragen en een uitbreidende interpretatie niet mogelijk is in verband met de wil van de nationale wetgever, is er wel een probleem. In dat geval zal het Hof dan ook niets anders kunnen doen dan constateren dat de verordening niet op de juiste wijze is uitgevoerd.

Het gevolg van het feit dat de nationale uitvoeringsbepaling deel uit gaat maken van de verordening kan zijn, dat de toepassing van nationale bepalingen van bestuursrecht moet verschillen al naar gelang zij worden toegepast ter uitvoering van een verordening of binnen het kader van de eigen bevoegdheden van de Lid-Staat. Dit is het meest zichtbaar wanneer de door de verordeningen toegekende bevoegdheden beperkter zijn, dan die welke in de nationale regeling zijn opgenomen. De bevoegdheden uit de nationale regeling kunnen dan slechts gebruikt worden ter uitvoering van de verordening, voor zover de verordening de ruimte laat. Een expliciete inperking is mijns inziens niet nodig; een circulaire, waarin de wijze waarop het bestuur de nationale bevoegdheden moet hanteren, wordt bekendgemaakt is wel nuttig.

Het bovenstaande is op zichzelf niets bijzonders. De verordening heeft ten opzichte van de nationale wet het effect van een lex specialis met betrekking tot de het toepassen van de procedure. Het verschil met een aantal regelingen op nationaal niveau is alleen dat de procedureregels niet te vinden zijn in de bijzondere wet, maar in de algemene.

Naast sanctiebepalingen en rechtsbeschermingsregelingen kan het ook zo zijn dat van andere nationale procedureregelingen gebruik gemaakt moet worden. Dit is het geval wanneer de Europese Gemeenschap subsidies verstrekt, of wanneer op grond van een verordening een heffing moet worden geïnd. Ook dan zal in

veel gevallen de Lid-Staat verantwoordelijk zijn voor de uitvoering van de subsidieverstrekking[50] c.q. de inning van de heffing. Daarbij kan gebruik gemaakt worden van de nationale procedures op het gebied van subsidieverlening dan wel belastingheffing, voor zover deze een adequaat middel zijn om de uitvoering van de subsidiring te regelen.

In het wetsontwerp derde tranche Awb is in de subsidie-titel al rekening gehouden met Europese subsidies. Artikel 4.2.1.3. schrijft voor dat bestuursorganen slechts subsidie verstrekken op grond van een wettelijk voorschrift, maar maakt in het derde lid, onder d, een uitzondering voor subsidies rechtstreeks verstrekt op grond van een door de Raad, de Raad en het Parlement gezamenlijk of de Commissie vastgesteld programma. Volgens de toelichting is daarmee bedoeld deze subsidies van de werking van de Awb uit te sluiten, althans voor zover de uitvoering van de subsidieverstrekking niet is opgedragen aan nationale bestuursorganen; de Awb kan immers niet de organen van de Gemeenschap binden.[51] Een specifieke wettelijke basis voor subsidies is door deze uitzondering niet meer nodig.

Voor verordeningen geldt deze uitzondering niet; dat hoeft ook niet want verordeningen kunnen als wettelijk voorschrift in de zin van de Awb worden aangemerkt. Dit hoeft niet expliciet in de Awb te worden geregeld. Hetzelfde geldt overigens voor wat belastingheffing betreft voor het vereiste van een wettelijk voorschrift, zoals geformuleerd in artikel 104 Grondwet. Mijns inziens betekent dit, dat indien een verordening een heffing instelt, reeds aan het vereiste van een wettelijke grondslag is voldaan en een wet in formele zin niet meer nodig is. Voor de goede orde, indien een richtlijn de Lid-Staten voorschrijft een heffing op te leggen, is een grondslag neergelegd in een wet in formele zin wel vereist, aangezien een richtlijn, gezien de omzettingsverplichting, niet zelf tot wettelijke grondslag kan dienen.

Het bovenstaande betekent, met betrekking tot de subsidieverstrekking, overigens niet dat de Awb op de verordening als geheel van toepassing is. De gemeenschapsorganen zijn door de Awb dan ook niet gebonden. Het is alleen zo dat de bepalingen van de subsidie-titel gebruikt kunnen worden als instrument om de verstrekking in goede banen te leiden, voor zover het gemeenschapsrecht zich daartegen niet verzet.

Overigens is het wel zo dat, wanneer de uitvoering van de verordening moet geschieden door nationale bestuursorganen, of het nu een subsidie of een heffing betreft, er vaak toch een wettelijke regeling nodig is, omdat het bestuursorgaan dat bevoegd is tot de subsidieverlening dan wel inning van de heffing moet worden aangewezen. Dit is alleen niet het geval, wanneer er al een bestuursorgaan bestaat dat tot het verrichten van deze handelingen bevoegd is. De wettelijke regeling hoeft uit niet meer te bestaan dan de aanwijzing als zodanig.

Concreet betekent het bovenstaande dat de Nederlandse bestuursorganen die

---

50 Zie hierover ook het heldere artikel over de wijze van verstrekking van subsidies uit structuurfondsen van D.E. Comijs, De tenuitvoerlegging van de Europese structuurfondsen in Nederland, NTB 95/1, p. 1-8.

51 TK 1993/1994, 23 700, nr. 1, p. 29.

zich bezighouden met het verstrekken van de subsidies dit moeten doen met inachtneming van de bepalingen van de Awb, tenzij de verordening in procedurevoorschriften voorziet of zich daar om andere redenen tegen verzet. Wel moet het bestuursorgaan de in de Awb neergelegde criteria (bijvoorbeeld voor de aanvraag of de intrekking) zodanig toepassen dat aan de volle werking van het gemeenschapsrecht recht wordt gedaan en niet wordt afgedaan aan de rechten die de burgers op grond van het gemeenschapsrecht toekomen.[52]

Tenslotte kan de Awb een rol spelen bij het toezicht op de naleving van verordeningen. Normaal gesproken zal dit toezicht door Nederlandse toezichthouders gebeuren, op grond van bepalingen van Nederlands recht. Niettemin is het mogelijk dat ook de Commissie toezicht laat houden door speciale controleurs (Euro-inspecteurs[53]). De taken en bevoegdheden van Euro-inspecteurs kunnen zowel rechtstreeks voortvloeien uit het gemeenschapsrecht zelf, als uit de bevoegdheid toezicht te houden op de naleving van verordeningen door de nationale toezichthoudende instantie.[54] Met name dit laatste geval kan voor problemen zorgen.[55] De vraag in hoeverre de Euro-inspecteur bevoegdheden kan ontlenen aan het nationale recht is niet eenduidig te beantwoorden.

In de Awb wordt toezichthouder gedefinieerd als: een persoon, bij of krachtens wettelijk voorschrift, belast met het houden van toezicht op de naleving van het bepaalde bij of krachtens enig wettelijk voorschrift.[56] Hoewel de toelichting er niet over rept,[57] moet mijns inziens onder dit begrip ook de Euro-inspecteur worden begrepen die zijn taken verricht op grond van een verordening. Dit volgt uit de rechtstreekse werking van verordeningen in het nationale recht, en is alleen anders indien de Awb uitdrukkelijk verordeningen van het begrip 'wettelijk voorschrift' in dit verband uitzondert. Dit is op dit moment niet het geval. Of daarmee de Euro-inspecteur op grond van diezelfde Awb (of de bijzondere nationale wet) automatisch alle bevoegdheden van zijn Nederlandse counterpart verkrijgt staat overigens nog te bezien.

Om te beginnen kan de verordening die de taken van de Euro-inspecteur omschrijft de bevoegdheden van de Euro-inspecteur beperken. Indien de verordening de bevoegdheden van de Euro-inspecteur omschrijft, schuilt daarin alleen al de beperking, omdat de nationale wet de verordening niet mag aanvullen. In dat geval kan het zijn dat de Euro-inspecteur het met minder bevoegdheden moet doen dan zijn Nederlandse collega. Daarnaast kan de verordening de expliciete verplichting aan de Lid-Staten opleggen om te waarborgen dat de Euro-inspecteur dezelfde bevoegdheden verkrijgt als zijn nationale collega's. In dat geval zal de nationale wetgeving van overeenkomstige toepassing zijn op de Euro-inspecteur.

---

52 Zaak 33/76, Rewe, Jur. 1976, p. 1989; zaak 45/76, COMET, Jur. 1976, p. 2043.

53 In navolging van J.A.M. Vervaele, EEG-fraude en Europees economisch strafrecht, Deventer 1991 en Bonnes a.w. noot 44, Deventer 1994, p. 163.

54 Hierover uitgebreid, J. Bonnes, a.w. noot 44, Deventer 1994, p. 162-172.

55 Voor een beeldende beschrijving, A.J.C. de Moor-van Vugt, Zo begrijpt Bonnes er niks van, NTB-special 1994, p. 25-26.

56 Artikel 5.1.1. Wetsvoorstel derde tranche Awb, TK 1993/1994, 23 700.

57 Zie de kritiek van J. Bonnes, a.w. noot 44, Deventer 1994, p. 176.

Of daarmee ook de verplichtingen uit die nationale wetgeving van toepassing zijn op de Euro-inspecteur is minder duidelijk. Bonnes meent van wel,[58] en ik ben het met haar eens, aangezien het van overeenkomstige toepassing verklaren van bevoegdheden uit de nationale wet mijns inziens de bij die bevoegdheden behorende verplichtingen insluit. Dit is alleen anders wanneer de verordening de toepassing van nationale verplichtingen uitsluit, of zelf al gelijkwaardige verplichtingen bevat.

De echte problemen ontstaan wanneer de verordening niet duidelijk vaststelt welke bevoegdheden de Euro-inspecteur toekomen. Dan zal naar aanleiding van het doel van de controle en de verordening in samenhang met het nationale recht moeten worden bekeken welke bevoegdheden de Euro-inspecteur toekomen. De kans dat deze situatie zich voordoet is mijns inziens niet groot, maar als het gebeurt zal het zijn in de situatie dat de Euro-inspecteur de nationale controleur 'bijstaat'.

3.2.2 Richtlijnen en hun implementatie

Richtlijnen hebben een geheel ander karakter dan verordeningen. Richtlijnen zijn niet eenieder verbindend, zij binden slechts de nationale overheden.[59] Particulieren kunnen, indien de Lid-Staten de richtlijn binnen de omzettingstermijn niet of niet juist omzetten, aan de richtlijn wel rechten ontlenen;[60] de richtlijn kan niet uit zichzelf verplichtingen aan particulieren opleggen.[61] Zij moeten, in tegenstelling tot verordeningen wel omgezet worden in nationaal recht, zij het dat deze omzettingsplicht uitsluitend geldt voor de 'transformeerbare' bepalingen. Bepalingen die Lid-Staten procedurevoorschriften opleggen, zoals notificatieverplichtingen hoeven niet te worden omgezet.[62]

Door de grote druk die op implementatie is gesteld, onder meer door de jurisprudentie van het Hof van Justitie, wordt nogal eens vergeten dat de Lid-Staten niet alleen de plicht hebben om richtlijnen om te zetten, maar ook het recht daartoe. Dat recht vertaalt zich in de bevoegdheid vorm en middelen voor omzetting te kiezen, en daardoor te bepalen op welke wijze de materie van de richtlijn deel uit gaat maken van het nationale rechtsysteem. Nu is het ook niet zo'n wonder dat dit 'recht' niet onmiddellijk omhelsd wordt: een groot aantal

---

58 Bonnes a.w. noot 44, Deventer 1994, p. 170.

59 Op de vraag wat onder het begrip overheid moet worden verstaan wordt in hoofdstuk 4 teruggekomen.

60 Zie o.m. zaak 41/74, Yvonne van Duyn vs. Home Office, Jur. 1974, p. 1337; zie verder het proefschrift van S. Prechal, Directives in European Community law, Oxford 1995, p. 245-294.

61 Zaak 152/84, Marshall vs. Southampton and South West Health Authority, Jur. 1986, p. 723; zaak 80/86, Kolpinghuis, Jur. 1987, p. 3969; expliciet bevestigd in zaak C-91/92, Paola Faccini Dori vs. Recreb Srl., Jur. 1994, p. I-3325.

62 Door de wijze waarop de Gemeenschap het instrument van de richtlijn hanteert bestaan er inmiddels al complete richtlijnen die niet behoeven te worden omgezet zoals de notificatierichtlijn 83/189 (Pb. 1983, L 109).

factoren heeft ertoe bijgedragen dat dit 'recht' nauwelijks meer adequaat kan worden uitgeoefend.[63]

Om te beginnen bestrijken richtlijnen vaak een dermate specifiek terrein[64] en gaan zij zo ver in hun detaillering[65] dat implementeren praktisch alleen nog maar kan geschieden door overschrijven. Het recht tot het kiezen van vorm en middelen is voor wat betreft dit soort richtlijnen illusoir.

Daarnaast zijn richtlijnen systematisch niet neutraal. In veel gevallen staan richtlijnen een specifiek systeem van toepassing en handhaving voor, ook al wordt dit (meestal) niet uitdrukkelijk voorgeschreven.[66] Het gevolg is dat van inpassen in het nationale rechtssysteem niet veel terechtkomt; het is veeleer zo dat het nationale rechtssysteem moet worden aangepast aan de richtlijn. Doet de nationale wetgever dit niet dan loopt deze het risico dat de implementatiewet, hoewel deze op zichzelf de richtlijn op juiste wijze implementeert, met het impliciete systeem uit de richtlijn gaat wringen.

Als voorbeeld van dergelijke wringende wetgeving kan de Richtlijn inzake algemene produktveiligheid[67] (verder APV-richtlijn) en haar implementatie op basis van de Warenwet gelden. De richtlijn ziet in beginsel op alle produkten die op de markt komen en voor de consument bestemd zijn. Artikel 5 van de APV-richtlijn verplicht de Lid-Staten de autoriteiten aan te wijzen die bevoegd zijn tot de controle van de produkten en tot het nemen van passende maatregelen met inbegrip van de mogelijkheid adequate sancties en maatregelen op te leggen. Artikel 6 schrijft voor welke sancties en maatregelen dit zijn. Bij lezing van die twee artikelen blijkt impliciet dat gedacht is aan bestuursrechtelijke handhaving, bijvoorbeeld door middel van bestuursdwang.

In de implementatieregeling, die een combinatie vormt van de Warenwet[68] zelf en het Warenwetbesluit algemene produktveiligheid[69] is een aantal van deze maatregelen (o.m. inbeslagname en het uit de markt nemen van gevaarlijke

---

63 Zie voor een aantal vertragende factoren bij implementatie, V.J.J.M. Bekkers, J.M. Bonnes, A.J.C. de Moor-van Vugt en W.J.M. Voermans, Brussel en Nederland, tegenliggers, spookrijders of reisgenoten?, Deventer 1993, p. 159-184.

64 Wat dacht u bijvoorbeeld van Rl. 87/356, betreffende voorverpakte breigarens (Pb. 1987, L 80), Rl. 91/492 betreffende gezondheidsvoorschriften voor levende tweekleppige weekdieren (inclusief mariene buikpotigen, stekelhuidigen en manteldieren (niet te verwarren met vis, daarvoor bestaat een aparte richtlijn)) (Pb. 1991, L 268) of Rl. 94/11 betreffende etikettering van bepaalde onderdelen van voor de eindverbruiker bestemd schoeisel (Pb. 1994, L 100).

65 Voor een helder beeld van de omzettingsellende in verband met detaillering raad ik u aan de artikelen 3 en 4 van Rl. 92/51 betreffende een tweede algemeen stelsel van erkenning van beroepsopleidingen (Pb. 1992, L 209) eens te lezen. Deze, helaas niet uitzonderlijke, bepalingen hebben betrekking op het toepassingsgebied van de richtlijn.

66 Soms ook wel, zie Rl. 92/46 EEG tot vaststelling van gezondheidsvoorschriften voor de produktie en het in de handel brengen van rauwe melk, warmtebehandelde melk en produkten op basis van melk, Pb 1992 L 268, die verplicht tot een erkenningensysteem op basis van garanties bij de oorsprong.

67 Rl. 92/59, Pb. 1992 L 228/24.

68 Artikel 18 Warenwet.

69 Besluit van 28 september 1993, Stb. 499.

produkten) geregeld door middel van het strafrecht, namelijk in de Wet economische delicten. Het gevolg is dat, om de bewuste maatregelen te nemen een strafrechtelijke procedure moet zijn ingezet, waarbij de controlerende en opsporende autoriteit (de Inspectie Gezondheidsbescherming (IGB)) voor de effectuering afhankelijk is van het Openbaar Ministerie.

Tegen deze werkverdeling is vanuit Europeesrechtelijk oogpunt niets in te brengen; het is de Lid-Staat die de bevoegde autoriteit aanwijst en er is geen regel die de Lid-Staat verbiedt meer dan één bevoegde autoriteit aan te wijzen. Zolang IGB en OM gezamenlijk zorg dragen voor een effectief naleven van de wet en daarmee het volle effect van de richtlijn verzekeren is er niets aan de hand. Niettemin is het aan het OM toedelen van de opsporing en sanctionering in het licht van de bewoordingen van de richtlijn een wat ongelukkige constructie, mede omdat met introductie van het OM het hele strafrechtelijk stelsel met al zijn specifieke eigenaardigheden zijn intrede doet. Dit spreekt te meer nu de richtlijn in artikel 9 de Commissie de bevoegdheid geeft de Lid-Staten te verplichten enkele van de in artikel 6 genoemde maatregelen tijdelijk op te leggen.[70] Op één of andere manier is de constructie van de Commissie die het OM verplicht maatregelen te nemen niet goed voorstelbaar.

Omgekeerd kan het verplicht aanpassen van de nationale wetgeving aan de systematiek van een richtlijn tot vreemde effecten binnen het nationale recht leiden. Dit is zeker het geval wanneer de richtlijn voorziet in partiële harmonisatie van een terrein dat deel uitmaakt van een veel ruimer rechtsgebied en de richtlijnsystematiek dus slechts voor een deel van dat rechtsgebied gaat gelden.

Als schoolvoorbeeld van een dergelijke verplichte aanpassing aan de richtlijnsystematiek, die niet zozeer in Nederland maar wel in Groot-Brittannië leidde tot wrijving binnen de nationale juridische verhoudingen kan Richtlijn 75/129 (bescherming van werknemers bij collectief ontslag)[71] gelden. Dit kwam met name door de wijze waarop deze richtlijn is uitgelegd door het Hof van Justitie.[72] Het probleem zit hem hier in verschillende medezeggenschapssystematieken in de verschillende Lid-Staten.

De richtlijn verplicht tot consultatie van de werknemersvertegenwoordigers die volgens het recht of het gebruik van de Lid-Staat aanwezig zijn. In tegenstelling tot de meeste continentale Lid-Staten kent Groot-Brittannië een volledig vrijwillige vertegenwoordigingsstructuur binnen ondernemingen, waaraan geen wettelijke basis ten grondslag ligt.[73] De werkgever kan de vakbondsvertegenwoordigers erkennen maar is daartoe niet verplicht.

De Commissie betoogde nu dat, nu vertegenwoordiging in Britse ondernemingen, door het systeem van vrijwilligheid niet gegarandeerd is (de implementatiewet van de richtlijn, de Employment Protection Act voorziet niet in een verplicht vertegenwoordigingssysteem), de volle werking van de richtlijn in Groot-Brit-

---

70 Zie zaak C-359/92, Duitsland vs. Raad, Jur. 1994, p. I-3681.

71 Pb. 1975 L 48.

72 Zaak C-383/92, Commissie vs. Verenigd Koninkrijk, Jur. 1994, p. I-2479.

73 Zie Lord Wedderburn, The Worker and the Law, Harmondsworth 1986 (3e druk) p. 283-286.

tannië niet verzekerd is. Groot-Brittannië stelde daar tegenover dat de richtlijn niet beoogt het systeem van de aanwijzing van werknemersvertegenwoordigers te harmoniseren, en dat als gevolg van het verwijzen naar het recht en gebruik van de Lid-Staten, werkgevers die de vertegenwoordiging niet erkennen, niet gehouden zijn de richtlijnprocedures toe te passen.[74] Het Hof aanvaardde deze redenering niet en overwoog dat de verwijzing naar het nationale recht en gebruik, geen zuivere verwijzing naar het nationale recht is, maar als verwijzing slechts betrekking heeft op de wijze van aanwijzing van werknemersvertegenwoordigers. Met andere woorden, indien de nationale gebruiken niet voorzien in de benodigde vertegenwoordiging, moet voor dat deel van het medezeggenschapsrecht waar de richtlijn betrekking op heeft de Britse overheid, i.c. de wetgever voorzien in een vertegenwoordigingsstructuur.

Het arrest legt de Britse wetgever, binnen het kader van de consultatieprocedures omtrent collectief ontslag, daarmee een verplichting op die het bestaande systeem van 'industrial relations' volstrekt op zijn kop zet. Een wettelijke vertegenwoordigingsstructuur die slechts betrekking heeft op een heel klein deel van de arbeidsvoorwaarden, terwijl voor de rest van de 'industrial relations' een systeem van vrijwillige vertegenwoordiging bestaat, levert een merkwaardige constructie op. Anderzijds is het wettelijk voorschrijven van een vertegenwoordigingsstructuur voor alle arbeidsvoorwaarden, enkel omdat de richtlijn dat voor collectief ontslag verlangt, gezien de traditionele arbeidsverhoudingen in Groot-Brittannië, ook niet de ideale oplossing. Het resultaat wordt onvermijdelijk een merkwaardige constructie, die in dit geval eens temeer klemt omdat de uitleg die het Hof aan de richtlijn geeft er op zijn zachtst gezegd niet expliciet in te lezen is.[75]

Richtlijnen die de Lid-Staten op impliciete wijze een bepaalde systematiek opdringen, beperken het in het EG-verdrag neergelegde recht van de Lid-Staten vorm en middelen te kiezen. De keuze van een bepaalde systematiek, of dat nu de keuze tussen strafrecht en bestuursrecht is of tussen overheidsbemoeienis of de afwezigheid daarvan, is een principiële,[76] die veel meer omvat dan de implementatie van één richtlijn. Dergelijke keuzes moeten gemaakt worden op meer gronden dan het bereiken van het volle effect van richtlijnen alleen, omdat zij elementen bevatten die betrekking hebben op de waarborgen welke particulieren van de overheid verwachten en traditioneel gewend zijn te verwachten. Om dit soort principiële keuzes even te moeten maken bij de implementatie van een richtlijn is niet wenselijk. De discussie omtrent de harmonisatie van systematieken in de wetgeving moet volgens mij openlijk worden aangegaan, en in een zo breed mogelijk verband.[77]

---

74 Zie in dit verband mijn 'Medezeggenschap bij veiligheid en gezondheid, de Europese regelingen', Deventer 1990, p. 66, waar ik tot dezelfde conclusie kom.

75 Als Groot-Brittannië dit geweten had, had zij in 1975 vermoedelijk nooit met de richtlijn ingestemd.

76 Zie bijvoorbeeld de discussie die in Nederland gaande is omtrent de bestuurlijke boete, o.m. te vinden in de preadviezen voor de VAR van Michiels en Bos van 1995.

77 Meer positief over de bevruchting van de nationale rechtssystemen met Europeesrech-

Tenslotte wordt het 'recht' van de Lid-Staat richtlijnen te implementeren en daarbij vorm en middelen te kiezen uitgehold door de jurisprudentie van het Hof van Justitie. In een (nog steeds toenemende) stroom arresten heeft het Hof aangegeven wat als adequate middelen kunnen worden gezien voor de implementatie van richtlijnen.[78] Hoofdlijn daarin is dat richtlijnen, moeten worden omgezet in direct afdwingbare bepalingen, waarmee in het algemeen formele of materiële wettelijke bepalingen worden bedoeld. Dit geldt zelfs in het geval dat de richtlijn zelf uitsluitend verplichtingen in het leven roept en kan roepen voor overheden (zoals de openbare aanbestedingsrichtlijnen), en de particulier zich rechtstreeks op die richtlijnen tegenover de overheid kan beroepen.[79]

Omzetting door middel van aanpassing van administratieve praktijken[80] is niet voldoende omdat, aldus het Hof, administratieve praktijken naar believen kunnen worden veranderd en bovendien veelal niet algemeen bekend zijn. Overigens, in een zaak betreffende een richtlijn die regels gaf omtrent het beroep van algemeen verpleegkundige, achtte het Hof een administratieve praktijk die wel algemeen bekend was en niet zonder meer te veranderen, toch onvoldoende.[81] Het Hof overwoog dat de bewuste regeling bestond uit algemene principes en mede daardoor niet specifiek werd geacht voor de implementatie van de richtlijn. De zaak is vermoedelijk niet helemaal beslissend voor de vraag of implementatie van richtlijnen door middel van beleidsregels die wel bekend worden gemaakt en een wettelijke basis hebben tot de mogelijkheden behoort.[82]

Deze vraag is voor Nederland niet geheel onbelangrijk omdat, als de derde tranche Awb in werking treedt, beleidsregels een wettelijke basis zullen hebben.[83] Daarnaast is het voor de particulier, door de jurisprudentie van de Hoge Raad met betrekking tot de status van beleidsregels in het licht van artikel 99 RO en de interpretatie ervan, in Nederland gemakkelijker geworden zich te beroepen op en rechten te ontlenen aan beleidsregels dan in een aantal van de ons omringende landen.[84]

Implementatie van richtlijnen door middel van beleidsregels zou, indien zij door het Hof geaccepteerd worden, op bepaalde punten een alternatief kunnen

---

telijke systematiek: P.J. van der Flier en J.S. van den Oosterkamp, Voortvarende implementatie van EG-richtlijnen mede in het licht van de Algemene wet bestuursrecht en de Aanwijzingen voor de regelgeving, SEW 1994, p. 738.

78 T. Heukels, Alternatieve implementatietechnieken en artikel 189 lid 3 EEG; grondslagen en ontwikkelingen, NTB 93/1, 59-74.

79 Zaak C-431/92, Commissie vs. Duitsland, 11 augustus 1995, Jur. 1995, nng.

80 Zaak 97/81, Commissie vs. Nederland, Jur. 1982, p. 1819; zaak 429/85, Commissie vs. Italië, Jur. 1988, p. 843, zaak C-339/87, Commissie vs. Nederland, Jur. 1990, p. I851.

81 Zaak 29/84, Commissie vs. Duitsland, Jur. 1985, p. 1661.

82 Het gebruik van een beleidsregel is wel mogelijk wanneer deze geplaatst is in een meer algemene wettelijke context, zie zaak C-190/90, Commissie vs. Nederland, Jur. 1992, p. I-3265.

83 Artikel 4.4.1 e.v. wetsvoorstel Awb (TK 1993/94 23 700, nr. 1.)

84 Zie o.m. I.C. van der Vlies, Meer recht in de zin van artikel 99 Wet RO, NJB 1990, p. 1147-1151; Bernd van de Meulen e.a., Bestuursbevoegdheid als bron van recht, NTB 1991, p. 133-141.

bieden voor de grote hoeveelheden uitvoeringsregelingen op basis van sommige wetten. Hierbij kan dan met name gedacht worden aan allerlei keuringsvoorschriften voor bijvoorbeeld levensmiddelen, die in zeer specifieke richtlijnen worden vastgesteld. Op dit moment worden dergelijke voorschriften al naar gelang de materie vastgesteld in oneindige hoeveelheden ministeriële regelingen op basis van de Warenwet, dan wel besluiten op basis van de Vleeskeurings- en/of Veewet. Dergelijke voorschriften zouden net zo goed als instructie naar de keurende instantie kunnen gaan, en vervolgens bekendgemaakt worden als beleidsregel die een verduidelijking geeft van de wijze waarop de bevoegde keurende instantie zijn bevoegdheden dient te gebruiken.

Of de inbedding van beleidsregels in zowel artikel 99 Wet RO door de jurisprudentie van de Hoge Raad als straks in de Awb voldoende zal zijn voor het Hof om het als een adequaat implementatie-instrument te beschouwen, is niet zeker. Uit het arrest TA-Luft[85] bleek dat, wanneer richtlijn-bepalingen in het geding zijn waaraan burgers rechten kunnen ontlenen, de eisen die het Hof stelt betrekkelijk zwaar zijn. Het draaide hier om een circulaire die een wettelijke basis had, namelijk artikel 48 Bundesimmissionsschutzgesetz, maar geen Rechtsverordnung (algemeen verbindend voorschrift) in de zin van artikel 80 Grundgesetz was. Het Hof overwoog dat de Technische Anleitung Luft, ondanks deze basis, individuele derden geen zekerheid gaf omtrent de omvang van hun rechten zodat zij daarop indien nodig in rechte een beroep zouden kunnen doen. Ook de vervuilers zouden niet voldoende op de hoogte zijn van de op hen rustende verplichtingen.

Kortom een wettelijke basis als zodanig voor een beleidsregel is, indien er rechten en verplichtingen van particulieren in het geding zijn, niet genoeg. Het feit dat de Duitse TA-Luft circulaire een onduidelijke status had speelde bij de uitspraak van het Hof ook een rol, hetgeen voor Nederlandse beleidsregels, zeker als zij zijn ingebed in de Awb, misschien anders zou kunnen zijn. Een beleidsregel kan overigens wel bruikbaar zijn wanneer het gaat om bepalingen waarbij geen rechten en verplichtingen van particulieren in het geding zijn; hierbij valt te denken aan definitiebepalingen in besluiten[86] en instructiebepalingen voor de overheid.[87]

Naast het probleem van de mogelijk beperkte kenbaarheid van rechten en plichten voor particulieren in beleidsregels wordt ook de inherente afwijkingsbevoegdheid van het bestuursorgaan als hindernis voor het gebruik van beleidsre-

---

85 Zaak C-59/89, Commissie vs. Duitsland (Technische Anleitung zur Reinhaltung der Luft), Jur. 1991, p. I-2607, ook gepubliceerd in AB 1992, nr. 453 met noot FHvdB.

86 Zie in dit verband het advies van de Raad van State (advies van 3 juli 1993, nr. W13.93.0152) inzake het Warenwetbesluit algemene productveiligheid (Stb. 1993, 499), waarin de Raad meende dat de definitiebepaling uit de richtlijn (Rl. 92/59, Pb. 1992 L 228) die uit een opsomming bestond, in het besluit moest worden opgenomen en niet in de toelichting. Zie ook het nader rapport (14 september 1994, VVP/P 931464), waarin beargumenteerd wordt waarom opname in de toelichting volstaat.

87 Zie ook T. Heukels, Alternatieve implementatietechnieken en artikel 189, lid 3 EEG: grondslagen en ontwikkelingen, NTB 93/1, p. 69.

gels ter implementatie gezien.[88] Niettemin kan soms juist om die inherente afwijkingsbevoegdheid de beleidsregel het aangewezen implementatie-instrument zijn, namelijk in die gevallen waarin de norm die de richtlijn stelt vaag is, maar wel direct door het bestuursorgaan moet worden toegepast, terwijl voor de toepassing van die norm beleid ontwikkeld moet worden.

Als illustratie van de noodzaak om beleid te ontwikkelen om een richtlijn goed te kunnen uitvoeren, kan de erkenningsregeling voor slachterijen in het Besluit produktie en handel vers vlees dienen.[89] Deze regeling komt voort uit Richtlijn 91/497, inzake gezondheidsvraagstukken op het gebied van intracommunautair handelsverkeer in vers vlees[90] (hierna: de vers vlees-richtlijn), en de uitvoering daarvan in het op de Vleeskeuringswet gebaseerde Besluit. In de richtlijn en dientengevolge in het Besluit zijn verschillende erkenningsvoorschriften voor grote en voor kleine bedrijven gegeven. De richtlijn voorziet in verschillende eisenpakketten welke zijn neergelegd in bijlagen. Voor kleine bedrijven (waarvoor de eisen van bijlage II bij de richtlijn gelden) zijn een aantal globale eisen met betrekking tot hygiëne van de slachtruimten opgenomen. Het Besluit heeft deze eisen omgezet in een aantal bijlagen bij het Besluit zelf. Daarin worden de globale eisen uit bijlage II van de richtlijn ingevuld; zo is bijvoorbeeld de richtlijnbepaling dat slachthuizen met een geringe capaciteit moeten beschikken over '(...) lokalen (...) die voldoende groot zijn om het werk vanuit hygiënisch oogpunt op bevredigende wijze te laten verlopen' in het besluit ingevuld met de eis dat de wanden ten minste drie meter hoog moeten zijn en dat de 'slachtstand' (de term waarmee traditioneel de ruimte waarin het daadwerkelijke slachten plaatsvindt, wordt aangeduid) tenminste drie en een halve bij drie meter groot moet zijn.

Die bepaling zou kunnen worden opgevat als de implementatie van het begrip 'voldoende groot'; nu richtlijnen geïmplementeerd moeten worden door wettelijke voorschriften lijkt een dergelijke invulling van een vage norm het voorrecht van de Lid-Staat. Dit is echter niet het geval. De richtlijn met haar bijlagen geeft een uitputtende regeling, hetgeen betekent dat de Lid-Staat geen vrijheid meer heeft het begrip 'voldoende groot' in te vullen met nadere eisen. Immers een slachter die een ruimte heeft, welke op zichzelf als 'voldoende groot' moet worden aangemerkt maar die kleiner is dan de nationale eisen, kan zijn recht tot erkenning rechtstreeks ontlenen aan de richtlijn, juist omdat deze voorziet in een vage norm. Omzetting van de voorschriften in het nationale recht kon dus alleen gebeuren door ofwel het begrip 'voldoende groot' in de nationale regeling over te nemen (hetgeen dan formeel een juiste implementatie is, maar materieel levert dat natuurlijk niets op), ofwel door bij de erkenning deze vage norm rechtstreeks toe te passen (met een eventuele verwijzing naar de bijlage in de nationale regeling).

Niettemin is het op grond van de algemene beginselen voor behoorlijk bestuur wel nodig dat aan de werkwijze bij de erkenningen gebaseerd op deze vage norm,

---

88 Zie T. Heukels, a.w. noot 86, NTB 93/1, p. 71; V.J.J.M. Bekkers, J.M. Bonnes, A.J.C. de Moor-van Vugt, W.J.M. Voermans, a.w. 1993, p. 104.

89 Stb. 1994, 12.

90 Pb. 1991 L 268, de richtlijn behelst een wijziging van Rl. 64/433 (Pb. 1964 L 121).

invulling wordt gegeven. Dit kàn alleen door het voeren van een erkenningenbeleid, bij voorkeur vastgelegd in een beleidsregel. Sterker nog, ter bereiking van het volle effect van het gemeenschapsrecht kan verdedigd worden dat een nationaal erkenningenbeleid gevoerd moet worden, omdat een individuele beoordeling van de slachthuizen jaren zou kunnen gaan duren. Voor dat erkenningenbeleid kunnen op zichzelf de eisen die nu in het Besluit staan gehanteerd worden; deze kunnen worden vastgelegd in een beleidsregel, hetgeen de rechtszekerheid bevordert. In een concreet geval zal, gezien de vage norm van 'voldoende groot', moeten worden bekeken of een afwijking van die eisen gerechtvaardigd is. Kortom, soms is de inherente afwijkingsbevoegdheid noodzakelijk om een richtlijn effectief uit te kunnen voeren.

De vraag of een beleidsregel een adequaat implementatiemiddel is, is dus met de bestaande jurisprudentie nog niet definitief beantwoord. In beginsel is de Lid-Staat verplicht wettelijke maatregelen te gebruiken, als het gaat om bepalingen waar de burgers rechten aan kunnen ontlenen, dan wel die hem verplichtingen opleggen. Dit kan echter anders zijn wanneer het gaat om richtlijnen die vage normen bevatten, die in verband met de uitputtendheid van de richtlijn, niet mogen worden ingevuld met nadere eisen.[91] Omwille van de eisen van rechtszekerheid en rechtsgelijkheid kan in dergelijke gevallen het echter wel noodzakelijk zijn ter toepassing van die vage norm een beleidsregel vast te stellen. Dat hierbij juist een beleidsregel is vereist, omdat er van kan worden afgeweken in een individueel geval, maakt de verwarring des te groter.

Ook andere implementatiemethoden, bijvoorbeeld door middel van zelfregulering van belangenorganisaties zijn door het Hof aan banden gelegd. Zelfregulering wordt in beginsel niet als gewenst middel voor implementatie gezien, tenzij aan een aantal voorwaarden, zoals toepasselijkheid op alle betrokkenen, verbindende kracht van de regeling, en de mogelijkheid tegen de regeling op te komen wordt voldaan.[92]

Door al deze verplichtingen en impliciete keuzen, opgelegd en gemaakt door de Gemeenschap, is het 'recht' van de Lid-Staten richtlijnen om te zetten in nationale wetgeving verworden tot een dure plicht. Lid-Staten mogen bij die omzetting bijzonder weinig: bij zeer gedetailleerde richtlijnen is de omzetting een kwestie van overschrijven geworden, in andere gevallen wordt de omzetting nogal eens een moeizame exercitie om de verschillende systemen van wetgeving op elkaar te laten aansluiten. Bij dit alles staat de Lid-Staat onder een forse tijdsdruk, omdat de implementatie tijdig moet gebeuren. Gebeurt dit niet dan schendt de Lid-Staat niet alleen het gemeenschapsrecht, maar loopt hij ook het

---

91 Extra probleem is dat niet altijd duidelijk is of er sprake is van uitputtende harmonisatie. De richtlijn zelf geeft dat meestal niet aan, hetgeen betekent dat het kwartje twee kanten op kan vallen. Ter illustratie zie o.m. zaak C-285/92, Coöperatieve Zuivelindustrie Twee Provinciën WA, 17 november 1993, Jur. 1993, nng.

92 E. Steyger, European Community Law and the Self-Regulatory Capacity of Society, Journal of Common Market Studies 1993, Vol. 31, 2, p. 171-190; specifiek over collectieve arbeidsovereenkomsten: A. Adinolfi, The Implementation of Social Policy-Directives through Collective Agreements, Common Market Law Review 1988, p. 291.

risico van schadeplichtigheid[93] en kan hij, indien een richtlijn directe werking heeft, verplicht zijn de richtlijn zelf rechtstreeks toe te passen als rechten die burgers aan de richtlijn ontlenen in het geding zijn.[94]

Omdat de inhoud van de richtlijn ingepast moet worden in het nationale rechtssysteem, is de overheid bij de implementatie in beginsel onderworpen aan alle procedures die voor de nationale wetgeving ook gelden. Dit impliceert dat indien een richtlijn geïmplementeerd wordt door middel van een formele wet, de gewone parlementaire procedures van toepassing zijn. Wordt een richtlijn geïmplementeerd door een algemene maatregel van bestuur, dan moet in elk geval advies van de Raad van State worden ingewonnen, en is in sommige gevallen een voorhangprocedure verplicht.[95] De Awb verkortte die nationale wetgevingsprocedure door de andere wettelijke adviesverplichtingen en de gewone voorhangprocedure af te schaffen voor zover het bewuste besluit uitsluitend strekt tot uitvoering van een bindend besluit van de Europese Gemeenschap.[96] Daarmee is echter nog niet gezegd of die bepaling ook geldt indien er meer gedaan wordt dan het enkele implementeren. Daarnaast stelt Temmink de vraag aan de orde of deze bepaling ook geldt indien de richtlijn die wordt geïmplementeerd een minimumrichtlijn is, terwijl de nationale regeling (op zichzelf toegestane) verdergaande voorschriften bevat.[97]

Een soortgelijk probleem doet zich overigens voor in artikel 21.6, zevende lid, van de Wet Milieubeheer,[98] waarin wordt voorgeschreven dat hetgeen ingevolge die wet bij algemene maatregel van bestuur kan worden geregeld, bij ministeriële regeling moet worden geregeld indien de regels uitsluitend strekken ter uitvoering van een verdrag of een besluit van een volkenrechtelijke organisatie (dus ook een richtlijn). Dit is alleen anders indien voor die uitvoering de wijziging van een a.m.v.b. noodzakelijk is.

In beide gevallen zit het probleem in het woordje 'uitsluitend'.[99] Verdergaande maatregelen dan hetgeen de richtlijn voorschrijft, strekken tot iets meer dan uitsluitend tot uitvoering van een bindend besluit van de Gemeenschap. Niettemin zou ik ook in die gevallen toepassing van titel 1.2 Awb, dan wel artikel 21.6, zevende lid, van de Wet milieubeheer verdedigen. Zeker voor de Awb geldt dat twee verschillende wetgevingsprocedures bepaald niet overeenstemmen met de geest van die wet. Voor de adviesverplichtingen is dit probleem inmiddels opgelost door de inwerkingtreding van de Wet afschaffing adviesverplichtin-

---

93 Gev. zaken C-6/90 en C-9/90, Francovich en Bonifaci vs. Italië, Jur. 1991, p. I-5357.

94 E. Steyger, a.w. noot 7, Aldershot 1995, p. 93-96.

95 Artikel 1:8 Awb zondert voorhangprocedures niet uit indien sprake is van voorwaardelijke delegatie (tweede lid, onder a).

96 Titel 1.2 Awb (uitvoering van bindende besluiten van organen van de Europese Gemeenschappen).

97 H.A.G. Temmink, Minimumnormen in EG-richtlijnen, SEW 1995, p. 90.

98 Wet van 13 juni 1979, Stb. 442, zoals deze laatstelijk is gewijzigd bij de wet van 10 juni 1994, Stb. 331.

99 Zie ook artikel 7a Bekendmakingswet, Stb. 1995, 250.

gen,[100] voor de gewone voorhangprocedures blijft de vraagstelling vooralsnog relevant.

Het probleem van de tijdsdruk kan deels worden opgelost door voor de implementatie van specifieke richtlijnen, delegatiebepalingen op te nemen in kaderwetten. In veel gevallen is dit al gebeurd, veel wetten kennen een specifieke delegatiebepaling voor besluiten die implementatie van EG-richtlijnen beogen. Desondanks bieden delegatiebepalingen niet altijd de oplossing. Met name indien richtlijnen nieuwe verplichtingen opleggen (bijvoorbeeld het introduceren van heffingen) is in beginsel wetswijziging nodig, hetgeen de kans dat een richtlijn op tijd wordt geïmplementeerd aanmerkelijk verkleint.

De vraag hoe een richtlijn, waarvan de implementatietermijn overschreden is, moet worden geïmplementeerd is een leerstuk op zichzelf. De meest eenvoudige stelling is dat aan de wettelijke regeling welke een richtlijn te laat implementeert, terugwerkende kracht moet worden toegekend. Dit moet in elk geval, indien burgers ten opzichte van de overheid aan de richtlijn rechten kunnen ontlenen.[101] Ingewikkelder wordt het wanneer richtlijnen de Lid-Staten verplichten hun burgers verplichtingen op te leggen.[102] Het kan in elk geval niet zo zijn dat strafsancties (welke staan op die verplichtingen) terugwerkende kracht hebben, in verband met het verbod van terugwerkende kracht ten nadele van de burger.[103] Maar ook indien de strafsancties geen terugwerkende kracht verkrijgen, dan nog is het problematisch om verplichtingen die door middel van het privaatrecht kunnen worden gehandhaafd met terugwerkende kracht op te leggen. Door een implementatieregeling, die particulieren verplichtingen oplegt ten opzichte van andere particulieren terugwerkende kracht te verlenen, en waarover dus nakoming gevorderd kan worden, verleent de nationale wetgever immers horizontale werking aan een richtlijn over een periode dat er geen nationale wetgeving ten aanzien van de richtlijnmaterie was. Het is vaste jurisprudentie dat richtlijnen uit zichzelf geen verplichtingen voor particulieren in het leven kunnen roepen, met andere woorden dat zij geen horizontale werking hebben.[104] Het zou merkwaardig zijn als de nationale wetgever (terwijl deze nalatig is) zijn burgers meer zou kunnen belasten door de implementatie van een communautaire regeling, dan de Gemeenschap kan met een richtlijn die van hogere orde is.[105]

---

100 Stb. 1994, 355, in werking getreden op 26 juli 1995.

101 Zie o.m. 384/85, Clarke vs. Chief Adjudication Officer, Jur. 1987, p. 2865; zaak 80/87, Dik vs. College van B en W gemeente Arnhem, Jur. 1988, p. 1601.

102 Zie ook, T. Heukels, Intertemporales Gemeinschaftsrecht, Baden-Baden 1990, p. 311-312.

103 Zaak 63/83, Kent Kirk, Jur. 1984, p. 2689.

104 Zaak 152/84, Marshall vs. Southampton and South West Hampshire Area Health Authority, Jur. 1986, p. 723; zaak C-91/92, Paola Faccini Dori vs. Recreb Srl., Jur. 1994, p. I-3325.

105 Prechal, Directives in European Community Law, Oxford 1995, p. 35, signaleert het probleem van de richtlijn die verplichtingen voor particulieren in het leven roept wel, maar trekt daaruit alleen de conclusie dat het Hof de balans tussen de eis van tijdige omzetting en de bescherming van particulieren zal moeten vinden.

3.2.3 *Uitvoering van beschikkingen*

De term beschikking in het gemeenschapsrecht heeft meer betekenissen dan dezelfde term in het Nederlandse bestuursrecht. Waar een beschikking in het Nederlandse recht altijd een beslissing van een bestuursorgaan in een individueel geval betekent, is dat slechts één van de betekenissen die er in het gemeenschapsrecht aan gehecht wordt. Beschikkingen in deze zin worden in het gemeenschapsrecht ten opzichte van particulieren gegeven ter uitvoering van de zelfstandige bestuurstaak van de Commissie, bijvoorbeeld in het kader van het mededingingsbeleid, of in het kader van de afgeleide bestuurstaak, op grond van de door de Raad toegekende bevoegdheden. Daarnaast kunnen beschikkingen in het gemeenschapsrecht gericht zijn tot de Lid-Staat. Afhankelijk van de inhoud van dergelijke beschikkingen betreffen deze een concreet geval, zoals beschikkingen in het kader van het steunbeleid, of hebben zij een meer algemeen karakter. De laatste soort wordt meestal vastgesteld ter uitvoering van richtlijnbepalingen en hebben het karakter van een uitvoeringsregeling.[106]

Beschikkingen gericht tot de Lid-Staat die een concreet geval betreffen moeten door de Lid-Staat loyaal worden uitgevoerd ten opzichte van de justitiabele die het betreft. In beginsel mogen bepalingen van nationaal recht niet aan die uitvoering in de weg staan, ook niet als die nationale bepalingen gebruikt worden ter uitvoering van de beschikking.[107] De enige grond voor niet-uitvoering van een beschikking welke een particulier treft, is dat de Lid-Staat in de volstrekte onmogelijkheid verkeert de beschikking correct uit te voeren. Daarbij moet de Lid-Staat de omstandigheden die deze volstrekte onmogelijkheid veroorzaken aan de Commissie voorleggen, tezamen met een voorstel voor passende wijzigingen van de beschikking.[108] Wat voor soort omstandigheden dat zijn is in de jurisprudentie nog niet volledig beslist. Het gewettigd vertrouwen in de rechtmatigheid van het handelen van de nationale overheid waartegen een beschikking is gericht,[109] is volgens het Hof op zichzelf niet voldoende[110] om tot de onmoge-

---

106 Zie bijvoorbeeld Beschikking van de Commissie 94/70/EG van 31 januari 1994 tot vaststelling van een voorlopige lijst van derde landen waaruit de Lid-Staten de invoer van rauwe melk, warmtebehandelde melk en produkten op basis van melk toestaan (Pb. 1994 L 36/5) welke vastgesteld werd ter uitvoering van Richtlijn 92/46, Pb. 1992 L 268.

107 Zaak C-303/88, Italië vs. Commissie (ENI-Lanerossi), Jur. 1991, I-1433; zie ook zaak C-305/89, Italië vs. Commissie (Alfa-Romeo), Jur. 1991, p. 1603, betreffende terugvordering van steun.

108 Dit geldt als het gaat om terugvordering van steun, vermoedelijk de meest belastende beschikking die de Commissie kan geven: zaak 52/84, Commissie vs. België, Jur. 1986, p. 89; zie ook C-349/93, Commissie vs. Italië, van 23 februari 1995, Jur. 1995, nng.

109 Zaak C-5/89, Commissie vs. Duitsland (BUG-Alutechnik), Jur. 1990, p. I-3437; zie ook zaak T-459/93, Siemens S.A. vs. Commissie, 8 juni 1995, Jur. 1995, nng.

110 Wanneer het nationale recht zelf voorziet in het rekening houden met gewettigd vertrouwen, dan kan dit ook ingeval een handeling van de nationale overheid ter uitvoering van een beschikking in het geding is een rol spelen. Het moet dan wel gaan om uitzonderlijke omstandigheden, zaak 205-215/82, Deutsche Milchkontor vs. Bondsrepubliek, Jur. 1983, p. 2633

lijkheid de beschikking correct uit te voeren te leiden. Dit geldt ook voor het eventueel schenden van het rechtszekerheidsbeginsel door de nationale overheid.[111]

Ook het feit dat de geldigheid van een beschikking in het geding is, is geen reden tot niet uitvoering; onregelmatigheden bij de uitvoering van de beschikking door de nationale overheid tasten bovendien de geldigheid van een beschikking niet aan.[112]

Beschikkingen met het karakter van een uitvoeringsregeling moeten door de Lid-Staten geïmplementeerd worden.[113] Zij leiden in het nationale recht tot besluiten van algemene strekking en soms tot algemeen verbindende voorschriften. De implementatie van beschikkingen vereist een specifieke wetgevingstechniek. In het algemeen kennen beschikkingen, in tegenstelling tot richtlijnen geen implementatietermijn. De nationale wetgever doet er dan ook verstandig aan in zijn wetgeving een algemene doorwerkingsbepaling voor communautaire beschikkingen op te nemen;[114] doordat de termijn van inwerkingtreding bij de meeste beschikkingen buitengewoon kort bemeten is (meestal is dat het moment van publikatie) is er in het algemeen geen tijd om nog een expliciete regeling te maken.

Het gevolg van die korte inwerkingtredingstermijn is dat Lid-Staten bij de implementatie geen overgangstermijn kunnen creëren, tenzij de beschikking daar zelf in voorziet. Zij moeten dientengevolge de justitiabelen nogal eens voor het blok zetten voor wat betreft de werking van een beschikking. Dit is des te onaangenamer, zowel voor de Lid-Staat als voor eventuele door de beschikking getroffen burgers, als de geldigheid van de beschikking ter discussie staat. Evenals bij richtlijnen en verordeningen is mogelijke ongeldigheid geen excuus voor de Lid-Staat om de beschikking niet uit te voeren. Wel kan op de ongeldigheid van de beschikking door justitiabelen een beroep worden gedaan indien, op basis van de implementatieregeling, door een Nederlands bestuursorgaan ten opzichte van hen een beschikking wordt gegeven. In dat geval zal de Nederlandse rechter een prejudiciële vraag aan het Hof dienen te stellen.

De nationale rechter, oordelend in een voorlopige voorzieningsprocedure kan, zoals hierboven al is gesteld, indien ernstige twijfels bestaan aan de geldigheid van de beschikking en een spoedeisend belang dit vereist de werking van de beschikking opschorten.[115] Deze mogelijkheid moet overigens wel gezien worden als laatste redmiddel, omdat het niet alleen het nadeel heeft van onhelderheid in toepassing van het gemeenschapsrecht, maar ook kan leiden tot 'shopping' bij

---

111 Zaken C-278/92, C-279/92 en C-280/92, Spanje vs. Commissie, Jur. 1994, I-1403.

112 Gev. zaken 97/87, 98/87 en 99/87, Dow Chemical Iberia vs. Commissie, Jur. 1989, p. 3165.

113 Zaak C-359/92, Duitsland vs. Raad, Jur. 1994, I-3681.

114 Zie bijvoorbeeld de artikelen 2 en 7, tweede lid van de Warenwetregeling gezondheidscontroles levensmiddelen van dierlijke oorsprong, waarin Beschikking 93/19 (vaststelling van procedures voor de veterinaire controles in de inspectieposten aan de grens van de Gemeenschap bij het binnenbrengen van produkten uit derde landen) met een dynamische verwijzing in zijn geheel geïmplementeerd wordt.

115 Zie hoofdstuk 2, paragraaf 2.2.

de nationale autoriteiten van de verschillende Lid-Staten, al naar gelang nationale rechters geneigd zijn om gebruik te maken van deze mogelijkheid. Dit gevaar doet zich met name voor bij de grenscontroles van levensmiddelen uit derde landen, die immers bij meer dan één Lid-Staat aan de buitengrens kunnen worden aangeboden.

3.2.4 Communautaire beleidsregels

Tenslotte is er de vraag in hoeverre Lid-Staten gehouden zijn communautaire beleidsregels uit te voeren. De Gemeenschap kent verschillende soorten beleidsregels,[116] die meestal bestaan onder benamingen als richtsnoeren, circulaires of mededelingen.[117] De mate van verbindendheid van deze beleidsregels voor de Lid-Staten hangt af van het kader waarin zij tot stand gekomen zijn.

Om te beginnen bestaat er de interpretatieve mededeling van de Commissie. Interpretatieve mededelingen worden meestal gedaan om aan te geven welke beleidslijn de Commissie zal hanteren als 'hoedster van het gemeenschapsrecht' ten opzichte van de Lid-Staten. Zulke mededelingen komen nogal eens tot stand na grensverleggende arresten van het Hof van Justitie.[118]

Interpretatieve mededelingen binden de Lid-Staten niet, hoewel de imperatieve tekst die ze bevatten wel eens anders doet vermoeden. In een Mededeling[119] omtrent de toepassing van notificatierichtlijn 83/189[120] stelt de Commissie bijvoorbeeld dat nationale wetgeving die tot stand gekomen is, zonder dat aan de notificatieverplichtingen volgend uit bovengenoemde richtlijn is voldaan, ongeldig is en daarom niet mag worden toegepast. Volgens de mededeling is de wettelijke regeling, die de nieuwe niet aangemelde regeling beoogde te vervangen, de nationaal geldende wettelijke regeling.[121] Dit standpunt, dat om te beginnen onjuist is,[122] doet wel wat meer dan uitsluitend een eigen gedragslijn

---

116 R.H. Lauwaars, a.w. noot 22, NTB 93/1, p. 18 t/m 25.

117 Formele besluiten van de gemeenschap met een wat onduidelijke rechtskracht, zoals resoluties en gemeenschappelijke verklaringen wil ik hier buiten beschouwing laten. Zie hierover K. Wellens en G. Borchardt, Soft Law in het Gemeenschapsrecht, SEW 1987, p. 663-727; K.J.M. Mortelmans, De rechtsbescherming bij pseudowetgeving in het Europees Economisch recht, SEW 1979, p. 16-30.

118 Zoals de Mededeling van de Commissie van 3 oktober 1980 over de gevolgen van het arrest Cassis de Dijon (Pb. 1980 C 256), de Mededeling van 24 oktober 1989 betreffende het vrije verkeer van levensmiddelen in de Gemeenschap n.a.v. het arrest Reinheitsgebot (Pb. 1989 C 271), de Mededeling van 22 december 1981 inzake de parallel-import van farmaceutische specialiteiten n.a.v. het arrest De Peijper (Pb. 1982 C 115).

119 Mededeling van de Commissie, 86/C245/05, Pb. 1986 C 1/245.

120 Richtlijn 83/189, betreffende notificatie van technische voorschriften, Pb. 1983 L 109.

121 Zie hierover o.m. de zaken CBB, 30 januari 1991, nr. 89/1357/90/195, AB 1992, 8; zaak 380/87, Enichem Base c.s. vs. Commune di Cinisello Balsamo, Jur, 1989, p. 2491; zaak 194/94, SA C.I.A. Security International vs. SA Signalson SPRL Securitel, nog niet gewezen; en de conclusie van A-G van Gerven in gev. zaken C-52/93 en C-61/93, Commissie vs. Nederland, Jur. 1994, nng.

122 Zie mijn betoog in Europe and its Members, a.w. noot 7, p. 16-18.

van de Commissie aangeven; het suggereert een vergaande interventie in het recht van de Lid-Staten. Die interventie berust echter niet op enige aan de Gemeenschap toegekende bevoegdheid en kan dus ook door de Lid-Staten geheel genegeerd worden.

In hoeverre interpretatieve mededelingen de Commissie, als hoedster van het verdrag, zelf binden, kan men zich afvragen. Ze roepen in elk geval geen verplichting voor de Commissie in het leven infractieprocedures ten opzichte van de Lid-Staten te starten wegens schendingen van het EG-verdrag. Het starten van een infractieprocedure is een volledig discretionaire bevoegdheid (in EG-jargon: een niet-verplichte handeling) van de Commissie. Evenmin kunnen particulieren die door een handeling van een Lid-Staat welke in strijd is met het EG-verdrag, een beroep doen op het vertrouwensbeginsel, indien de Commissie in een procedure een afwijkende gedragslijn volgt of standpunt inneemt, enkel omdat over dat specifieke verdragsartikel (of over de toepassing van een richtlijn) een interpretatieve mededeling bestaat.[123]

Naast de interpretatieve mededeling is er de beleidsregel die regels geeft over de uitoefening van een discretionaire bevoegdheid van de gemeenschapsinstelling (meestal de Commissie) zelf. Deze beleidsregels komen met name voor op die gebieden waar de instellingen bestuurstaken verrichten, zoals op het gebied van de mededinging, de douane-unie en de ontsnappingsclausules.

De meest omvangrijke zelfstandige bestuurstaak verrichten de instellingen echter ten opzichte van hun eigen ambtenaren en uit die hoek komt dan ook de meeste jurisprudentie omtrent communautaire beleidsregels. In deze rechtspraak is een aantal elementen te vinden, die ook in het Nederlandse recht niet onbekend zijn: beleidsregels zijn gedragsregels voor de administratie en binden in beginsel geen derden, ze mogen niet derogeren aan de regeling waaraan de bestuursbevoegdheid is ontleend,[124] er bestaat een inherente afwijkingsbevoegdheid,[125] afwijkingen dienen gemotiveerd te worden[126] en objectief gerechtvaardigd te zijn.[127]

Ten aanzien van de bestuursbevoegdheid die extern is gericht, is het vooral de Commissie die beleidsregels uitvaardigt. Deze beleidsregels dienen ter verduidelijking van de toepassing van bepaalde delen van het gemeenschapsrecht (met name op het gebied van de artikelen 85 en 86 en ook het procedurele kartelrecht en het beleid op het gebied van staatssteun).[128] Zij indiceren hoe de Commissie denkt haar bevoegdheden te gaan gebruiken. Op deze beleidsregels kan wel een beroep worden gedaan door particulieren, aangezien zij de communautaire admi-

---

123 Lauwaars a.w. noot 22, NTB 93/1, p. 24, constateert dat de Commissie mogelijk wel gebonden kan zijn o.g.v. de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, maar maakt bij die conclusie geen onderscheid tussen de verschillende soorten beleidsregels.

124 Zaak 280/85, Mouzourakis, Jur. 1987, p. 589.

125 Zaak 46/71 Brandau, Jur. 1972, p. 373.

126 Zaak 148/73, Louwage, Jur. 1974, p. 81.

127 Zaak 280/85, Mouzourakis, Jur. 1987, p. 589.

128 Zie voor voorbeelden Lauwaars a.w. noot 22, NTB 93/1, p. 20-21.

nistratie kunnen binden via de, voor het gemeenschapsrecht geldende, algemene beginselen van behoorlijk bestuur.[129]

Dit soort beleidsregels kunnen de Lid-Staten wel binden. Deze gebondenheid vloeit niet voort uit de beleidsregel zelf maar uit de beschikkingsbevoegdheid van de Commissie. Waar de Commissie beschikkingsbevoegdheid heeft, is deze door de Lid-Staten aan de Gemeenschap overgedragen. Dit betekent dat hen op dat gebied geen beslissingsbevoegdheid meer toekomt. Wanneer de Commissie op grond van het EG-verdrag (of een regel van secundair recht) de uitsluitende bevoegdheid toekomt beschikkingen te nemen, uiteraard met inachtneming van de op basis van het verdrag, of de secundaire regeling gestelde regels, moet worden aangenomen dat een Lid-Staat ten aanzien van beslissingen omtrent datzelfde onderwerp voor zover ze binnen het kader van het EG-verdrag vallen, gebonden is aan de wijze waarop de Commissie haar bevoegdheid gebruikt.[130]

Deze situatie doet zich met name voor waar het steunmaatregelen betreft. Immers op dat gebied hebben Lid-Staten een beschikkingsbevoegdheid met betrekking tot het toekennen van steun, binnen het kader dat de Commissie daarvoor biedt. De beoordeling of, en in hoeverre, een steunmaatregel geoorloofd is valt binnen de uitsluitende competentie van de Commissie. Lid-Staten kunnen niet anders beslissen over de steunmaatregel dan binnen dat kader.

Als de Commissie de wijze waarop zij haar bevoegdheden wil hanteren kenbaar maakt door middel van een beleidsregel, is die beleidsregel niet anders dan een (de Commissie bindende) indicatie van de invulling van die bevoegdheid. De beleidsregel biedt de Lid-Staat de mogelijkheid te anticiperen op eventuele beslissingen van de Commissie, beslissingen waaraan de Lid-Staat uiteindelijk toch gebonden is. In die zin worden Lid-Staten door een beleidsregel wel gebonden.

3.2.5 De keuze van de communautaire instrumenten

De rol van de nationale overheid bij het uitvoeren bij de verschillende communautaire regelingen verschilt nogal. Het uitvoeren van richtlijnen, vloeit direct voort uit artikel 189 EG-verdrag; in Nederland zouden we dit kwalificeren als een geattribueerde bevoegdheid. Uitvoering van verordeningen door de Lid-Staten kan in het algemeen gekenschetst worden uit uitvoering in delegatie.[131]

---

129 Gev. zaken 40, tot 48, 50, 54 tot 56, 111, 113 en 114/73, Suiker Unie vs. Commissie, Jur. 1975, p. 1663; zie ook gev. zaken 253/78 en 1-3/79, Procureur van de Republiek vs. B. Giry en Guerlain SA et al, Jur. 1980, p. 2327, waarin het Hof verklaart dat een brief gebaseerd op een beleidsregel, moet worden gezien als een feitelijk gegeven waarmee rekening gehouden kan worden bij het onderzoek naar de vraag of overeenkomsten in overeenstemming zijn met artikel 85 EG-verdrag.

130 Zie ook gev. zaken C-48/90 en C-66/90, PTT vs. Commissie, Jur. 1992, p. I-565; zie ook Afd. Rp Rvs, 1 november 1994, AB 1995, 437.

131 Er zijn uitzonderingen. In Vo. 2648/93 (Pb. 1993 L 243) houdende bepalingen ter uitvoering van Vo. 2187/93 (Pb. 1993 L 196) inzake het vergoedingsvoorstel voor

Typering van de uitvoering van beschikkingen is wat moeilijker, doordat de communautaire beschikking zelf meer vormen heeft. Niettemin, de uitvoering van een beschikking heeft soms wel iets weg van een mandaatsconstructie, bijvoorbeeld wanneer op grond van een communautaire beschikking de nationale autoriteiten, zonder enige beleidsvrijheid (direct doorwerkende) communautaire normen dienen toe te passen.

Deze formele typeringen lijken overigens aan belang te verliezen, nu de Gemeenschap zelf weinig beleid lijkt te voeren ten aanzien van de instrumentkeuze voor regelgeving. In het algemeen kan niet gezegd worden dat richtlijnen qua detaillering en beleidsruimte voor de Lid-Staten veel verschillen van verordeningen. Vaak is het enige verschil het kopje dat boven het besluit staat.

Dit kan, het bleek hierboven al, problemen opleveren voor de uitvoering van de verschillende soorten regelingen. Een verordening, die onduidelijke, ruim geformuleerde bepalingen bevat, mag toch niet worden omgezet of aangevuld.[132] Dit kan ertoe leiden dat de Lid-Staat verplicht wordt feiten strafbaar te stellen, waarvan niet eens duidelijk is, wát er nu strafbaar gesteld wordt. Tegelijkertijd bestaan er richtlijnen waarbij de omzetting beperkt is tot overschrijven en beleidsruimte (laat staan keuze van vorm en middelen) illusoir is. Voor een deel is dit onontkoombaar, omdat het EG-verdrag niet in alle rechtsgrondslagen de keuze tussen verordeningen en richtlijnen openlaat. Niettemin zou het, waar die keuze wel mogelijk is, goed zijn als de Gemeenschap zelf een beleid ontwikkelde voor welke gevallen gebruik wordt gemaakt van verordeningen, en voor welke gevallen van richtlijnen.

3.3 Het effect van in de jurisprudentie ontwikkelde concepten op het nationale bestuursrecht bij uitoefening van de eigen taken van de overheid

Het lijkt (zeker na lezing van stukken als hierboven) soms anders, maar de nationale overheid houdt zich nog steeds in overwegende mate bezig met het uitvoeren van taken die binnen haar eigen bevoegdhedensfeer vallen en niet binnen die van de Gemeenschap. Uitvoering van secundair communautair recht is slechts een klein deel van de taken van de nationale overheid. Maar ook op de uitoefening van de eigen taken van de nationale overheid oefent het gemeenschapsrecht invloed uit. Deze invloed is voornamelijk te vinden in de grenzen die het gemeenschapsrecht stelt aan het handelen van de nationale overheid binnen de uitoefening van haar eigen bevoegdheden.

Die communautaire kaders voor dit handelen worden gevormd door het

---

bepaalde producenten van melk en zuivelprodukten die een bepaalde tijd hun beroep niet hebben kunnen uitoefenen, wordt de nationale uitvoering gekwalificeerd als uitvoering in mandaat.

132 Dit in tegenstelling tot wat er in Aanwijzing 340 (Aanwijzingen voor de Regelgeving, 1993) staat, namelijk dat omzetting is toegestaan, indien niet-omzetting leidt tot onbegrijpelijk nationaal recht.

EG-verdrag zelf en de wijze waarop de bepalingen uit het verdrag zijn geïnterpreteerd door het Hof van Justitie. Daarnaast heeft het Hof ter verzekering van de volle werking van het gemeenschapsrecht rechtspraak ontwikkeld met betrekking tot procedurele vereisten.

3.3.1 De effecten van het materiële gemeenschapsrecht

Van de materieelrechtelijke bepalingen in het EG-verdrag zijn met name van belang het discriminatieverbod naar nationaliteit en de bepalingen betreffende het vrij verkeer van goederen (artikelen 12 e.v. en 30-36), personen (werknemers, artikel 48 e.v. en vestiging, artikel 52 e.v.) en diensten (artikel 59 e.v.). Deze bepalingen beïnvloeden in eerste instantie het materiële Nederlandse recht (bijvoorbeeld regelingen op het gebied van volksgezondheidseisen aan produkten, of kwaliteitseisen aan dienstverleners) dat niet discriminerend of onnodig belemmerend mag werken ten opzichte van uit anderen Lid-Staten afkomstige goederen, onderdanen of diensten.[133] Niettemin heeft het materiële recht ook direct zijn weerslag op de toepassing van het nationale administratieve recht.

Om te beginnen moet het nationale bestuursrecht zo zijn ingericht en worden toegepast dat discriminatie naar nationaliteit voorkomen wordt. Indien het gaat om het verkeer van goederen en diensten en het recht van vestiging, zijn (eventuele) belemmeringen van het grensoverschrijdend verkeer uit den boze.[134] Dit betekent dat het toekennen van rechten aan burgers, die worden gekoppeld aan criteria als nationaliteit of vestigingsplaats in de eigen Lid-Staat, een betrekkelijk groot risico in zich dragen.

Als case-in-point kan in dit verband worden gewezen op de zaak Cowan.[135] Deze zaak betreft de ruimte die de regelgever nog heeft als het vrij verkeer van diensten in het geding is. Het draaide om een regeling voor schadeloosstelling ingesteld door de Franse overheid voor schade geleden bij geweldsmisdrijven. Wanneer deze misdrijven een lichamelijk letsel met ernstige nawerkingen hebben veroorzaakt, of de schade bestaat in een ernstige vermindering van de kwaliteit van het leven tengevolge van, onder meer, de aantasting van de lichamelijke integriteit, en de gelaedeerde op geen enkele wijze een daadwerkelijke en toereikende vergoeding van de schade kan krijgen, was een beroep op de regeling mogelijk.

Een Britse toerist in Parijs, Ian Cowan, was slachtoffer van een geweldsmisdrijf bij de uitgang van een metrostation, waarbij hij ernstig letsel opliep. Hij deed een beroep op de regeling voor een schadeloosstelling. Deze werd hem gewei-

---

133 Hierop zal ik verder niet ingaan, zie hierover o.m. F. Burrows, Free Movement in European Community Law, Oxford, 1987.

134 Zie in dit verband zaak C-384/94, Alpine Investments BV vs. Minister van Financiën, Jur. 1995, p. 1141, waarin een Nederlands verbod op 'cold calling' (een vorm van colportage) wordt geacht onder artikel 59 EG-verdrag te vallen, ook nu een in Nederland gevestigd bedrijf tegen het verbod opkomt, omdat daarmee potentiële dienstverlening over de grens belemmerd wordt.

135 Zaak 186/87, Ian William Cowan vs. Trésor Public, Jur. 1989, p. 195.

gerd, omdat de regeling de schadeloosstelling alleen toekent aan personen van Franse nationaliteit, aan personen in het bezit van een verblijfskaart, of onderdanen van een land waarmee de Franse staat een wederkerigheidsovereenkomst heeft gesloten. Cowan, als toerist, voldeed niet aan deze criteria.

Het Hof oordeelde deze voorwaarde in strijd met het gemeenschapsrecht. Het Hof was van mening dat Cowan dienstenontvanger in de zin van het EG-verdrag was, omdat hij gebruik maakte van de Parijse metro. Om die reden moest zijn persoonlijke integriteit op dezelfde wijze worden beschermd als die van onderdanen van de Lid-Staat of personen die in die Lid-Staat hun woonplaats hebben. Het enkele feit dat Cowan het recht had zich als dienstenontvanger naar Frankrijk te begeven impliceerde dat het non-discriminatiebeginsel van toepassing was op een schadeloosstelling door de Franse overheid in verband met geweldsmisdrijven, nu ingezetenen zo'n recht was toegekend.

Dit arrest betekent dat bij het stellen van criteria voor de mogelijkheid om een beroep te doen op nationale regelingen zeer voorzichtig te werk moet worden gegaan, vooral indien men de toepassing van de regeling wil beperken tot het Nederlandse grondgebied.

Met name in subsidieregelingen komt het voor dat er voorwaarden gesteld worden aan eventuele subsidieontvangers om in aanmerking te komen voor subsidie. Het wetsvoorstel derde tranche stelt, indien er sprake is van een subsidieplafond, zelfs de bekendmaking van de verdeelsleutel verplicht.[136] Indien die verdeelsleutel materiële criteria bevat, en dus niet alleen maar uitgaat van wie het eerst komt, wie het eerst maalt, zal speciale aandacht aan deze criteria geschonken moeten worden, wil men niet overvallen worden door de verplichting dat zo ongeveer heel Europa gesubsidieerd moet worden.

Een criterium dat in elk geval bijna nooit toelaatbaar is, is een koppeling van een subsidie (of een andere begunstigende regeling) aan de vestigingsplaats in Nederland, terwijl tegelijkertijd Nederlanders woonachtig in het buitenland, aan Nederlandse ingezetenen worden gelijkgesteld.[137] In dat geval is er snel sprake van discriminatie, dan wel belemmering van het dienstenverkeer.

Maar zelfs als er geen sprake is van gelijkstelling van in het buitenland woonachtige onderdanen, kan een koppeling van een regeling aan de vestigingsplaats, zo blijkt uit het Cowan-arrest, al verkeerd uitvallen. Door de ruime uitleg van het begrip dienstenontvanger[138] en de koppeling van het non-discriminatiebeginsel van artikel 6 EG-verdrag aan regelingen welke als accessoir aan het recht

---

136 Artikel 4.2.2.2 Wetsvoorstel derde tranche Awb, TK 1993/1994, 23 700, nr. 1.

137 Zie o.m. in dit verband zaak 293/83, Gravier vs. Stad Luik, Jur. 1985, 1661, waar een nationaliteitseis in verband met collegegelden in strijd werd geacht met het non-discriminatiebeginsel, nu deze niet voor Luxemburgers gold en Belgen woonachtig buiten België behandeld werden als Belgische ingezetenen.

138 In beginsel is iedereen die naar het buitenland reist een dienstenontvanger in de zin van het EG-verdrag, tenzij iemand dit lopend doet, onder een brug slaapt, niet in restaurants (en liever helemaal niet) eet en eigenlijk op geen enkele andere wijze geld uitgeeft in de Lid-Staat waar hij zich bevindt (zie in dit verband zaak C-154/89, Commissie vs. Frankrijk, Jur. 1991, p. I-659, over toeristengidsen en dienstverlening in Frankrijk).

op het ontvangen van diensten kunnen worden aangemerkt, is de vestigingsplaats in begunstigende regelingen een gevaarlijk criterium, tenzij het criterium objectief gerechtvaardigd kan worden.

Naast het criterium van de vestigingsplaats dat in veel nationale wetten te vinden is, kunnen ook andere eisen problematisch zijn in het licht van het discriminatieverbod. Extra eisen met betrekking tot toelating of registratie, gesteld aan produkten of aan niet in Nederland gevestigde personen, zoals een meldingsplicht voor bepaalde activiteiten, kunnen, indien zij niet gerechtvaardigd worden door een dwingend algemeen belang,[139] of indien ze disproportioneel zijn ten opzichte van het te bereiken doel, in strijd komen met de artikelen betreffende de interne markt.[140] Dit op grond van het feit dat ook extra administratieve lasten discriminerend kunnen zijn, of een belemmering kunnen vormen voor het vrij verkeer van goederen het recht van vestiging of het vrij verkeer van diensten.[141]

De Nederlandse wetgeving kent dergelijke bepalingen. Zo bevat de Wet op de beroepen in de individuele gezondheidszorg (Wet BIG) een bepaling[142] dat buitenlandse dienstverleners wier beroep in artikel 3 van die wet geregeld is, ook indien voor de uitoefening van dat specifieke beroep geen harmonisatie heeft plaatsgevonden,[143] het verlenen van diensten eenmalig moeten melden aan de Nederlandse autoriteiten onder overlegging van enkele bescheiden. Deze zijn een diploma en een bewijsstuk waaruit blijkt dat de beroepsbeoefenaar niet uit de bevoegdheid zijn beroep uit te oefenen ontzet is. Ook in besluiten gebaseerd op de Warenwet wordt soms geëist dat, alvorens bepaalde produkten uit andere landen (ook EG-Lid-Staten) in de handel kunnen worden gebracht, de importeurs aantonen dat deze produkten aan eisen voldoen die gelijkgesteld zijn aan de eisen als geformuleerd in die besluiten.[144]

---

139 Omdat er in veel gevallen wel een algemeen belang aanwezig is, staan er in richtlijnen die het terrein reguleren vaak wel dergelijke eisen. In dergelijke gevallen zijn deze eisen wel toegestaan, omdat de kleine inbreuk op het vrije verkeer die daardoor ontstaat uiteindelijk dient ter verwezenlijking van het vrije verkeer.

140 Zie o.m. zaak 174/82, Sandoz, Jur. 1983, p. 2445, waarin het Hof oordeelde dat een verplichting voor een buitenlands bedrijf aan te tonen dat zijn gevitamineerde voedingswaren niet schadelijk waren voor de volksgezondheid, als een disproportionele last voor het bedrijf kwalificeerde, terwijl op zichzelf het tegenhouden van gevitamineerde voedingswaren die in het kader van het volksgezondheidsbelang wel mogelijk was.

141 Zie ook zaak 95/89, Commissie vs. Italië, Jur. 1994, I-4545, aangaande administratieve vereisten in geval van vergunningverlening voor toevoeging bepaalde additieven aan levensmiddelen.

142 Artikel 43 Wet BIG (Stb. 1993, 655).

143 Voor veel in artikel 3 van de Wet BIG genoemde beroepen bestaan richtlijnen, dit is slechts niet het geval voor de psychotherapeut, de fysiotherapeut en de klinisch psycholoog (zie noot 144 infra).

144 O.m. de Warenwetregeling Motor en bromfietshelmen, Stcrt. 1994, 29; het Veiligheidsbesluit nachtkleding, Stb. 1992, 600 (wordt ingetrokken). Deze gelijkstellingsbepaling geldt niet alleen voor geïmporteerde produkten maar ook voor binnenlandse en bevat dus in feite een relativering van de regels als gesteld in de bewuste besluiten. Het effect zal echter zijn dat met name voor geïmporteerde produkten een gelijkstelling moet plaatsvinden.

Het is niet per definitie zo dat dergelijke administratieve lasten in strijd zijn met het EG-verdrag. Of daarvan sprake is hangt af van het beoogde doel en de vraag of de maatregel in dat verband proportioneel is. De meldingsmaatregel in de Wet BIG kan mijns inziens gerechtvaardigd worden geacht op grond van het feit dat de bewuste beroepsbeoefenaren bevoegd zijn voorbehouden (gevaarlijke) handelingen te verrichten en zich als deskundig afficheren om dat te doen. Om die reden kan de ontvangende Lid-Staat het een dwingende reden van algemeen belang achten dat bekend is wie dergelijke handelingen verricht op haar grondgebied. De extra administratieve last die dit meebrengt voor de dienstverleners is niet zo groot dat deze als onevenredig ten opzichte van het beoogde doel (bescherming van patiënten tegen beunhazerij) moet worden aangemerkt.[145]

Hetzelfde kan gelden voor maatregelen die de import van bepaalde produkten afhankelijk stellen van een aanvraag tot gelijkstelling.[146] Het mag echter niet zo zijn dat de extra administratieve last erop neerkomt dat het produkt in feite aan een dubbele toetsing wordt onderworpen,[147] of ingeval het diensten betreft, een verkapte vestigingseis wordt gesteld.[148]

Niettemin moet de Lid-Staat elke keer wanneer zij een dergelijke extra administratieve last wil opleggen, of dit nu aan personen is of ten opzichte van produkten of diensten, afwegen of de last gerechtvaardigd én proportioneel is ten opzichte van het doel van de regeling. Dat wil zeggen dat met een algemeen beleid op dit punt (bijvoorbeeld op het gebied van produkten) niet kan worden volstaan. Men zal het risico per produkt of per dienst moeten bezien.[149] Daarnaast zal, ook indien de maatregel op zichzelf gerechtvaardigd geacht kan worden, elke keer opnieuw bekeken moet worden op welke wijze de specifieke aanvraag moet worden behandeld, zodat dubbele keuringen of dubbele eisen worden vermeden.

Uit bovenstaande voorbeelden blijkt dat het materiële Europese recht, hoewel dit uiteraard primair van invloed op het materiële Nederlandse recht is, ook doorwerking kan opleveren in het nationale bestuursrecht. Dit is het geval wanneer nationale procedurele eisen en criteria, hoewel neutraal geformuleerd,

---

145 Dit spreekt te meer nu de bijzondere richtlijnen op het gebied van erkenning van diploma's van artsen, verpleegkundigen, tandartsen, verloskundigen, en apothekers het toelaat dat de Lid-Staat in haar wetgeving dienstverleners verplicht elke afzonderlijke dienstverlening te melden onder overlegging van genoemde bewijsstukken (artikel 17 Rl. 93/16, Pb. 1993 L 165; artikel 6 Rl. 77/452, Pb. 1977 L 176; artikel 15 Rl. 78/686, Pb. 1978 L 233; artikel 13 Rl. 80/154, Pb. 1980 L 33; artikel 8 Rl. 85/433, Pb 1985 L 253).

146 Zie zaak 247/84, Ministère Public vs. Leon Motte, Jur. 1985, p. 3887 inzake de toevoeging van kleurstoffen aan levensmiddelen; zie ook de nog lopende zaak C-293/94, Openbaar Ministerie vs. Jacqueline Brandsma inzake bestrijdingsmiddelen voor niet-landbouwkundig gebruik.

147 Zie o.m. zaak 272/80, Frans-Nederlandse Maatschappij voor Biologische produkten NV, Jur. 1981, p. 3277; zaak 54/85, Mirepoix, Jur, 1986, p. 1076.

148 Zaak 29/82, Van Luijpen, Jur. 1993, p. 151; zaak 205/84, Commissie vs. Duitsland, Jur. 1986, p. 3755. r.o. 52; zaak C-76/90, Säger vs. Dennemayer & Co. Ltd., Jur. 1991, p. I-4221, r.o. 13.

149 Zaak 188/84, Commissie vs. Frankrijk (houtbewerkingsmachines), Jur. 1986, p. 419; zaak 304/84, Ministère Public vs. Claude Muller, Jur. 1986, p. 1511.

tot effect hebben dat impliciet produkten, personen of diensten nadeliger behandeld worden dan Nederlandse produkten, personen of diensten. Met name bij de uitwerking van criteria waaraan subsidieverlening wordt verbonden, zoals vereist in de subsidie-titel van de Awb zal met het materiële Europese recht rekening gehouden moeten worden. Daarbij is met name een koppeling aan de vestigingsplaats van aanvragers een criterium dat altijd zorgvuldig getoetst en gewogen moet worden op effect en noodzaak.

3.3.2 De jurisprudentie betreffende het 'volle effect' van het gemeenschapsrecht

De hoeveelheid en intensiteit van de rechtspraak waarin het Hof eisen aan het recht van de Lid-Staten stelt om het 'volle effect' van het gemeenschapsrecht te waarborgen, neemt nog steeds toe. Deze jurisprudentie heeft zowel zijn effect op concepten in het privaatrecht,[150] als op het bestuursrecht. Omwille van de ruimte zal ik mij tot dit laatste beperken, hoewel de jurisprudentie die gewezen wordt ten aanzien van het privaatrecht ook zijn repercussies kan hebben voor het bestuursrecht.

De jurisprudentie omtrent het 'volle effect' vloeit in het algemeen voort uit de verplichting het recht gemeenschapsrechtconform te interpreteren. Hoewel de interpretatieverplichting door het Hof uiteraard aan nationale rechters wordt opgelegd, impliceert deze voor de nationale overheid een verplichting het nationale recht gemeenschapsrechtconform toe te passen, zelfs indien dit betekent dat in strijd gehandeld moet worden met het nationale recht.

Op het gebied van het procesrecht heeft de jurisprudentie van het Hof met name consequenties voor de mogelijkheden in beroep te komen. In Johnston vs. Royal Ulster Constabulary[151] werd een bepaling in de Sex Discrimination Order in strijd met Rl. 76/207 geacht. Die bepaling voorzag erin dat geen van de in die wet opgenomen bepalingen een handeling, verricht ter bescherming van de nationale veiligheid of de openbare orde, onwettig kon maken, terwijl een verklaring van de Secretary of State dat de handeling om bovengenoemde redenen was verricht als definitief bewijs gold. Dit, omdat de combinatie van beide bepalingen de appellante materieel van een beroepsgang beroofde. Nu Rl. 76/207 expliciet bepaalde dat beroep mogelijk moest zijn, kon het afsluiten op deze wijze van een eventueel beroep niet door de beugel.

In de zaak Heylens[152] werd dit vereiste van een effectieve beroepsgang uitgebreid tot alle gevallen waarin de nationale overheid particulieren geen rechten toekent, welke hij op grond van het verdrag zou kunnen genieten.

Voor de nationale overheid impliceert deze rechtspraak dat, in alle gevallen waarin rechten aan het gemeenschapsrecht kunnen worden ontleend, of het nu

---

150 L.A.D. Keus, Europees privaatrecht, een bonte lappendeken, in Pre-adviezen voor de vereniging voor Burgerlijk recht en de Nederlandse vereniging voor Europees recht, Lelystad 1993.

151 Zaak 222/84, Marguerite Johnston vs. Royal Ulster Constabulary, Jur. 1986, p. 1651.

152 Zaak 222/86, Heylens, Jur. 1987, p. 4097.

gaat om uitvoering van secundaire wetgeving of direct aan het verdrag ontleende rechten, er in elk geval de mogelijkheid van beroep op de rechter open moet staan. Dit geldt ook indien een deel van het te reguleren gebied is overgelaten aan de zelfregulerende vermogens van belanghebbenden. Het hoeft daarbij niet te gaan om beroep op een administratieve rechter; beroep op de burgerlijke rechter voldoet eveneens.[153]

In Factortame vs. Secretary of State for Transport[154] sanctioneerde het Hof een uitspraak van het Engelse Court of Appeal, waarin dit een nationale wettelijke regeling opschortte, hoewel een dergelijke figuur niet bestond in het Engelse recht. Het Hof overwoog ten aanzien van vragen van het House of Lords, na een beroep van de Secretary of State tegen de opschortingsmaatregel, dat nationale rechters de verplichting hebben ter verzekering van het volle effect van het gemeenschapsrecht de noodzakelijke voorlopige maatregelen te nemen, zelfs indien zij die bevoegdheid niet hebben op grond van het nationale recht.

Beroepstermijnen in het bestuursrecht kwamen eveneens onder vuur te liggen. In Emmott[155] besliste het Hof dat de nationale autoriteiten, zo lang als een richtlijn niet of niet juist is geïmplementeerd, zich niet kunnen beroepen op de overschrijding van een beroepstermijn, indien een particulier op grond van de richtlijnbepalingen beroep aantekent.

Wat de gevolgen van de Emmott-zaak zijn is overigens nog niet helemaal duidelijk, omdat het in het Emmott-arrest ging om een beroep waarbij geen belangen van derden waren betrokken.

Dit levert de vraag op of het gevolg van Emmott kan zijn dat in procedures waarbij wel derde-belanghebbenden zijn betrokken, beslissingen aantastbaar blijven als zij in een periode dat een richtlijn niet of niet-juist is geïmplementeerd, zijn genomen ten opzichte van particulieren. Dit zou het geval kunnen zijn als derde-belanghebbenden, op grond van de richtlijn en met een beroep op het Emmott-arrest, zouden gaan procederen en zich zouden beroepen op de richtlijn, nadat de beroepstermijn naar Nederlands recht is verstreken. De eenmaal door de overheid afgegeven beschikkingen zouden daarmee het risico lopen niet definitief te worden vanwege het feit dat zij gegeven zijn op basis van een wettelijke bepaling die in strijd is met een richtlijnbepaling.[156]

In beginsel zijn op deze vraag twee antwoorden mogelijk. Op zichzelf is het zo dat de nationale overheid die vergunningen afgeeft in overeenstemming met de nationale wet, maar in strijd met een (nog) niet geïmplementeerde richtlijn (welke reeds geïmplementeerd had moeten zijn) onrechtmatig handelt ten opzichte van een eventuele derde, indien de vergunning niet zou zijn afgegeven als de richtlijn op tijd en juist geïmplementeerd zou zijn. De derde-belanghebbende kan zich op de richtlijn beroepen;[157] daartegenover staat, hoewel geen partij in de

---

153 Zaak C-177/88, Dekker vs. Stichting Vormingscentrum voor Jong Volwassenen, Jur. 1990, p. I-4135.

154 Zaak C-213/89, Factortame, Jur. 1990, p. 2433.

155 Zaak C-208/90, Theresa Emmott vs. Minister of Social Welfare and Attorney General, Jur. 1991, p. I-4269.

156 J.H. Jans, Europees Milieurecht in Nederland, Groningen 1994, p. 188.

procedure, de vergunninghouder die zijn vergunning rechtmatig heeft verkregen op basis van het nationale recht.[158]

Vanuit het nationale recht bekeken, zou men geneigd zijn de belangen van de vergunninghouder, die weliswaar rechtmatig in bezit is van een vergunning op grond van het nationale recht, maar onrechtmatig op grond van het Europese recht, af te wegen tegen die van de derde-belanghebbende die op grond van het Europese recht in zijn recht staat. Vanuit een juiste rechtsbedeling valt daar iets voor te zeggen.

Op grond van het Europese recht ligt de situatie echter anders. Richtlijnen hebben, het zij nogmaals herhaald, geen directe horizontale werking; zij kunnen uit zichzelf geen verplichtingen in het leven roepen voor particulieren.[159] In het geval dat een belangenafweging als hierboven geschetst, in zijn nadeel uit zou vallen, zou onze vergunninghouder wel geconfronteerd worden met verplichtingen direct opgelegd door de richtlijn.[160] De eis om aan een richtlijnbepaling te voldoen, voordat de aanvrager voor een vergunning in aanmerking komt, ook al is deze eis in de nationale wetgeving niet te vinden, is immers een verplichting. Mijns inziens heeft het Emmott-arrest dat uitsluitend betrekking heeft op rechten die individuen geldend maken ten opzichte van de overheid, niet tot gevolg dat de vaste jurisprudentie van het Hof op het gebied van horizontale werking van richtlijnen doorkruist wordt.[161] Vanuit het oogpunt van rechtszekerheid kan dit ook niet wenselijk zijn.

Een praktisch probleem daarbij is wel dat de rechter in een dergelijke procedure niet de houder van de (op grond van het Nederlandse recht) rechtmatig afgegeven vergunning voor zich krijgt, maar slechts de derde-belanghebbende en de overheid als verweerder. Hoezeer ook de derde-belanghebbende in zijn recht staat, de rechter zal moeten constateren dat hij dit recht in het kader van de bewuste procedure niet kan krijgen, om de simpele reden dat het Europese recht, in

---

157 Even aannemende dat de richtlijnbepaling zich daarvoor leent. Niet alle bepalingen, ook niet indien zij op zichzelf voldoen aan de voorwaarde van rechtstreekse werking zijn inroepbaar, aangezien de appellant een belang moet hebben bij de naleving van de richtlijn. Zie hierover, C.W.A. Timmermans, Directives: their effect within the National Legal Systems, CMLRev. 1979, p. 533; E. Steyger, a.w. noot 7, Aldershot 1995, p. 15; zie met name ook zaak C-194/94, SA C.I.A. Security International vs. SA Signalson SPRL Securitel, nog niet gewezen.

158 Zie ook de recensie van het boek van Jans, a.w. noot 155, door J. Bonnes in SEW 7(1995), p. 558.

159 Zaak C-91/92, Paola Faccini Dori vs. Recreb, Jur. 1994, p. I-3325.

160 Zie in dit verband zaak C-431/92, Commissie vs. Frankrijk (MER-rapportage), 11 augustus 1995, Jur. 1995, nng, waarin het Hof een duidelijk onderscheid maakt tussen de verplichtingen van de Lid-Staat en de rechtstreekse werking t.o.v. particulieren. Dat laatste was hier niet aan de orde maar had een constitutioneel probleem op kunnen leveren.

161 Zie ook de discussie in het NJB tussen Ter Kuile, Mok, Verbraecken en mijzelf, omtrent de effecten van richtlijnen in de nationale rechtsorde (B.H. ter Kuile, Het verband tussen artikel 177 EG, aalscholvers en pursers, NJB 1993, p. 1136-1141; M.R. Mok, Over aalscholvers en bijscholing van rechters, NJB 1993, p. 1244-1245; E. Verbraecken, Dictatuur van het gemeenschapsrecht, NJB 1993, p. 1483-1484, E. Steyger, Nogmaals over 177 EG, aalscholvers en pursers, NJB 1482-1483.

combinatie met het geldende nationale recht, deze consequentie niet toestaat. De appellant heeft dan wel de mogelijkheid de Staat aan te spreken voor vergoeding van de geleden schade. In Nederland kan de rechter op grond van artikel 8:73 Awb op verzoek van een partij, de overheid veroordelen tot het vergoeden van die schade in dezelfde procedure, hetgeen de uitslag misschien iets minder zuur maakt.[162]

Het Emmott-arrest had overigens niet tot gevolg dat de overheid geen enkele termijn meer mag hanteren, wanneer een richtlijn niet of niet juist is geïmplementeerd. In de zaak Steenhorst-Neerings,[163] die betrekking had op een termijn die de terugwerkende kracht waarmee een uitkering kon worden aangevraagd beperkte, accepteerde het Hof die termijn als zijnde conform gemeenschapsrecht om twee redenen. Om te beginnen besliste het Hof dat een dergelijke termijn niet de mogelijkheden van de appellant om een beroep te doen op de richtlijn (i.c. Rl. 79/7) frustreerde, en voorts oordeelde het Hof dat het hanteren van dergelijke termijnen noodzakelijk is voor het voeren van een goede administratie, met name voor wat betreft de mogelijkheid van controle of de persoon in kwestie wel recht had op een uitkering. In het Johnson-arrest[164] preciseerde het Hof deze uitspraak nog verder door expliciet aan te sluiten bij de vaste jurisprudentie dat aanspraken van particulieren op grond van een richtlijn onder de voorwaarden moeten geschieden die het nationale recht daaraan stelt, en dat deze voorwaarden niet ongunstiger mogen zijn dan die, welke voor soortgelijke nationale vorderingen gelden.[165]

Een ander punt waarop de jurisprudentie van het Hof grote invloed heeft gehad is de verplichting tot sanctionering. Deze rechtspraak begon met een civiele zaak, en had betrekking op de gelimiteerde schadevergoeding die het Duitse Burgerlijk Wetboek voorzag in gevallen waarin Richtlijn 76/206 (gelijke behandeling van mannen en vrouwen bij de arbeid) werd geschonden. Deze wettelijke schadevergoeding was gelimiteerd tot de compensatie van gewekte verwachtingen (Vertrauwensschaden). In de concrete zaak (Von Colson en Kamann[166]), waar het ging om een sollicitatie, betekende dat dat alleen de kosten die gemaakt waren in verband met de sollicitatie vergoed moesten worden. In concreto kwam het erop neer dat de discriminerende werkgever de postzegels moest vergoeden die op de sollicatiebrief waren geplakt. Het Hof stelde dat deze schadevergoeding niet tegemoet kwam aan de eisen van de richtlijn aangezien, om het volle effect van

162 Elders is dit anders, zie in dit verband ook de kritiek van Mortelmans en Temmink in hun noot bij het Dori-arrest (AA 43 (1994) 12 p. 856), op de cumulatie van procedures door het niet toekennen van rechtstreekse horizontale werking aan richtlijnen. Hoewel ik dit eveneens een probleem vind, denk ik niet dat horizontale werking van richtlijnen de oplossing is; zie mijn overwegingen in European Community Law and the Self-Regulatory Capacity of Society, JCMSt. Vol 31, nr. 2, June 1993, p. 184-185.

163 Zaak C-338/91, Steenhorst-Neerings, Jur. 1993, p. I-5475.

164 Zaak C-410/92, Johnson vs. Chief Adjudication Officer, Jur. 1994, p. 5483.

165 Zaak 33/76, Rewe, Jur. 1976, p. 1989; zaak 45/76, Comet, Jur. 1976, p. 2043; zie in dit verband ook de prejudiciële vraag gesteld in zaak C-261/95, Rosalba Palmisani vs. INPS, nog niet gewezen.

166 Zaak 14/83, Von Colson en Kamann, Jur. 1984, p. 1891.

het gemeenschapsrecht tot zijn recht te laten komen, reële en daadwerkelijk effectieve sancties noodzakelijk zijn.

Op basis van dit arrest zijn de vereisten ontwikkeld waaraan de nationale sanctionering van overtredingen van het gemeenschapsrecht moet voldoen. Om te beginnen dienen overtredingen van het gemeenschapsrecht even zwaar te worden bestraft als vergelijkbare en even ernstige overtredingen van het nationale recht.[167] Daarnaast moet er evenredigheid zijn tussen sanctie en overtreding. Voorts dient de sanctie doeltreffend[168] en afschrikwekkend te zijn, hetgeen betekent dat een symbolische sanctie niet voldoet.

3.3.3 Aansprakelijkheid en schadevergoeding voor schending van gemeenschapsrecht

In de hierboven genoemde serie uitspraken op het gebied van de impliciete verplichtingen die uit het gemeenschapsrecht voortvloeien, hoort uiteraard ook het arrest Francovich[169] thuis. In deze uitspraak werd, kort gezegd, aangenomen dat Lid-Staten op grond van het gemeenschapsrecht aansprakelijk zijn voor schade, ontstaan door het niet implementeren van richtlijnen.[170] Voorwaarde voor aansprakelijkheid van de Lid-Staat is dat particulieren aan de richtlijnen rechten kunnen ontlenen, dat deze rechten op te maken zijn uit de bepalingen van de richtlijn en dat er causaal verband is tussen de te implementeren nalatigheid en de geleden schade.

Deze uitspraak die voor Nederland niet zo bijzonder was,[171] omdat Nederland al een vrij vergaande overheidsaansprakelijkheid kent, leverde niettemin de nodige controversen op. Om te beginnen is er de vraag hoever de aansprakelijkheid van de nationale overheid gaat, met name in het geval dat er geen sprake is van niet-omzetting maar slechts van niet-juiste omzetting. Daarmee samenhangend is het uiteindelijke effect van Francovich van belang: sluit Francovich-aansprakelijkheid het nationale aansprakelijkheidsrecht uit of vormt het een aanvulling op het nationale aansprakelijkheidsrecht. Tenslotte doet zich de vraag voor in hoeverre de Lid-Staten aansprakelijk kunnen worden gesteld voor schending van het gemeenschapsrecht in het algemeen. Hoewel dit niet onlogisch lijkt, is dit namelijk niet zonder meer uit Francovich af te leiden. Even aannemende dat ook op grond van andere verdragsschendingen de Lid-Staat op grond van het

---

167 Zaak 68/88, Commissie vs. Griekenland, Jur. 1989, p. 1891.

168 Zaak C-217/88, Commissie vs. Duitsland, Jur. 1984, p. I-2879.

169 Gev. zaken C-6/90 en C-9/90, Andrea Francovich en Daniela Bonifaci vs. Italië, Jur. 1991, p. I-5357.

170 Francovich was iets minder revolutionair dan werd aangenomen. Al sedert de jaren zestig heeft het Hof uitspraken gedaan die de Lid-Staten verplichten de gevolgen van onregelmatig handelen onder het gemeenschapsrecht te herstellen, zie o.m. zaak 6/60, Humblet, Jur. 1960, p. 1167; zaak 39/72, Commissie vs. Italië, Jur. 1973, p. 101; zaak 60/75, Russo, Jur. 1976, p. 45.

171 Voor andere Lid-Staten, zoals Duitsland en Groot-Brittannië wel, zie o.m. G. Betlem, E. Rood, Francovich-aansprakelijkheid, schadevergoeding wegens schending van het gemeenschapsrecht, NJB 1992, p. 254.

gemeenschapsrecht aansprakelijk kan zijn, dan is nog niet de vraag beantwoord of het enkele onrechtmatig handelen in een dergelijk geval genoeg is voor aansprakelijkheid. Het zou ook zo kunnen zijn dat er nog iets méér nodig is, bijvoorbeeld een eerder arrest van het Hof, waardoor de Lid-Staten konden weten dat zij het gemeenschapsrecht schonden.

Om deze vragen in elk geval bij benadering te kunnen beantwoorden, is het noodzakelijk kort in te gaan op het communautaire aansprakelijkheidsrecht in het algemeen.

De Gemeenschap kan zelf op basis van artikel 178 jo. 215 EG-verdrag aansprakelijk worden gesteld voor handelingen waarbij zij onrechtmatig heeft gehandeld. Zonder de gehele geschiedenis van het communautaire aansprakelijkheidsrecht te willen behandelen,[172] kan geconcludeerd worden dat de niet-contractuele aansprakelijkheid van de Gemeenschap niet ruim is. De Gemeenschap draagt bepaald geen risicoaansprakelijkheid voor het handelen van haar instellingen. Al in een vroeg stadium nam het Hof aan dat, indien een handeling bepaalde economische beleidskeuzen impliceert, er slechts aansprakelijkheid van de Gemeenschap kon zijn in geval van een 'voldoende gekwalificeerde schending van een ter bescherming van particulieren gegeven hogere rechtsregel.[173] Deze gekwalificeerde schending zou zich voordoen, indien 'de betrokken instelling de grenzen harer bevoegdheden klaarblijkelijk ernstig heeft miskend'.[174]

Communautaire wetgeving en beschikkingen worden, zoals hierboven al bleek, vaak uitgevoerd door de Lid-Staten. Het gevolg is dat de Lid-Staten in veel gevallen een handeling (het nemen van een beschikking) moeten stellen tussen de communautaire regeling en de particulier.[175] Het recht waaraan die handeling is onderworpen is in het algemeen het nationale bestuursrecht. De Lid-Staat kan, afhankelijk van het nationale aansprakelijkheidsrecht, voor die handeling zelf aansprakelijk zijn. De vraag in hoeverre het handelen van de Lid-Staat moet worden gezien als het enkele uitvoeren van het communautaire besluit is van belang voor de aansprakelijkheid van de Lid-Staat. Het beantwoorden van de vraag hoe dat handelen wordt gekwalificeerd is echter niet aan de Lid-Staat zelf, maar aan het Hof.[176]

Wanneer is vastgesteld dat het handelen van de Lid-Staten zich beperkt tot het uitsluitend uitvoeren van communautaire handelingen (en daarmee wordt niet de omzetting van richtlijnen bedoeld), dan heeft dit consequenties voor de toepassing van het aansprakelijkheidsrecht van de Lid-Staten op het handelen van die

---

172 Zie hierover o.m. T. Heukels, De niet-contractuele aansprakelijkheid van de Gemeenschap ex artikel 215, lid 2 EEG, Dynamiek en continuïteit 1983-1991, SEW 1992, p. 151-170 en 317-347.

173 Zaak 5/71, Zuckerfabrik Schöppenstedt, Jur. 1971, p. 984.

174 Zie o.m. gev. zaken 83/76 en 94/76, Bayerische HNL Vermehrungs betriebe GmbH & Co et. al. vs. Raad en Commissie, Jur. 1978, p. 1209.

175 Er valt hier aanmerkelijk meer over te zeggen, omwille van de ruimte verwijs ik naar Heukels a.w. noot 171, en naar A.W.H. Meij, Rechtsbescherming bij gedeeld bestuur in de EG, NTB 93/1, p. 75-87.

176 Zaak 175/84, Firma Krohn & Co, Jur. 1986, p. 753.

Lid-Staten. In een dergelijk geval sluit de communautaire aansprakelijkheid de aansprakelijkheid van de Lid-Staat uit.[177] Deze valt als het ware weg in de (beperkte) aansprakelijkheid van de Gemeenschap. Wel kan de Lid-Staat aangesproken worden op grond van eigen onrechtmatig handelen bij de uitvoering van communautaire regeling of handeling. Nu het communautaire recht het nationale aansprakelijkheidsrecht onverlet laat, kan dit voor stevige verwarring zorgen over de vraag welk schadevergoedingsrecht van toepassing is. Dit is zeker het geval wanneer de Lid-Staat zijn onrechtmatig handelen begaat bij het uitvoeren van een, onrechtmatige, communautaire regeling, terwijl die regeling de Lid-Staat beleidsvrijheid laat bij het uitoefenen van de toegekende bevoegdheid.[178]

De vraag is nu of in het kader van de aansprakelijkheid van de niet of niet-tijdige omzetting van richtlijnen een dergelijk toerekeningsmechanisme ook kan worden gecreëerd en, zo ja welke consequenties dat dan heeft voor de appellant.[179] Het Francovich-arrest zelf geeft hier geen antwoord op, hetgeen ook niet kan omdat in die zaak, waar het gaat om de niet-omzetting van een richtlijn, het onrechtmatig handelen van de Lid-Staat een gegeven is.[180] Dit kan anders liggen in het geval er sprake is van onjuiste omzetting van een richtlijn.

Onjuiste omzetting is niet altijd het gevolg van een nalaten van de Lid-Staten. Richtlijnen zijn niet altijd even duidelijk[181] in de verplichtingen die zij de Lid-Staten opleggen en bovendien blijkt het Hof richtlijnteksten nog wel eens, op voor Lid-Staten onnavolgbare wijze, ruim uit te leggen.[182] Als Lid-Staten door particulieren aansprakelijk kunnen worden gesteld voor fouten gemaakt tijdens het implementeren van onduidelijke of volkomen afwijkend uitgelegde richtlijnbepalingen, dan betekent dit dat de uitholling van de bevoegdheid tot implementatie van richtlijnen door de Lid-Staten, zoals deze is vastgelegd in artikel 189 EG-verdrag, praktisch compleet is. Want hoe moeten Lid-Staten dan nog implementeren willen zij niet het risico lopen onverwacht onrechtmatig te handelen?

---

177 Gev. zaken 106 t/m 120/87, Asteris AE vs. Helleense Republiek en Europese Economische Gemeenschap, Jur. 1988, p. 5515.

178 De rechtspraak op dit punt is echter nog niet volledig uitgekristalliseerd, zie F. Schockweiler, La responsabilité de l'autorité nationale en cas de violation du droit communautaire, Revue trimestrielle de Droit Europeén, 1992, p. 33.

179 Op dit moment ligt er een prejudiciële vraag omtrent deze kwestie bij het Hof; zie gev. zaken C-178/94, C-179/94, 188 en 189/94 en C-190/94 Dillenkofer cs. vs. Duitsland, nog niet gewezen.

180 Het arrest Marshall II (zaak C-271/91, 2 augustus 1993, Jur. 1993, nng) is in dit verband verhullend omdat in dat geval verkeerde implementatie leidt tot discriminatie in de zin van Rl. 67/207 en artikel 6 van deze richtlijn de Lid-Staten expliciet de verplichting oplegt om aan personen die zich gediscrimineerd achten in de zin van de richtlijn de mogelijkheid te bieden hun claims in rechte geldend te maken.

181 Als dit wel het geval is, zoals bij rechtstreeks werkende bepalingen, dan is er minder bezwaar om aansprakelijkheid van de Lid-Staat aan te nemen. Zie de Conclusie van A-G Tesauro bij de zaken C-178/94, C-179/94, C-188/94, C-189/91, en C-190/94, Dillenkofer c.s. vs. Duitsland, nog niet gewezen, en in de zaak C-392/93, H.M. Treasury ex parte British Telecom, nog niet gewezen.

182 Zie de voorbeelden aangehaald in paragraaf 3.2.2.

De meest veilige oplossing voor de Lid-Staten wordt dan implementatie door middel van een wet bevattende twee bepalingen, namelijk één waarin staat dat richtlijnen moeten worden nageleefd en een delegatiebepaling voor de aanwijzing van uitvoerende bestuursorganen. Dat in het kader van richtlijnen vaak helemaal niet duidelijk is wat er moet worden nageleefd, moet dan maar voor lief worden genomen. Kortom er is wel enige aanleiding om Lid-Staten niet zonder meer aansprakelijk te laten zijn voor onjuiste implementatie van richtlijnen.

Dit kan twee dingen betekenen. Om te beginnen is het mogelijk dat Lid-Staten zich in de nationale procedure kunnen disculperen op grond van slordigheid en onhelderheid van de richtlijnbepaling in kwestie. Uiteindelijk zou dit leiden tot criteria voor aansprakelijkheid die vergelijkbaar zijn met de criteria voor aansprakelijkheid van de Gemeenschap zelf: er moet sprake zijn van een gekwalificeerde schending van het gemeenschapsrecht.[183]

Dit heeft als eerste nadeel dat de appellant die zich beroept op het gemeenschapsrecht geconfronteerd kan worden met een beperkte aansprakelijkheid van de Lid-Staat op grond van het feit dat niet de Lid-Staat, maar de Gemeenschap onduidelijke wetgeving heeft vastgesteld. Of de appellant op die grond de Gemeenschap zelf aansprakelijk kan stellen is maar de vraag, omdat het vaststellen van slechte wetgeving niet onmiddellijk onrechtmatigheid oplevert, zeker niet binnen de enge criteria die het Hof nu hanteert. Bovendien, zal het argument van de Gemeenschap zijn, is het in de meeste gevallen[184] niet zo dat de Lid-Staten geen enkele zeggenschap over de vaststelling van richtlijnen hebben.[185] Kortom de vraag wie er het meeste schuld heeft wordt, als deze al erkend wordt, over het hoofd van de appellant uitgevochten, die daar, als het tegenzit, ook nog twee procedures over moet voeren.[186]

Een tweede nadeel is, dat een disculperingsmogelijkheid van de Lid-Staat, die niet leidt tot aansprakelijkheid van de Gemeenschap zelf, geen enkele incentive voor de Gemeenschap biedt om de kwaliteit van de regelgeving te verbeteren.

Een andere mogelijkheid zou zijn de Lid-Staten een regresrecht op de Gemeenschap te geven. Dit heeft als eerste voordeel dat de appellant zijn schade vergoed krijgt en niet wordt lastig gevallen met een verdeling van verantwoordelijkheden tussen Gemeenschap en Lid-Staten, waar hij zelf niets mee te maken heeft. Voorwaarde is dan wel dat het Hof ten aanzien van de gemeenschapsaansprakelijkheid in dergelijke gevallen gaat nuanceren en niet zonder meer blijft vasthouden aan de huidige 'gekwalificeerde schending' formule. Daarnaast zal

---

183 Hiertoe concludeert A-G Tesauro in essentie in de zaak C-392/93, British Telecom, nog niet gewezen, conclusie van 28 november 1995.

184 Bij Commissierichtlijnen ligt dit uiteraard anders, omdat de Lid-Staten daar geen bemoeienis mee hebben, zie E. Steyger, a.w. noot 7, Aldershot 1995, p. 52.

185 Inzake implementatietermijnen heeft het Hof gesteld dat, nu de Lid-Staten bij de voorbereiding van richtlijnen betrokken zijn, de implementatietermijn geen excuus kan zijn voor niet-tijdige implementatie, zaak 136/81, Commissie vs. Italië, Jur. 1982, p. 3547; zaak 361/85, Commissie vs. Italië, Jur. 1987, p. 479.

186 Dit, omdat het vaststellen van de toepasselijkheid van artikel 215 niet mogelijk is in het kader van een prejudiciële procedure, zaak 101/78, Granaria, Jur. 1979, p. 623.

het Hof richtlijnen, op zijn minst marginaal, moeten gaan toetsen aan, nu nog niet ontwikkelde, criteria voor 'implementabiliteit'. Een dergelijke directe rechterlijke toets van de wetgevingskwaliteit is volgens mij een novum, maar het concept van de richtlijn zelf is uiteindelijk nog altijd een noviteit.

Een tweede vraag is of Francovich-aansprakelijkheid aangenomen kan worden in gevallen van verdragsschending in het algemeen, zonder dat er een richtlijn-implementatie in het geding is.[187] Op zichzelf is aansprakelijkheid in geval van verdragsschending sec in het licht van de zich ontwikkelende jurisprudentie niet meer dan logisch. Waarom zou een Lid-Staat slechts dan aansprakelijk zijn voor de schade wanneer zij nalaat een richtlijn te implementeren, terwijl de schade minstens even groot kan zijn wanneer, bijvoorbeeld, de Lid-Staat handelt in strijd met artikel 30, en op die wijze een importeur fors dupeert.

Hoewel deze vraag lijkt op de hierboven gestelde, namelijk aansprakelijkheid in geval van niet-juiste implementatie, ligt het hier toch enigszins anders. De bepalingen van het verdrag worden in hoge mate, en soms op onverwachte wijze ingevuld door de jurisprudentie van het Hof. Wie kijkt naar de recente Keck-rechtspraak[188] op het gebied van het vrij verkeer van goederen, weet dat het toepassingsgebied van rechtstreeks werkende ge- en verboden nog steeds in ontwikkeling is, om maar niet te spreken van de rechtspraak omtrent rechtvaardigingsgronden. Verrassingen zijn daarbij niet uitgesloten. Of een Lid-Staat zonder meer aansprakelijk moet zijn voor schade veroorzaakt door wetgeving, die in strijd blijkt te zijn met verdragsartikelen waaromtrent geen enkele duidelijkheid bestaat, waag ik toch te betwijfelen.[189]

Kortom als het gaat om schendingen van het verdrag, waar geen verplichte uitvoeringshandeling van de Lid-Staat aan ten grondslag ligt, moet er, om aansprakelijkheid op grond van het Europese recht aan te nemen, misschien iets meer zijn dan een enkel constateren van een verdragsschending door het Hof in een prejudiciële of infractieprocedure. Dat 'iets meer' zou dan een eerder gewezen arrest kunnen zijn, waaruit al blijkt dat een bepaalde handeling, gedragslijn of juridische regeling strijdig met het verdrag moet worden geacht, dan wel waarin helderheid wordt geboden omtrent mogelijke rechtvaardigingen voor nationale

---

187 Ook daarover ligt een prejudiciële vraag bij het Hof: zie gev. zaken C-46/93 en C-48/93, Brasserie du Pecheur SA vs. Duitsland en Factortame III, nog niet gewezen.

188 Gev. zaken C-267/91 en C-268/91, Keck en Mithouard, Jur. 1993, I- 6097; zie o.m. ook zaak C-292/92, Hünermund, 15 december 1993, Jur. 1993, nng, SEW 1995, p. 214-216 m. nt. J.H. Jans; gev. zaken C-69/93 en C-258/93, Punta Casa vs. Sindaco del Comune di Capena, Jur. 1994, I-2355 (zie het vervolg in gev. zaken C-418/93 t/m C-421/93 etc., Punta Casa II, nog niet gewezen); gev. zaken C-401/92 en C-402/92, Tankstation 't Heukske, Jur. 1994, p. I-2199; zaak C-320/93, Ortscheit, Jur. 1994, I-5243.

189 Ter Kuile (De invloed van Francovich op Nederlandse wetgeving en bestuur, NTB 1992, p. 113-120) meent eveneens van niet en illustreert dit met de interpretatieproblemen rond de reikwijdte van artikel 119 m.b.t. pensioenregelingen in de arresten Defrenne II (zaak 43/75, Jur. 1976, p. 455) en Barber (zaak C-262/88, Jur. 1989, p. 1889). Dit voorbeeld is mij bepaald niet uit het hart gegrepen, omdat hierover sedert het Defrenne I-arrest (zaak 80/70, Jur. 1971, p. 445), maar zeker sedert het Bilka-arrest (zaak 170/84, Jur. 1986, p. 1607) nauwelijks misverstanden meer mogelijk waren.

regelingen. Slechts in het geval de verdragsbepaling zelf absolute duidelijkheid biedt, zou mijns inziens onmiddellijk aansprakelijkheid kunnen worden aangenomen.

In hoeverre ook het Hof duidelijkheid door middel van een eerder arrest, of een acte clair zal eisen is overigens nog niet zeker. A-G Tesauro is, in zijn conclusie bij de zaken Brasserie du Pecheur en Factortame III van mening, dat het zowel van de duidelijkheid van de verdragsbepalingen, de vraag of er al eerder helderheid geschapen was en van de mate waarin de verzoeker de schuld had kunnen beperken of voorkomen, afhangt of en in hoeverre Lid-Staten aansprakelijk kunnen worden geacht.[190]

3.3.4 Codificatie van de impliciete verplichtingen gewenst?

In de hierboven genoemde zaken beïnvloedt het gemeenschapsrecht, zoals uitgelegd in de jurisprudentie van het Hof terreinen van nationaal recht die op zichzelf niet onder de jurisdictie van de Gemeenschap vallen. De Gemeenschap is niet bevoegd regels te stellen op het gebied van de rechterlijke organisatie, procedure- en materiële regels in het bestuursrecht of op het gebied van het aansprakelijkheidsrecht in het algemeen.

Niettemin ontleent het Hof aan het ongeschreven gemeenschapsrecht de bevoegdheid eisen te stellen aan deze terreinen van nationaal recht, indien dit nationale recht het 'volle effect' van het gemeenschapsrecht dreigt te frustreren. Deze impliciete verplichtingen voortvloeiend uit het gemeenschapsrecht leveren een transformatie van het nationale recht op, waar het dient ter effectuering van het gemeenschapsrecht.

Het is de vraag of voor de toekomst wenselijk moet worden geacht dat deze transformatie uitsluitend op grond van rechterlijke uitspraken geschiedt, die volledig gebaseerd zijn op ongeschreven en soms schijnbaar geheel nieuw uitgevonden gemeenschapsrecht. Wordt het zo langzamerhand niet wenselijk om een aantal van de impliciete verplichtingen die het Hof heeft opgelegd aan de Lid-Staten (bijvoorbeeld de verplichting tot het buiten toepassing laten van met EG-recht strijdig nationaal recht, en de verplichting om beroepsgangen te creren, waar het nationale recht deze niet biedt) te codificeren in gemeenschapswetgeving. Nu het Hof zich de bevoegdheid heeft toegeëigend om uit het gemeenschapsrecht deze impliciete verplichtingen voor de Lid-Staten te distilleren, is het mijns inziens aan de communautaire wetgever om vast te leggen hoe en in welke situaties de Lid-Staten deze moeten toepassen.

De vraag is dan wel wàt er gecodificeerd moet worden, en hoe. Prechal bepleit in haar proefschrift de opname in het verdrag van een communautair-wettelijke basis, waarin de bevoegdheden van nationale rechters in het kader van de toepassing van het gemeenschapsrecht zijn vastgelegd.[191] Zij baseert de wense-

---

190 Conclusie van A-G Tesauro van 28 november 1995 in gev. zaken C-46/93 en C-48/93, Brasserie du Pecheur SA vs. Duitsland en Factortame III, nog niet gewezen.

191 S. Prechal, a.w. noot 104, Oxford 1995, p. 187.

lijkheid van een grondslag in het verdrag op de aanname dat de bevoegdheid van de nationale rechter maatregelen te nemen ter verzekering van het volle effect van het gemeenschapsrecht, direct ontleend is aan het gemeenschapsrecht zelf. In haar visie heeft het gemeenschapsrecht de bevoegdheden van de nationale rechter als zodanig uitgebreid.

Het is de vraag of dit standpunt juist is. Wanneer men Prechals visie letterlijk neemt, betekent dit dat de nationale rechter een soort van communautaire instelling is, die buiten het nationale recht om de nationale overheid verplichtingen op kan leggen. Doorredenerend heeft dit tot gevolg dat bestuursorganen die, na een rechterlijke uitspraak, bij de toepassing van het nationale recht het gemeenschapsrecht in acht moeten nemen (bijvoorbeeld door het buiten toepassing te laten) eveneens tot communautaire instelling worden gebombardeerd, onafhankelijk van de wetten waaraan deze bestuursorganen gebonden zijn. In extremis leidt deze redenering ertoe dat de lagere wetgever verplicht kan zijn regels in strijd met de wet waarop zij berusten vast te stellen om het 'volle effect' van het gemeenschapsrecht te verzekeren. Het gemeenschapsrecht zou dan tot gevolg hebben dat de instellingen van de Lid-Staten, voor zover het gaat om de toepassing van het gemeenschapsrecht, in bepaalde gevallen geen onderdeel meer zijn van de Lid-Staat als geheel, maar alleen nog maar van de Gemeenschap.

Een andere visie, die tot een ander resultaat leidt is echter ook verdedigbaar. Deze gaat ervan uit dat de bevoegdheden van de nationale rechter binnen het kader van het gemeenschapsrecht, voortvloeien uit de verplichtingen die het gemeenschapsrecht oplegt aan de Lid-Staten als geheel. De bevoegdheden van de nationale rechter zijn daarvan een afgeleide.[192] In deze visie verplicht 's Hofs jurisprudentie niet alleen nationale rechters tot gemeenschapsrechtconforme interpretatie, maar ook en misschien wel in de eerste plaats, de (centrale of lagere) overheid tot gemeenschapsrechtconforme toepassing van hun nationale recht.[193] Het is tenslotte niet de bedoeling dat nationale overheden het gemeenschapsrecht alleen maar toepassen, wanneer zij daartoe van de rechter een uitdrukkelijke opdracht hebben gekregen.

Dat nationale rechters het nationale recht gemeenschapsrechtconform moeten uitleggen vloeit volgens mij dan ook niet rechtstreeks en zelfstandig uit het gemeenschapsrecht voort, maar uit de verplichtingen die de Lid-Staat als geheel is aangegaan en dus ook dient na te komen. De enige bevoegdheid die nationale rechters wel rechtstreeks aan het gemeenschapsrecht ontlenen is de bevoegdheid om in een voorlopige voorzieningsprocedure een communautaire handeling op te schorten, dan wel ten aanzien van die handeling voorlopige maatregelen te nemen, indien er gerede twijfel over de geldigheid van de communautaire handeling bestaat.[194] Deze bevoegdheid heeft geen betrekking op het nationale

192 Ik heb deze visie, zij het zeer impliciet al eens elders verdedigd, zie o.m. mijn artikel in JCMSt Vol. 31, nr. 2, p. 179-181, waarin ik de verplichtingen uit de jurisprudentie omschrijf als 'implicit obligations' voor de Lid-Staten, zie ook Europe and its Members a.w. noot 7, Aldershot 1995, p. 96-101.

193 Steyger a.w. noot 7, Aldershot 1995, p. 93-102.

194 Gev. zaken C-143/88 en C-92/89, Zuckerfabrik Süderdithmarschen, Jur. 1991, p. I-415;

recht maar direct op de toepassing van het gemeenschapsrecht zelf. Dit is dan ook een echte uitbreiding van de bevoegdheid van de nationale rechter, die uiteraard niet aan het nationale recht, maar uitsluitend aan het gemeenschapsrecht ontleend kan worden, en uitsluitend gesanctioneerd kan worden door het Hof.

Deze visie leidt ertoe dat codificatie van de hierboven aangehaalde rechtspraak niet moet leiden tot een communautair-wettelijke basis waarin de bevoegdheden van de nationale rechters omschreven zijn, maar tot een communautair-wettelijke regeling waarin de impliciete verplichtingen van de Lid-Staten zijn omschreven in verband met het gemeenschapsrechtconform toepassen van gemeenschapsrecht. Dit gemeenschapsrechtconform toepassen kan leiden tot specifiek rechterlijk handelen, het kan echter evengoed leiden tot bepaalde handelingen van bestuursorganen zelf in een concreet geval. Waar het echter niet toe kan leiden, is een verplichting voor de Lid-Staten tot het vaststellen van algemeen verbindende voorschriften in strijd met de nationale wetgeving omdat het nationale recht waarin de communautair-rechtelijke verplichtingen worden uitgevoerd, dit niet toelaat (tenzij een dergelijke verplichting wordt opgenomen in de communautair-wettelijke basis, maar dat lijkt mij buiten de bevoegdheid van de Gemeenschap te vallen).

Het vastleggen van een dergelijke wettelijke basis, of regeling kan op twee manieren. De eerste is een aparte bepaling in het verdrag. Dit is misschien wel de mooiste vorm, maar lijkt mij politiek niet onmiddellijk haalbaar, aangezien de Lid-Staten bij de wijziging van het verdrag nog steeds het laatste woord hebben. De codificatie kon dan wel eens verzanden in een politiek compromis, waarbij de ruimte die het Hof nu al in het verdrag constateert fors wordt ingeperkt.

Verdragswijziging is strikt genomen ook niet noodzakelijk, omdat het Hof al heeft aangenomen dat de verplichting tot gemeenschapsrechtconforme toepassing van het nationale recht voorvloeit uit het huidige gemeenschapsrecht.

Een communautair-wettelijke regeling ter codificatie van de jurisprudentie zou dus ook gewoon een richtlijn kunnen zijn, gebaseerd op artikel 5 jo. artikel 235 EG-verdrag. Een richtlijn zou ook daarom het goede instrument zijn, omdat deze verplichtingen uiteindelijk toch geïmplementeerd dienen te worden in het nationale recht. De impliciete transformatie van het nationale recht zou daarmee geëxpliciteerd worden en de Lid-Staten zouden de wijze bepalen waarop deze transformatie in het nationale recht tot uitdrukking komt.

3.4 Slotopmerkingen

De botsing tussen nationaal bestuursrecht en gemeenschapsrecht vindt zowel plaats bij de uitvoering van taken door de Gemeenschap opgedragen als in de eigen taakuitoefening van de nationale overheid. Zij heeft bovendien verschillen-

---

zaak 465/93, Atlanta Fruchthandelsgesellschaft mbH vs. Bundesamt für Ernährung und Forstwirtschaft, 9 november 1995, Jur. 1995, nng.

de verschijningsvormen en komt voor in de verschillende stadia van het recht in uitvoering.

Op het gebied van de regelgeving kan geconcludeerd worden dat communautaire wetgeving en nationale uitvoering, of deze nu haar beslag vindt in regelgeving of door middel van andere instrumenten, soms problematisch is. Voor wat betreft de uitvoering van verordeningen heeft dit te maken met de soms gebrekkige kwaliteit van de verordeningen zelf. Daarnaast is een probleem dat met name in de bestuursrechtelijke wetgeving weinig rekening is gehouden met effecten die verordeningen kunnen hebben. Bovendien worden de oplossingen die op zichzelf in de Awb besloten liggen, zoals de bestaande oplossing met betrekking tot de bevoegdheden van Euro-inspecteurs, niet altijd als wenselijk ervaren.

De uitvoering van richtlijnen verloopt niet altijd vlekkeloos, onder andere omdat de traditionele nationale juridische systematiek niet aansluit op een zich ontwikkelende regelgevingssystematiek in het gemeenschapsrecht. Die ontwikkelende communautaire systematiek is nog beperkt, en is sterk gericht op het gebruik van bestuursrechtelijke instrumenten. Andere traditionele instrumenten voor regelgeving worden bijna geheel genegeerd. Het gemeenschapsrecht kán door die eenzijdige benadering nationale tradities op het gebeid van regelgeving ook niet goed inpassen.

Daarnaast werkt het beperkte instrumentarium van de Gemeenschap maar vooral ook de mate van detaillering in de communautaire regelgeving, soms verstarrend op tegenovergestelde ontwikkelingen in de Lid-Staten. Dit is des te erger, omdat die ontwikkelingen in de Lid-Staten een antwoord zijn op een eerdere fase in hun eigen ontwikkeling waarin ook met zeer gedetailleerde regelgeving gewerkt werd.

Het gevolg van deze ontwikkelingen is dat nationale rechtssystemen met het gemeenschapsrecht gaan wringen wanneer zij worden aangewend ter uitvoering van communautaire wetgeving. Zeker nu de Gemeenschap zich op steeds meer terreinen gaat begeven, waarop in de verschillende Lid-Staten verschillende nationale regelgevingstradities bestaan, is een heroriëntatie op de systematiek van de wetgeving en de wijze waarop de Lid-Staten met het communautaire instrumentarium kunnen werken gewenst.

Daarnaast heeft het gemeenschapsrecht grote invloed gehad op de uitoefening van de eigen taken van de overheid. Rechtsgebieden waarvan nooit gedacht was dat zij beïnvloed zouden worden door het gemeenschapsrecht, worden zowel geraakt door de jurisprudentie betreffende het discriminatieverbod en de interne markt, als door de jurisprudentie betreffende de impliciete verplichtingen.

Deze jurisprudentie heeft ertoe geleid dat zowel de nationale wetgevers als nationale bestuursorganen zich bij de uitoefening van hun respectievelijke taken moeten realiseren in hoeverre het gemeenschapsrecht eisen aan hen stelt. Met name voor bestuursorganen levert dit extra werk op, in die zin dat men in plaats van uitsluitend de nationale wet, tevens het Europese recht in voorkomende gevallen moet toepassen. Deze verplichting geldt niet alleen voor de centrale overheid, maar ook voor gedecentraliseerde bestuursorganen zoals gemeenten en provincies.

Daarnaast dienen nationale rechters zich voortdurend bewust te zijn van de eisen die het toepassen en interpreteren van nationaal recht in het licht van het gemeenschapsrecht aan hen stelt. Alleen al om die reden zou codificatie van de jurisprudentie betreffende de impliciete verplichtingen, bij voorkeur vastgelegd in een richtlijn die door de Lid-Staten geïmplementeerd wordt, wenselijk zijn. Ten slotte, het toepassen van recht dat geformuleerd is in jurisprudentie waarvan de inhoud niet altijd direct bekend is, en openstaat voor verschillende interpretaties kan leiden tot nieuwe botsingen.

Bovendien heeft codificatie door middel van een richtlijn het voordeel dat duidelijk is dat de materie van jurisprudentie geldt voor de Lid-Staat als geheel, en dat deze niet alleen door rechters moet worden toegepast, maar door de gehele overheid. Het enige dat dan nog overblijft is de vraag wie die overheid is. Want al laat het EG-verdrag het nationale constitutionele recht in tact, daarmee is nog niet gezegd dat het bepalen wat 'overheid' is, volledig is overgelaten aan de Lid-Staat. De grootste verrassing van de laatste jaren is misschien wel dat het gemeenschapsrecht op het begrip 'overheid' ook al zijn invloed doet gelden.

4 Privaat of publiek: de organisatie van overheidstaken, de toepassing van het bestuursrecht en de gevolgen onder het Europese recht

4.1 Inleiding

Naast de problemen die de overheid als zodanig tegenkomt in verband met de doorwerking van gemeenschapsrecht op het nationale bestuursrecht, is het inmiddels in het gemeenschapsrecht ook van belang geworden wie onder de 'overheid' moet worden begrepen. In beginsel wordt deze vraag uitsluitend beantwoord door de Lid-Staten. Zoals al eerder gezegd tast het gemeenschapsrecht het constitutionele recht van de Lid-Staten niet aan, en dit geldt zeker voor zover het de staatsinrichting van de Lid-Staten betreft. Het EG-verdrag richt zich dan ook enerzijds tot de Lid-Staten als geheel en anderzijds, in het kader van het mededingingsrecht, tot ondernemingen.

Toch is er wel invloed van het gemeenschapsrecht op de staatsinrichting van de Lid-Staten. Om te beginnen verbindt het gemeenschapsrecht consequenties aan de status van overheidsorgaan. Dit is onder meer van belang voor de vraag of een orgaan gehouden is tot rechtstreekse toepassing van richtlijnen, waar deze nog niet zijn omgezet in nationale wetgeving. Voorts maakt het gemeenschapsrecht, voor wat betreft de toepasselijkheid van het mededingingsrecht, onderscheid tussen taken die door de overheid uitgeoefend (moeten) worden en taken die puur economisch van aard zijn. De nationale visie op de uitoefening van die taken is voor de toepasselijkheid van het mededingingsrecht nauwelijks meer relevant.

Dus, hoewel het gemeenschapsrecht geen directe invloed uitoefent op de organisatie van de overheid, is er wel een indirect effect, in die zin dat de nationale overheid niet meer volledig zelfstandig uitmaakt in hoeverre ze taken als overheidstaken kan definiëren en buiten de werking van het communautaire mededingingsrecht kan houden. Tegelijkertijd kan de nationale overheid overheidsorganen niet aan andere verplichtingen die volgen uit het EG-verdrag onttrekken, door ze een privaatrechtelijke status te geven. De problemen van dit indirecte effect van het gemeenschapsrecht worden manifest als nationale overheden overgaan tot verzelfstandiging van de uitvoering van tot dan toe door de overheid verrichte taken, al dan niet door middel van privatisering.

De tendens tot privatisering en verzelfstandiging van taken die tot voor kort werden geacht overheidstaken te zijn komt in een aantal Lid-Staten voor. In Groot-Brittannië was er onder het premierschap van Margaret Thatcher een hausse aan privatiseringen, onder meer van British Gas en British Telecom. In Nederland hebben we de privatisering van de PTT gezien, en de verzelfstandiging van verschillende overheidsdiensten als de Rijksmusea.

Er zijn overigens verschillende manieren van verzelfstandiging, die Europeesrechtelijk verschillende consequenties hebben. Soms vinden deze operaties plaats door het enkel 'op afstand zetten' van de activiteit, door middel van de instelling (bij wet) van een zelfstandig bestuursorgaan. Daarbij blijft de taak op zichzelf voorbehouden aan de overheid; het enige dat verandert is de ministeriële verantwoordelijkheid voor en dus de democratische controle op de uitvoering van die taak. Europeesrechtelijk is er (althans als de taak een 'echte' overheidstaak is) dan niet zo veel aan de hand.

Ook kan besloten worden de gehele taak toe te delen aan particulieren. Wanneer daarbij de overheid zich nergens meer mee bemoeit en de uitoefening van de taak op commerciële of corporatieve basis laat geschieden, zijn de problemen met het Europese recht (even afgezien van de vraag òf de taak commercieel c.q. corporatief kan worden uitgevoerd) eveneens gering.

Het wordt pas echt ingewikkeld wanneer de overheid enerzijds taken wil overdragen aan particulieren, terwijl zij tegelijkertijd haar invloed wil behouden, omdat een deel van die taken een zodanig element van algemeen belang in zich draagt dat deze niet geheel kunnen worden overgelaten aan het particulier initiatief. In een dergelijk geval zal de particulier die een taak uitoefent niet alleen te maken krijgen met het nationale bestuursrecht, maar tegelijkertijd met het Europese recht.

De consequenties van de toepasselijkheid van de verschillende rechtsstelsels, het Europese en het nationale, lopen, zo bleek ook al uit het vorige hoofdstuk, niet altijd synchroon. Dit kan betekenen dat een particulier die uitvoerder is van overheidstaken, althans taken waarop de overheid invloed wil uitoefenen, enerzijds bestuursorgaan kan zijn in het kader van het nationale recht terwijl hij tegelijkertijd ondernemer is in de zin van het EG-verdrag. Het resultaat van de gewenste verzelfstandiging kan daardoor praktisch onmogelijk worden, of (in het beste geval) er toe leiden dat de particulier in zijn functioneren met 'the worst of both worlds' te maken krijgt.

In dit deel van mijn preadvies wil ik, aan de hand van de jurisprudentie van het Hof van Justitie, op een rijtje zetten wat het Europese recht betekent voor de organisatie van de overheid. Omdat, zoals gezegd, deze vraagstelling vooral aan de orde komt in het geval dat een taak, oorspronkelijk uitgevoerd door de overheid, wordt geprivatiseerd, zal ik verzelfstandiging en privatisering van overheidstaken als rode draad van dit hoofdstuk hanteren. De conclusies zijn echter van belang voor de uitvoering van overheidstaken door private instellingen in het algemeen.

De aandachtspunten in dit verband worden als volgt behandeld. Eerst bezie ik de vraag, wat door de Gemeenschap wordt aangemerkt als overheid, voor zover

het gaat om de directe toepassing van het gemeenschapsrecht, en dan met name richtlijnen.

Daarna besteed ik aandacht aan de definitie van overheidstaken in relatie tot het ondernemingsbegrip in het Europese recht. Voorts bespreek ik de betekenis van artikel 90 EG-verdrag en het in dit artikel neergelegde verzachte mededingingsregime, dat geldt voor overheidsbedrijven, ondernemingen waaraan bijzondere of uitsluitende rechten zijn toegekend en particuliere ondernemingen belast met een taak van algemeen economisch belang. Tenslotte besteed ik aandacht aan de consequenties die het begrip bestuursorgaan in de Algemene wet bestuursrecht in dit verband kan hebben.

4.2 Het concept van 'overheid' in het gemeenschapsrecht

Europeesrechtelijk is de vraag wie tot de 'overheid' gerekend moet worden in eerste instantie van belang voor de vraag hoe de betrokken instantie zich dient op te stellen ten opzichte van de burger. In tegenstelling tot particulieren heeft de overheid een speciale taak bij de toepassing van het gemeenschapsrecht, en dan met name bij de toepassing van richtlijnen. Een richtlijn(bepaling) die niet of niet-juist is omgezet in nationaal recht, kan in beginsel niet aan een andere particulier worden tegengeworpen in een procedure, omdat richtlijnen uit zichzelf voor particulieren geen verplichtingen in het leven roepen. Voor overheidsorganen ligt dit anders.

In de eerste procedures met betrekking tot de rechtstreekse werking van richtlijnen werd het beroep op richtlijnbepalingen gedaan in procedures tegen de Staat. Deze had de richtlijn niet, niet tijdig of niet correct omgezet.[195] Het Hof overwoog in zowel de zaak Ratti als in het Becker-arrest,[196] dat de Staat zich niet op zijn eigen nalatigheid kon beroepen. Lauwaars en Maarleveld concludeerden daar destijds uit dat een richtlijnbepaling alleen kan worden ingeroepen door een particulier tegen een Lid-Staat, wanneer de Staat nalatig is geweest. Volgens hen was er slechts sprake van een beperkte verticale werking van richtlijnen.[197]

Deze conclusie is achterhaald. In een aantal zaken betreffende openbare aanbestedingen interpreteerde het Hof het begrip 'overheid' overeenkomstig het doel van de richtlijnen omtrent dit onderwerp.[198] Dit leidde tot een aanmerkelijke uitbreiding van hetgeen volgens de definitie in Rl. 71/305[199] als overheid beschouwd moest worden. In 1989 werd deze uitbreiding in Rl. 89/440[200] vastge-

---

195 Zie o.m. zaak 41/74, Van Duyn vs. Home office, Jur. 1974, p. 1337; zaak 148/78, Ratti, Jur. 1979 p. 1629.

196 Zaak 8/81, Becker, Jur. 1983, p. 53.

197 R.H. Lauwaars, J.M. Maarleveld, Harmonisatie van wetgeving in Europese organisaties, Deventer 1987, p. 68, 69.

198 Zaak 31/87, Gebroeders Beentjes, Jur. 1988, p. 4635, waarin plaatselijke commissies werden geacht te behoren tot de Staat in de zin van artikel 1 sub b van Rl. 71/305.

199 Rl. 71/305, Pb. 1971, L 185, betreffende coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten en de uitvoering van werken.

legd, en later voor alle drie de openbare aanbestedingsrichtlijnen geïntroduceerd.[201]

Het begrippenapparaat uit de aanbestedingsrichtlijnen is illustratief voor het Europeesrechtelijke dilemma. Deze richtlijnen zijn van toepassing op de territoriale lichamen van de overheid, de publiekrechtelijke diensten en de verenigingen gevormd door een of meer van deze lichamen of instellingen. Publiekrechtelijke instellingen zijn die instellingen die zijn opgericht om te voorzien in behoeften van algemeen belang, rechtspersoonlijkheid hebben en waarvan de activiteiten in hoofdzaak worden gefinancierd door de Staat, de territoriale instellingen dan wel andere publiekrechtelijke instellingen, of waarvan het beheer is onderworpen aan toezicht door deze laatste, of waarvan bestuur, directie of raad van toezicht voor meer dan de helft door deze laatste zijn aangewezen.

Of een instelling een publiekrechtelijke of privaatrechtelijke status heeft is niet van belang. De ingewikkelde formulering van overheid in deze richtlijnen is noodzakelijk om vermijdingsgedrag van nationale overheden te voorkomen. Zou de verplichting tot openbare aanbesteding beperkt zijn tot wat nationaalrechtelijk als 'overheid' wordt aangemerkt dan werd er vermoedelijk aanmerkelijk minder openbaar aanbesteed dan nodig, mogelijk en wenselijk is. Het zal echter niemand verbazen dat over een dergelijke definitie de nodige controversen mogelijk zijn.[202]

Maar ook wanneer een richtlijn op zichzelf geen specifieke verplichting voor overheidsorganen inhoudt maar alleen een verplichting tot wetgeving ten aanzien van andere rechtssubjecten, heeft het Hof particulieren de mogelijkheid geboden om beroep te doen op de richtlijn ten opzichte van anderen dan de Staat pur sang. In het Becker-arrest ging het niet om een direct beroep tegen de Staat als zodanig, maar tegen de belastingautoriteiten van de stad Münster. In de zaak Johnston[203] werd een richtlijnbepaling ingeroepen tegen een constitutioneel onafhankelijk orgaan, verantwoordelijk voor de handhaving van de openbare orde. In de zaak Fratelli Costanzo accepteerde het Hof dat een richtlijnbepaling kon worden ingeroepen tegen lokale autoriteiten.[204] In deze zaak ging het wel om een openbare aanbesteding, maar het Hof gaf het arrest een ruimere strekking dan in de zaak Beentjes.[205] Het nam in deze zaak niet het doel van de richtlijn als uitgangspunt voor de beantwoording van de vraag of de gemeente als overheid in de zin van de richtlijn moest worden beschouwd. Het Hof overwoog daarentegen dat het tegenstrijdig zou zijn om te oordelen dat particulieren tegen het

---

200 Zie artikel 1b van Rl. 71/305 zoals gewijzigd door Rl. 89/440, Pb. 1989, L 210.

201 Rl. 92/50, Pb. 1992 L 209/1 (dienstverlening); Rl. 93/36, Pb. 1993 L 199/1 (leveringen); Rl. 93/73, Pb. 1993 L 199/54 (uitvoering van werken).

202 Zie o.m. het advies van de Landsadvocaat van 13 juni 1995, over de vraag of instellingen van gezondheidszorg (die overwegend gefinancierd worden uit ziekenfonds en AWBZ-premies) moeten worden beschouwd als publiekrechtelijke instellingen in de zin van de richtlijnen.

203 Zaak 222/84, Johnston vs. Royal Ulster Constabulary, Jur. 1986, p. 1651.

204 Zaak 103/88, Fratelli Costanzo vs. Comune di Milano, Jur. 1989 p. 1839.

205 Zaak 31/87, reeds aangehaald.

optreden van de overheid voor de nationale rechter een beroep mogen doen op de bepalingen van de richtlijn die aan de voorwaarden voor rechtstreekse werking voldoet, en niettemin aan te nemen dat (bepaalde) overheidsinstanties niet verplicht zijn toepassing te geven aan de bepalingen van die richtlijn.

In de zaak Foster vs. British Gas[206] is het Hof nog een stapje verder gegaan. Het ging hier om vrouwen die door de British Gas Corporation (BGC) ontslagen werden op de leeftijd dat zij rechten konden doen gelden op staatspensioen. Voor mannen en vrouwen zijn die leeftijden verschillend. Volgens Foster en haar mede-appellanten was het verplichte ontslag een vorm van discriminatie in de zin van de Richtlijn 76/207.[207] Het voornaamste strijdpunt tussen BGC en de appellanten was niet òf de maatregel discriminerend was (daar was men het wel over eens), maar of de richtlijnbepaling tegen de BGC (en haar opvolger in rechte British Gas Plc.) kon worden ingeroepen.

Op de prejudiciële vraag van het House of Lords antwoordde het Hof als volgt: '(...) a body, whatever its legal form, which has been made responsible, pursuant to a measure adopted by the State, for providing a public service under the control of the State and has for that purpose special powers beyond those which result from the normal rules applicable in relations between individuals is included in any event among the bodies against which the provisions of a directive capable of having direct effect may be relied upon'.

Deze redelijk cryptische formulering leidt ertoe dat veel meer instellingen verplicht zijn richtlijnen direct toe te passen dan uitsluitend de overheid sec. Dit is saillant omdat volgens het arrest Marshall[208] de overheid richtlijnen rechtstreeks moet toepassen in al haar capaciteiten, dus ook daar waar privaatrechtelijk gehandeld wordt. Er is geen reden om aan te nemen dat dit anders zou zijn indien de instelling niet tot de overheid in enge zin behoort.

Welke instellingen voldoen aan de 'Foster'-criteria is overigens niet duidelijk.[209] Noch de concepten van 'dienst van openbaar belang', noch die van 'toezicht van de Staat' geven een exacte definitie. Leiding door de Staat kan op vele manieren gegeven worden: zowel door middel van financiering, vergunningstelsels, als door zeer strikte wetgeving. Mijns inziens is het belangrijkste criterium voor de verplichting tot rechtstreekse toepassing uit het Foster-arrest dat de instelling moet beschikken over bijzondere bevoegdheden die de normale regels die gelden tussen particulieren overschrijden.

Een ander probleem is of instellingen die niet direct tot de overheid in enge zin behoren, maar wel gehouden zijn richtlijnen direct toe te passen, schadeplichtig worden indien zij dit niet doen. Mijns inziens is dit wel het geval, hetgeen

---

206 Zaak C-188/89, Foster c.s. vs. British Gas Plc., Jur. I-3313.

207 Rl. 76/207, ter uitvoering van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen bij de toegang tot beroepsarbeid, beroepsopleiding, promotie en arbeidsvoorwaarden, Pb. 1976 L 39.

208 Zaak 152/84, Marshall vs. Southampton en South West Hampshire Health Authority, Jur. 1986, p. 723.

209 E. Steyger, De directe toepassing van richtlijnen door anderen dan de Staat, RegelMaat 1991, p. 10 e.v.

betekent dat een helder beeld over welke instellingen verplicht zijn tot het rechtstreeks toepassen van richtlijnen, gewenst is.

Dit geldt, volgens mij, overigens ook wanneer de nationale rechter nalaat het gemeenschapsrecht op juiste wijze toe te passen.[210] Hoewel ik niet, zoals Ter Kuile[211] van mening ben dat rechterlijke uitspraken die in strijd zijn met het gemeenschapsrecht niet definitief kunnen worden, meen ik wel dat de Lid-Staat aansprakelijk kan worden gesteld voor strijdige uitspraken van nationale rechters.[212] Dit is mijns inziens het gevolg van het feit dat de Lid-Staat aansprakelijk is voor de gedragingen van al zijn organen. Ik zie niet in waarom de rechterlijke macht daarbuiten zou vallen.

Deze conclusie leidt overigens wel tot het onwenselijke resultaat dat oneindige procedures gevoerd kunnen worden over een enkele zaak. Dit is het geval indien een Lid-Staat wordt aangesproken op het onrechtmatig handelen van een rechter, in de procedure daarover geen prejudiciële vragen worden gesteld, en vervolgens weer geprocedeerd kan worden over de onrechtmatigheid van het niet stellen van prejudiciële vragen. Een dergelijke Droste-cacao-blikjesreeks dient de rechtszekerheid bepaald niet. Op den duur, maar daarvoor is een verdragswijziging nodig, zal volgens mij, dan ook een direct beroep op het Hof open gesteld moeten worden, zodat het Hof kan toetsen of een uitspraak van een nationale rechter al dan niet in strijd is met het EG-verdrag. Een dergelijk beroep, dat uiteraard maar op beperkte gronden zou kunnen berusten, zou eventueel (in verband met de werklast van het Hof) gebonden kunnen worden aan een verlofstelsel.

De aansprakelijkheid voor het niet-toepassen van rechtstreeks werkende richtlijnbepalingen moet overigens wel onderscheiden worden van de Francovich-aansprakelijkheid.[213] Instellingen die niet tot de Staat in enge zin behoren kunnen mijns inziens niet op grond van de Francovich-criteria aansprakelijk worden, althans niet wanneer het, zoals in dat arrest, gaat om de omzetting van richtlijnen.[214] Voor het niet of niet-juist omzetten van een richtlijn in het nationale recht is vanuit Europeesrechtelijk oogpunt uitsluitend de Lid-Staat verantwoordelijk. Ook als de Staat de omzetting overlaat aan lagere overheden of aan 'Foster'-instellingen, dan nog behoudt de Staat zelf op grond van haar Europese verplichtingen de verantwoordelijkheid voor de omzetting. Bij het overlaten van de

---

210 Hierover is overigens geen jurisprudentie van het Hof.

211 B.H. ter Kuile, Het verband tussen artikel 177 EG, aalscholvers en pursers, NJB 1993, p. 1136-1141 en mijn reactie daarop in NJB 1993 p. 1482-1483.

212 Die uitspraken worden wel gedaan, vgl. o.m. de uitspraken van het Hof (zaak 102/88, Jur. 1989, p. 4311) en van het CRvB (CRvB, 6 juni 1991, AB 1991, 169) in de zaak Ruzius-Wilbrink.

213 Dat gebeurt niet altijd even goed, zie Rb. Utrecht, M. Lubsen vs. Staat der Nederlanden, 25 oktober 1995, JB. 1995, 305, m. nt. Jürgen Lefevre, waarin zowel de Staat als de gemeente aansprakelijk worden geacht op grond van de criteria neergelegd in het Francovich-arrest. Mijns inziens kan de gemeente slechts voor het niet-toepassen van de richtlijn aansprakelijk worden gesteld.

214 Dit zou eventueel anders kunnen zijn indien de criteria neergelegd in het Francovich-arrest ook gelden voor verdragsschendingen in het algemeen. Zie het preadvies van R.J.G.M. Widdershoven elders in dit boek.

omzetting van richtlijnen aan anderen, zal de Lid-Staat (in feite de nationale wetgever) dan ook zorg moeten dragen dat een soort taakverwaarlozingsregime in de wetgeving is opgenomen, voor het geval deze anderen nalatig zijn bij de implementatie.

Aansprakelijkheid van de Lid-Staat in een dergelijk geval bestaat mijns inziens ook dan, wanneer de Staat op grond van het nationale recht de bevoegdheid tot implementatie niet heeft; in een federale staat is iets dergelijks voorstelbaar. In een dergelijk geval kan een particulier op grond van het nationale recht mogelijk de wel tot omzetting bevoegde instantie aanspreken voor de schade; dit is echter een nationaalrechtelijke kwestie en neemt de (Europeesrechtelijke) aansprakelijkheid van de Staat, voortvloeiend uit Francovich niet weg. Wanneer in zo'n geval de Staat door een particulier wordt aangesproken kan deze zich niet disculperen op de grond dat hij niet bevoegd is tot omzetting. Al naar gelang de mogelijkheden van het nationale recht, zou hij slechts een recht van regres op het orgaan dat in gebreke is kunnen uitoefenen.[215] Voor de particulier is het mijns inziens simpel: deze kan altijd de Staat aanspreken.

Uit het bovenstaande blijkt dat het Hof voor de rechtstreekse toepassing van richtlijnen een materieel overheidsbegrip hanteert: het is niet van belang in welke juridische vorm de instelling is gegoten, maar welke taken hij uitoefent en welke bevoegdheden hij daarvoor heeft verkregen. Zijn deze bevoegdheden meer dan wat tussen particulieren gebruikelijk is, dan is er in de jurisprudentie van het Hof al snel sprake van een instelling met een bijzondere relatie met de burger, die zich onder andere uit in de verplichting tot rechtstreekse toepassing van richtlijnen.

Dit doet wel enigszins denken aan de definitie van bestuursorgaan in de Awb, die naast rechtspersonen die krachtens publiekrecht zijn ingesteld, ook andere personen of colleges met enig openbaar gezag bekleed daaronder begrijpt.[216] Uit deze definitie blijkt dat het in het Nederlandse recht meer van belang is of, en met welke bevoegdheden de entiteit een taak uitoefent dan of de entiteit een publiekrechtelijke rechtspersoonlijkheid heeft of op andere wijze in de reguliere overheidsstructuur is ingepast voor de vraag of een entiteit tot de overheid behoort. Voor het Hof van Justitie komt daar nog een aspect bij, namelijk of de taak zelf tot 'dienst van openbaar belang', 'taak van algemeen belang',[217] met andere woorden tot een taak van de overheid, moet worden gerekend. Dit laatste betekent dat het gemeenschapsrecht niet alleen invloed heeft op het concept van 'overheid' zelf, maar zelfs op de vraag welke taken door de overheid mogen worden uitgeoefend.

---

215 B. Hessel, K.J.M. Mortelmans, Decentralized Government and Community Law, Conflicting Institutional Developments, CMLRev, 1993, p. 905.

216 Een vergelijkbare definitie stond overigens ook al in de Wet AROB.

217 De terminologie verschilt hier en daar. In zaak C-188/89, Foster vs. British Gas Plc., Jur. 1990, p. I-3313, wordt gesproken van 'dienst van openbaar belang', artikel 90 EG-verdrag spreekt van 'diensten van algemeen economisch belang'.

4.3 Overheidstaken en de 'economische functie'

Wat precies tot de taken van de overheid moet worden gerekend is, zodra het niet meer gaat om klassieke staatstaken als defensie, politie en justitie, noch in het Europese recht, noch in het nationale recht altijd even duidelijk.

Het EG-verdrag erkent het verschijnsel overheidstaak, maar geeft daar (uiteraard) geen definitie van. De vraag wat een overheidstaak is en wat aan het particulier initiatief mag worden overgelaten, is er dan ook in beginsel één die door de Lid-Staten zelf wordt beantwoord, zij het dat de Gemeenschap, door regulering of harmonisatie taken aan de overheid toedeelt die in sommige Lid-Staten tot dan toe aan het particulier initiatief werden overgelaten. De Gemeenschap bepaalt in een dergelijk geval zelf dat een taak een overheidstaak is.[218]

De opvatting wat tot de taken van de overheid gerekend moet worden verschilt per Lid-Staat: zo wordt in Groot-Brittannië de organisatie van de gezondheidszorg opgevat als een overheidstaak terwijl dat elders in veel mindere mate het geval is.[219] Daarnaast hanteren Lid-Staten verschillende methoden om met overheidstaken om te gaan. Soms wordt de taakuitoefening op zichzelf overgelaten aan particulieren, maar wettelijk gereguleerd, een andere keer neemt de overheid zelf de uitvoering ter hand of beïnvloedt zij die uitoefening door de uitvoerder aan banden te leggen door, bijvoorbeeld, het toekennen van specifieke taken of, door gedeeltelijk eigendom van de organisatie die de taak uitvoert.

De keuze voor een bepaalde methode voor het uitoefenen van invloed wordt vaak niet bewust gemaakt maar komt voort uit toevalligheden. Veel uitvoeringsactiviteiten heeft de overheid zelf ter hand genomen uit noodzaak (zoals in Nederland het beschermen van het land tegen het water), of zijn doordat de zelfregulering van de markt faalde (zoals toezichthoudende taken, bijvoorbeeld op het gebied van arbeidsomstandigheden in veel Lid-Staten[220]) bij de overheid terechtgekomen. Daarnaast vindt er soms een verschuiving plaats: taken die in eerste instantie door particulieren werden uitgeoefend, zijn vanwege de garanties die de overheid meende te moeten bieden bij de uitoefening van die taak, soms zo vergaand gereguleerd dat men feitelijk kan spreken van taakuitoefening door de overheid, ook al hebben de uitvoerders nog steeds een privaatrechtelijke status.[221]

---

218 E. Steyger, European Community Law and the Self-regulatory Capacity of Society, JCMSt. Vol. 31, nr. 2, 1993, p. 171-190.

219 D. Curtin, The Province of Government, Delimiting the Direct Effect Directives in the Common Law context, European Law Review 1990, p. 195-233.

220 E. Steyger, Medezeggenschap bij veiligheid en gezondheid, de Europese regelingen, Deventer 1990, p. 204-213, en 241-256.

221 Als Nederlands voorbeeld kan de publieke omroep worden genoemd, die begon als particulier initiatief. De handelingsvrijheid van de omroepen is in de loop der tijd zozeer beperkt en wettelijk ingekaderd dat men hun handelen zonder veel moeite als overheidshandelen kan kwalificeren; zie in dit verband de conclusie van A-G Tesauro bij zaak C-148/91, Vereniging Veronica Omroep Organisatie vs. Commissariaat voor de Media, 3 februari 1993, nng, CLMRev 1994, p. 908-911, m. nt. W. Hins.

Anderzijds verschuift de overheid steeds meer taken naar de markt, waardoor de uitvoerende organisatie (die overheid was) als een van de vele uitvoerders zal moeten gaan concurreren met andere. In dit laatste geval zijn maatregelen welke de marktpositie van de uitvoerende organisatie beschermen al snel in strijd met het Europese recht.[222]

Het EG-verdrag stelt grenzen aan de mate waarin nationale overheden zich uitvoerende taken kunnen toeëigenen en deze uitvoering kunnen afschermen van de marktwerking. Zowel de bepalingen met betrekking tot de interne markt[223] als de mededingingsbepalingen (artikel 85 t/m 92) kunnen worden geschonden,[224] indien de overheid wat al te enthousiast taken die net zo goed in concurrentie kunnen worden uitgeoefend, voor haar rekening neemt en daarmee markten afschermt voor (buitenlandse) concurrenten. Kortom, het enkele feit dat een overheid zichzelf tot uitvoerder van een specifieke taak maakt, betekent niet dat dit Europeesrechtelijk ook als overheidstaak wordt gekwalificeerd.[225]

De vraag of een taak een overheidstaak is, is dus binnen het kader van het Europese recht van groot belang. Het Hof van Justitie maakt, om tot enige kwalificatie te komen, een onderscheid tussen taken van algemeen belang en een economische functie. Of een activiteit de uitoefening van een economische functie is, komt in het algemeen aan de orde in zaken waarin de vraag centraal staat of een bepaalde organisatie moet worden aangemerkt als onderneming in de zin van het EG-verdrag.

De duidelijkheid in de jurisprudentie is in dit verband echter ver te zoeken. Lange tijd leek het erop dat het Hof uitsluitend naar de activiteit als zodanig keek om te bezien of er sprake was van economisch handelen.[226] Met andere woorden: het Hof bezag of de activiteit zodanig kon worden uitgevoerd dat er winst mee gemaakt kan worden. Zou dit het geval zijn, zo redeneerde het Hof in het arrest Höfner vs. Macotron, dan zou de organisatie die de activiteit uitoefent, ongeacht haar rechtsvorm en de wijze waarop zij gefinancierd wordt, aan te merken zijn als een onderneming in de zin van het EG-verdrag.[227] Deze materiële invalshoek heeft als consequentie dat ook publiekrechtelijke instellingen die een economische functie uitoefenen kunnen worden aangemerkt als onderneming in de zin van het EG-verdrag.

In een latere uitspraak werd echter nog een ander element in de beschouwing

---

222 Om die redenen zijn zelfs overgangsmaatregelen om werkgelegenheidsredenen bij een overdracht van taken naar de markt niet acceptabel, zaak C-353/89, Commissie vs. Nederland, Jur. 1991, p. I-4069.

223 Zaak C-353/89, Commissie vs. Nederland, Jur. 1991, p. I-4069; zie ook zaak C-70/95, Sodemare SA c.s. vs. Regione Lombardia, nog niet gewezen; in dit verband is ook zaak C-189/95, Aklagaren vs. Harry Franzén (nog niet gewezen), betreffende het Zweedse wettelijke monopolie op de verkoop van alcoholhoudende dranken, wijn en zwaar bier, interessant.

224 Zaak C-41/90, K. Höfner en F. Elser vs. Macotron, Jur. 1991, p. I-1979.

225 E. Steyger, Het Europese recht en nationale stelsels van sociale zekerheid, deel I: een stelsel van sociale zekerheid en haar uitvoering, SMA 1994, p. 10 (Steyger, SMA 1994, I).

226 Zaak 66/89, Jur. 1989, p. 609 (Saeed).

227 Zaak C-41/90, Höfner vs. Macotron, o.c.

betrokken. Kan uit het arrest Höfner afgeleid worden dat een groot aantal activiteiten, ook die welke gefinancierd worden uit belastinggelden, aangemerkt kan worden als economische activiteiten, namelijk dan wanneer er winst mee gemaakt kan worden,[228] in het arrest Poucet vs. AGF et Camulrac en Pistre vs. Cancava[229] betrekt het Hof de wettelijke en feitelijke context waarin de activiteit verricht wordt bij de beoordeling. In dit arrest neemt het Hof aan dat uitvoerders van een stelsel van sociale zekerheid (verzekeraars) welke geen winstdoel hebben en onder strakke leiding staan van de Staat geen ondernemingen zijn in de zin van het EG-verdrag. De activiteit in het geding, verzekeren, kon op zichzelf uiteraard heel goed commercieel worden uitgeoefend. Dit bleek echter niet het enig beslissende criterium. Het feit dat de activiteit zich afspeelde binnen een wettelijk sociaal-zekerheidsstelsel, speelde bij de beoordeling van de vraag of deze specifieke verzekeringsactiviteit een economische activiteit was een grote rol.

Het Hof stelde wel enige voorwaarden aan wat als een stelsel van sociale zekerheid kan worden aangemerkt: het stelsel dient een sociaal doel te hebben en gebaseerd te zijn op het solidariteitsprincipe. Dit principe komt in dit geval, volgens het Hof tot uitdrukking in de herverdeling van inkomens in verband met de noodzakelijke dekking van sociale risico's, voor degenen met weinig financiële middelen.[230] Met andere woorden: niet elke wettelijke inkadering van een activiteit is voldoende, de inkadering moet een element van algemeen belang (in dit geval voorzien in de noodzakelijke dekking van sociale risico's) in zich bergen.

Naar aanleiding van het arrest Poucet zou kunnen worden gesteld dat een activiteit geen economische is, indien het kader waarin de activiteit wordt uitgeoefend, op zichzelf kan worden gezien als overheidstaak.[231] Sociale zekerheid behoort daar (kennelijk) toe. In een dergelijk geval is de taak als geheel meer bepalend voor de vraag of een uitvoerder een onderneming is dan de activiteit sec; zij het dat bij de kwalificatie van de organisatie zelf wel eisen worden gesteld aan de mate van leiding van de Staat en de wijze waarop de activiteit wordt uitgeoefend.

Naast activiteiten die slechts de uitvoering van een wettelijk ingekaderde overheidstaak zijn, is er nog een aantal activiteiten welke op zichzelf staan en commercieel uitgeoefend kunnen worden maar die een element van algemeen (economisch) belang in zich dragen. Eenheden die deze taken uitvoeren kunnen

---

228 P. Wilmovsky, Mit besonderen Aufgaben betraute Unternehmen, unter dem EWG-Vertrag, ZHW 155 (1991) 545-572.

229 Gevoegde zaken C-159/91 en C-160/91, Poucet et Pistre, 17 februari 1993, nng, European Law Review 1994, CC91-CC94, m. nt. N.N.

230 Steyger, SMA 1994, I. p. 13.

231 H. Akyürek-Kievits, Artikel 90 EEG-verdrag: het slijpen van de messen, SEW 4 (1993) april, p. 277, heeft naar aanleiding van de overeenkomend conclusie van A-G Tesauro bij dit arrest scherpe kritiek op het incorporeren van een op zichzelf economische activiteit (verzekeren) in de manier waarop deze wordt uitgeoefend. Het Hof beoordeelt niet zozeer de wijze waarop de activiteit wordt uitgeoefend als wel het kader waarbinnen deze wordt uitgeoefend.

aangemerkt worden als ondernemingen, zij het dat deze ondernemingen een bijzondere status in het EG-verdrag hebben. Deze status is te vinden in artikel 90 EG-verdrag. Om welke taken het gaat is (wederom) niet altijd even duidelijk. Lid-Staten zelf dienen, wanneer zij zich op de toepasselijkheid van artikel 90 beroepen, aan te tonen dat een taak een algemeen economisch belang heeft; doen zij dit niet dan voelt het Hof zich niet geroepen dit te onderzoeken.[232]

Zo accepteerde het Hof dat onder meer als dienst van algemeen economisch belang kan worden aangemerkt: het bedienen van openbaar-vervoerlijnen die uit commercieel oogpunt niet rendabel zijn,[233] de elektriciteitsvoorziening tegen uniforme tarieven en op voorwaarden die slechts op objectieve voor alle afnemers geldende criteria mogen variëren[234] en het uitzenden van televisieberichten.[235] Het element van algemeen belang lijkt in deze gevallen gevormd te worden door het feit dat de (noodzakelijke) vruchten van de activiteit ten goede komen aan personen die, indien de activiteit commercieel zou worden beoefend niet van deze vruchten zouden kunnen profiteren omdat ze onbetaalbaar (ofwel anderszins onbereikbaar) zouden worden.

Om vast te stellen in hoeverre het Europese recht een belemmering kan vormen voor de uitoefening van overheidstaken door een privaatrechtelijke of geprivatiseerde organisatie moet, gezien het bovenstaande, dus in eerste instantie worden gekeken naar de taak die de organisatie gaat uitoefenen. Is dit een taak welke kan worden gerekend tot de wettelijk ingekaderde, zeg maar 'zuivere' overheidstaken dan kan het zo zijn dat de uitvoerder van die taak geen onderneming in de zin van het EG-verdrag is en dus buiten de mededingingsbepalingen van het EG-verdrag valt. Bovendien mag in zo'n geval de overheid ten gunste van de instandhouding van het systeem de bepalingen betreffende het vrij verkeer van goederen, belemmeringen met betrekking tot het recht van vestiging, en het vrij verkeer van diensten handhaven voor zover deze noodzakelijk zijn ter instandhouding van het systeem en niet leiden tot discriminatie naar nationaliteit. Is de taak in feite een 'economische activiteit' in de zin van het verdrag, dan zal deze activiteit een element van algemeen belang moeten bevatten wil de organisatie niet zonder meer als onderneming aangemerkt worden. Dit laatste maakt overheidsbemoeienis door middel van monopolisering van de activiteit buitengewoon moeilijk.

Voorts is van belang hoe de organisatie zelf is gereguleerd. Daarop ga ik hieronder in.

4.4 De ruimte voor de organisatie een eigen beleid te voeren

Uit het voorgaande blijkt dat uitvoering van 'echte' overheidstaken door privaatrechtelijke organisaties in elk geval geen probleem vormt wanneer de taak wordt toebedeeld aan een organisatie die volstrekt gebonden is aan de overheid en niet

232 Zaak C-179/90, (Porto di Genova), Jur. 1991, I-5923.
233 Zaak 66/86, o.c. (Saeed).
234 Zaak C-393/92, Gemeente Almelo vs. NV Energiebedrijf IJsselmij, Jur. 1994, I-1477.
235 Zaak 155/73, Sacchi, Jur. 1974, p. 409.

al te veel beleidsvrijheid heeft, zolang deze taak van algemeen belang kan worden geacht en is ingebed in een wettelijk kader waaruit dat algemeen belang naar voren komt. Voorts is er geen probleem indien een taak volledig wordt afgestoten en aan het particulier initiatief wordt overgelaten en de overheid zich er in het geheel niet meer mee bemoeit (men kan zich dan wel afvragen of er dan wel van een 'overheidstaak' sprake was of van oneigenlijke taakuitoefening van de overheid).

De problemen ontstaan in twee gevallen:

a. wanneer de uitvoerder van de 'echte' overheidstaak de vrijheid heeft of krijgt nevenactiviteiten te gaan uitoefenen en

b. indien een taak die als overheidstaak wordt uitgeoefend ten dele kan worden aangemerkt als een economische activiteit.

Een extra probleem wordt gevormd door het feit dat niet altijd even duidelijk is of de taak als geheel een 'echte' overheidstaak is. Met name bij verzelfstandiging van overheidstaken blijkt vaak dat slechts een deel van de overgedragen taak (ook als deze tot dan toe door de overheid werd uitgeoefend) een 'echte' overheidstaak was, terwijl een aantal andere activiteiten die (min of meer) noodzakelijk zijn voor het uitvoeren van die taak tot de activiteiten van iedere gewone onderneming behoren.

4.4.1 De uitvoerder van de 'echte' overheidstaak heeft of krijgt de ruimte om nevenactiviteiten uit te gaan oefenen

De status van de uitvoerder

Zolang de uitvoerder van een 'echte' overheidstaak zich uitsluitend bezighoudt met de uitvoering van deze taak zal er, ook indien deze een zekere mate van beleidsvrijheid heeft, niet snel een probleem ontstaan.[236] Echter, als een uitvoerder van een 'echte' overheidstaak commerciële nevenactiviteiten gaat ontplooien begeeft hij zich op het terrein waar andere ondernemers zich eveneens op bewegen of kunnen bewegen. In dat geval is de uitvoerende organisatie een concurrent van andere ondernemingen, terwijl de financiering van de organisatie uit collectieve middelen of wettelijk verplichte bijdragen van belanghebbenden geschiedt. Daarmee heeft de organisatie een aanmerkelijk voordeel op gewone ondernemingen. De mogelijkheid van oneerlijke concurrentie ligt dan op de loer.

Wanneer een 'echte' overheidstaak wordt uitgevoerd door een privaatrechtelijke organisatie zal het probleem van het aantrekken van additionele taken zich betrekkelijk snel voordoen. Zeker bij een nieuw uit te voeren privatisering van een bepaalde taak, is het in veel gevallen immers de bedoeling om de nieuw opgerichte organisatie de vrijheid te bieden beleid te voeren en de aanwezige know-how te gelde te maken door het aantrekken van commerciële activiteiten. Sterker nog, in bepaalde gevallen is het uitoefenen van een op zichzelf economi-

236 Zaak C-364/92, SAT Fluggesellschaft mbH vs. Eurocontrol, Jur. 1994, p. I-43.

sche activiteit een voorwaarde om de uitoefening van de overheidstaak mogelijk te maken.

Of de organisatie die de overheidstaak uitvoert, met het aantrekken van additionele taken per definitie een onderneming in de zin van het EG-verdrag wordt, is daarmee overigens niet zeker. Indien de organisatie geen vrijheid heeft daarover te beslissen, daarnaast geen winstoogmerk heeft en zij geheel onder controle blijft van de Staat is er, zoals uit het al genoemde arrest Poucet bleek, geen sprake van een onderneming in de zin van het EG-verdrag. Dit kan anders worden indien de beleidsvrijheid van de organisatie groter wordt en de additionele taken van de organisatie een nadrukkelijk onderdeel van de activiteiten van de organisatie gaan uitmaken.[237] Waar die grens ligt is echter nog niet zo duidelijk.

De vraag naar die grens is reeds actueel gebleken in de sociale zekerheid. Dit bleek in de zaak Poucet, maar ook in de zaak Van Schijndel[238] speelt dit aspect een grote rol. Deze zaak, die een schoolvoorbeeld bevat van de problematiek, draait mede om de vraag of een particulier pensioenfonds, waaraan de deelneming op grond van de Wet betreffende verplichte deelneming in een beroepspensioenregeling verplicht is, een onderneming is in de zin van het EG-verdrag.[239] Door de in de wet voorgeschreven verplichte deelneming zou in strijd gehandeld worden met onder meer de artikelen 86 en 59 EG-verdrag. De situatie in deze zaak lijkt enigszins op de situatie in de zaak Poucet, zij het met enige niet onbelangrijke, verschillen. Om te beginnen zijn pensioen- en spaarfondsen wel gebonden aan een aantal wettelijke regels maar hebben zij tegelijkertijd binnen dat kader een zekere beleidsvrijheid. Daarnaast zal een pensioenfonds, in tegenstelling tot de ziektekostenverzekeraar in de zaak Poucet, de ingekomen gelden moeten beleggen om te zijner tijd de pensioenuitkeringen te kunnen doen. Beleggen, ook al gebeurt dat niet zozeer met het oogmerk winst te behalen voor de beleggende instantie, is een economische activiteit. Kortom een substantieel deel van de activiteiten van een pensioenfonds kan als een economische functie in de zin van het EG-verdrag gekwalificeerd worden.

In een Franse zaak betreffende een niet op winst gerichte uitvoerder van een facultatief aanvullend sociaal zekerheidsstelsel, de Caisse centrale de la mutualité sociale agricole, kwamen beleggingsactiviteiten ook aan de orde. Deze Caisse werd wel een onderneming in de zin van artikel 85 geacht, onder meer vanwege de beleggingsactiviteiten die noodzakelijk waren voor een goede uitvoering van

---

237 Deze criteria zijn overigens ook te vinden in de Franse rechtspraak omtrent het 'établissement public'; N. Verheij, Bevoegdheidsverdeling tussen burgerlijke rechter en bestuursrechter, Preadvies voor de Nederlandse vereniging voor rechtsvergelijking, Deventer 1994, p. 37.

238 Gev. zaken C-430 en 431/93, Van Schijndel en Van Veen, 14 december 1995, Jur. 1995, nng.

239 De zaak is niet op dit punt beslist. Het Hof volstond met een beantwoording van de voorvraag dat de nationale rechter niet verplicht is prejudiciële vragen te stellen, nu partijen zich niet op het gemeenschapsrecht beriepen, en de feiten van de zaak niet tot aanvulling van de rechtsgronden in die zin noodzaakten; zie hierover het preadvies van R.J.G.M. Widdershoven.

de taak. Daarnaast achtte het Hof het solidariteitsbeginsel op basis waarvan de Caisse opereerde te beperkt. Het feit dat het stelsel dat werd uitgevoerd een sociale doelstelling had, en de betrekkingen van de Caisse met haar verzekerden voortvloeiden uit een publiekrechtelijk statuut, bleken niet genoeg om de Caisse voor een status als onderneming te behoeden.[240]

Niettemin kan het wenselijk zijn ter bescherming van de verzekerden en hun belangen, om pensioenfondsen voor wat betreft de sociale-zekerheidskant van hun activiteiten, wettelijk in te kaderen. Op deze wijze kan bereikt worden dat pensioenfondsen niet hoeven te concurreren om de 'beste' risico's, ten nadele van de 'slechte' risico's. De bedoeling van dergelijke fondsen is immers te voorzien in een reëel pensioen voor alle beroepsbeoefenaren in een bepaalde sector.

Nu kan men stellen dat een pensioenfonds, gezien het feit dat de activiteiten wettelijk zijn ingekaderd en het gericht is op een sociaal doel geen onderneming is. Dit zou echter betekenen dat de beleggingsactiviteiten niet onder de mededingingsbepalingen van het EG-verdrag zouden vallen, hetgeen een onwenselijk resultaat kan hebben (bijvoorbeeld indien Nederlandse pensioenfondsen afspraken gaan maken met elders gevestigde pensioenfondsen, waardoor pensioenfondsen de Europese beleggersmarkt aardig zouden kunnen beheersen).

Een tweede mogelijkheid zou kunnen zijn dat een pensioenfonds uitsluitend wordt aangemerkt als een onderneming voor zover het de economische activiteiten betreft. Dit zou leiden tot een wat merkwaardige constructie die pensioenfondsen ten dele buiten de toepasselijkheid van de mededingingsbepalingen houdt. Het is niet zeker of een dergelijke constructie werkbaar is.

Een derde mogelijkheid is, dat een pensioenfonds wordt aangemerkt als een onderneming in de zin van artikel 90, tweede lid EG-verdrag. In dat geval zou het pensioenfonds worden aangemerkt als een onderneming belast met een dienst van algemeen economisch belang en onder het 'verzachte' mededingingsregime van artikel 90 vallen. Het verschil tussen de 'artikel 90-constructie' en het slechts gedeeltelijk aanmerken van een organisatie als onderneming is, dat van een 'artikel 90-onderneming' alle activiteiten van de organisatie getoetst kunnen worden aan de artikelen 85 en 86 EG-verdrag, waarbij voor de taken van algemeen belang een specifieke toets bestaat, terwijl in het tweede geval (wanneer er slechts gedeeltelijk sprake is van een onderneming) de taken van algemeen belang helemaal niet getoetst kunnen worden.

Het aanmerken van pensioenfondsen als 'artikel 90-onderneming' zou het meest logisch zijn. Dit is zowel het geval met betrekking tot de status van de pensioenfondsen als zodanig (die voordat aansluiting op grond van de wet verplicht wordt, kunnen worden aangemerkt als ondernemingen), als met betrekking tot de taken die een dergelijke organisatie uitoefent.[241] Een probleem voor

---

240 Zaak C-244/94, Fédération francaise des société's d'assurance cs. vs. Ministère de l'Agriculture et de la Peche, 16 november 1995, Jur. 1995, nng.

241 Zie ook het arrest Sacchi, waarin het Hof overwoog dat bedrijven die om overwegingen van algemeen belang, het exclusieve recht tot radio- en televisieuitzendingen hadden verkregen, aangemerkt moesten worden als ondernemingen in de zin van artikel 90, eerste lid, voor zover de uitvoering van die taak activiteiten van economische aard met zich bracht

de toepasselijkheid van artikel 90 zou kunnen zijn dat dit artikel spreekt over ondernemingen die worden 'belast' met een taak van algemeen economisch belang.[242] Voor een organisatie die economische activiteiten verricht met het oogmerk winst te maken is het in het algemeen een belasting om met een wettelijke inkadering van zijn activiteiten opgezadeld te worden; voor een pensioenfonds, dat geen winstoogmerk heeft is dit nu juist het tegendeel van een belasting. Het feit dat een pensioenfonds, door de wettelijke inkadering, een exclusief recht verwerft een complete bedrijfstak, dan wel alle beoefenaren van een specifiek beroep te verzekeren, ontneemt het fonds de concurrentie van andere verzekeraars hetgeen eerder een voordeel is dan een belasting. Qua bewoordingen lijkt artikel 90, tweede lid dan ook meer geschreven voor 'echte' ondernemingen, dan voor corporatieve organisaties die min of meer per ongeluk de status van onderneming in de zin van het EG-verdrag blijken te hebben.

Voor de overheid is het zaak om bij privatisering van 'echte' overheidstaken zeer goed te regelen wat de bewuste organisatie wel en niet mag naast de uitvoering van de overheidstaak. Indien zij de uitvoerende organisatie alle ruimte laat om commerciële activiteiten te ontplooien dan kan dat zowel gevolgen hebben voor de ruimte die de organisatie heeft om zich buiten de werking van de mededingingsbepalingen te houden als voor de mogelijkheden tot financiering door de overheid of door middel van wettelijk verplichte bijdragen van particulieren. Hierop kom ik verderop nog terug.

De verplichtingen van de overheid

Naast het feit dat de status van een privaatrechtelijke organisatie die een overheidstaak uitvoert zelf precair wordt, indien deze de ruimte krijgt om commerciële activiteiten te ontplooien, stelt die status ook enige eisen aan de regulering van de overheid zelf. Deze zal er zorg voor dienen te dragen dat zowel de regels met betrekking tot de interne markt, als de regels met betrekking tot de mededinging en steun, niet worden overtreden.

De schending van de mededingingsregels kan ontstaan doordat de inkadering van de wettelijke taak zodanig is, dat deze de organisatie de mogelijkheid biedt maatregelen te nemen, die de mededinging beperken ten faveure van de eigen additionele taken.[243] Dit is bijvoorbeeld het geval indien een privaatrechtelijke organisatie die een 'echte' overheidstaak verricht, tevens als taak krijgt aan de overheidstaak gerelateerde produkten of diensten te keuren voordat zij op de

---

(zaak 155/73, Jur. 1974, p. 409).

242 Het woord 'economisch' lijkt de werking van artikel 90 te beperken. Mijns inziens moet het verstaan worden in de zin van 'algemeen belang', zodat diensten van sociaal belang, maar bijvoorbeeld ook van volksgezondheidsbelang (bijvoorbeeld het ophalen van hoogrisicomateriaal door destructiebedrijven) er ook onder vallen. Vgl. K.J.M. Mortelmans, Marktgerichte arbeidsongeschiktheidsregelingen onder de loep van de algemene leerstukken van het EG-recht, Sociaal recht, 1995, p. 332.

243 In dat geval is er mogelijk sprake van strijd met de artikelen 3g, 5 85 en 86 EG-verdrag, zie o.m. zaak T-548/93, Ladbroke Racing Ltd vs. Commissie, 18 september 1995, Jur, 1995, nng.

markt mogen komen, terwijl de organisatie zelf de produktie van de bewuste goederen of het verrichten van die diensten als additionele (commercieel uitgevoerde) taak op zich heeft genomen.[244] De overheid zal in haar regelgeving zorg moeten dragen voor de onafhankelijkheid van de overheidstaak, als deze invloed kan hebben op de activiteiten van de organisatie als marktdeelnemer.

Daarnaast kan een financiële bijdrage van de overheid aan een organisatie die een dienst van algemeen belang verricht onder het begrip steun in de zin van artikel 92 komen te vallen.[245] Dit kan het geval zijn, wanneer de organisatie nevenactiviteiten ontplooit waarmee hij commerciële ondernemingen beconcurreert, die geen overheidsbijdrage ontvangen.[246] Deze bijdrage hoeft niet een directe storting op de girorekening van de bewuste organisatie te zijn; ook bijdragen in de vorm van een belastingvrijstelling of een wettelijk verplichte heffing, geheven voor de diensten van algemeen economisch belang die de organisatie verricht, kunnen onder omstandigheden, als steun in de zin van artikel 92 EG-verdrag worden aangemerkt.

De regels met betrekking tot de interne markt kunnen op veel manieren in het geding komen. Om te beginnen kan dit gebeuren door de wettelijke inkadering zelf, die de uitvoering van de overheidstaak zodanig reguleert, dat inbreuk wordt gemaakt op, met name, het vrij verkeer van goederen[247] en diensten en het recht van vestiging. Dit is het geval indien de overheid in haar wetgeving aan de uitvoerder exclusieve rechten toekent die op zichzelf de handel beperken en die niet noodzakelijk zijn voor het te bereiken doel.

Daarnaast bestaat de mogelijkheid dat de organisatie zelf bij de uitvoering van haar overheidstaak naar nationaliteit discrimineert of de handel, dan wel het dienstenverkeer belemmert, ook al vloeit dit niet direct voort uit de toepasselijke wetgeving. Dit kan gebeuren wanneer de organisatie ongecontroleerd en onbenvloedbaar door de overheid maatregelen neemt die discriminerend of belemmerend werken ten opzichte van ondernemingen, beroepsbeoefenaren[248] of dienstverleners[249] in andere Lid-Staten. Beleidsvrijheid voor de organisatie moet dan ook gepaard gaan met garanties dat de organisatie zelf zich aan deze regels zal houden.

---

244 Zaak C-69/91, Decoster, 27 oktober 1993, Jur. 1993, nng, CLMRev. 1994, p. 867-873 m. nt. L. Hancher; zie in dit verband ook zaak C-162/95, betreffende telecommunicatieapparatuur, nog niet gewezen.

245 Zaak C-387/92, Banco de Crédito Industrial SA, thans Banco Exterior de Espana SA/Ayuntamiento de Valencia, Jur. 1994, p. I-877.

246 Hierbij kan men denken aan de uit wettelijk verplichte omroepbijdragen gefinancierde publieke omroep welke commerciële nevenactiviteiten gaat uitoefenen (abonnee-televisie, pay per view etc.) welke activiteiten ook commercieel worden beoefend.

247 Zaak 72/83, Campus Oil, Jur. 1984, 2727.

248 Zaak 246/80, Broekmeulen vs. Huisartsen Registratie Commissie, Jur. 1981, p. 2311.

249 Zaak C-260/89, Elliniki Radiophonia Tileorassi AE, Jur. 1991, p. I-2925.

4.4.2 *De taak die als overheidstaak werd uitgeoefend is (gedeeltelijk) een economische activiteit*

Een ander probleem dat zich kan voordoen, en zich met name bij privatisering zal voordoen, is dat de taak die tot dan toe door de overheid werd uitgevoerd in zichzelf een economische activiteit is welke echter enkele aspecten van algemeen belang blijkt te omvatten.

Zoals uit het arrest Höfner vs. Macotron bleek, betekent dit niet dat een dergelijke taak, zolang deze door de overheid wordt uitgevoerd, geen economische activiteit is; de eerlijkheid gebiedt echter toe te geven dat de vraag òf er sprake is van een economische activiteit vaak pas acuut wordt op het moment dat de privatisering een feit is. Pas dan blijkt dat er ondernemingen zijn die (delen van) de bewuste taak ook best commercieel willen uitvoeren. Bij dit soort taken kan men denken aan arbeidsbemiddeling, vervoer, energievoorziening etc. In deze sectoren heeft ook een groot deel van de privatisering in de Lid-Staten plaatsgevonden of uitvoering door private organisaties van oudsher bestaan.

Het resultaat van het toekennen van overheidstaken aan privaatrechtelijke organisaties in deze sectoren is dat er in feite ondernemingen in de zin van het EG-verdrag ontstaan,[250] al dan niet gedeeltelijk in eigendom van de overheid die, om hun taak van algemeen belang te kunnen vervullen, een exclusief recht toegekend krijgen. Het is voor dit soort ondernemingen dat artikel 90, tweede lid, EG-verdrag in feite geschreven is.

De vraag tot hoever de toekenning van een exclusief recht mag gaan is overigens volstrekt onduidelijk. Op zichzelf toetst het Hof de toekenning van een exclusief recht niet (althans niet expliciet) aan de vraag of een dergelijk recht geen onoorbare concurrentievervalsing in het licht van artikel 86 oplevert. Impliciet wordt er wel degelijk getoetst.

Weliswaar heeft het Hof in meer dan één arrest vastgesteld dat het enkele creëren van een machtspositie door middel van het verlenen van een exclusief recht niet onverenigbaar is met het EG-verdrag; het Hof voegde daar wel aan toe dat in die specifieke situaties de Lid-Staten deze exclusieve rechten verleende om niet-economische redenen van algemeen belang.[251] Daarnaast stelde het Hof in Höfner vs. Macotron[252] dat de Lid-Staat door het verlenen van een exclusief recht in strijd handelt met de artikelen 90 en 86, wanneer de organisatie die het exclusieve recht uitoefent alleen al door het enkele uitoefenen van dit recht, er toe komt misbruik te maken van zijn machtspositie. In dit geval bestond het misbruik dat door het in stand houden van het exclusieve recht werd veroorzaakt, daaruit dat het Bundesanstalt für Arbeit niet aan de vraag naar bemiddeling van hoger personeel kon voldoen, terwijl anderen zich niet op deze markt mochten

---

250 Overigens is het ondernemingsbegrip in dit verband jonger dan het toekennen van overheidstaken aan private organisaties. Zie o.m. N. Verheij, a.w. noot 236, Deventer 1994, p. 36-37.

251 Zaak 155/73, Sacchi, Jur. 1974, p. 409.

252 Zaak C-41/90, Höfner vs. Macotron, Jur. 1991, p. I-2010; zie ook de conlusie van A-G Elmer in zaak C-111/94, Job Centre Coop. arl., 8 juni 1995, n.n.g.

begeven. Ook in het arrest IJsselmij[253] gaat het Hof in op het karakter van de door de elektriciteitsmaatschappij verleende diensten, in verband met de vraag in hoeverre de mededinging beperkt mag worden.

Akyürek-Kivits concludeert uit het arrest Höfner vs. Macotron dat het instellen van een monopolie door middel van het toekennen van een exclusief recht wel degelijk toetsbaar is aan artikel 86 EG-verdrag.[254] Ik ben dat met haar eens. Immers de combinatie van het vereiste dat een algemeen belang in het spel moet zijn en tegelijkertijd de constatering dat het enkele uitoefenen van het exclusieve recht kan leiden tot misbruik van machtspositie, leidt in feite tot de conclusie dat Lid-Staten geen exclusieve rechten mogen toekennen waarop de verstrekking van goederen of diensten door middel van vrije concurrentie even goed zou kunnen geschieden. Met andere woorden: exclusieve rechten zijn gerechtvaardigd indien het gaat om 'echte' overheidstaken, maar dit is niet zonder meer het geval indien het gaat om 'gehele' of gedeeltelijke economische functies en het oordeel of een taak behoort tot de echte staatstaken of niet, ligt uiteindelijk wel degelijk bij het Hof van Justitie. Of dat goed is, is een andere zaak. Mijns inziens is dit niet iets waarover een rechter maar veeleer de politiek (nationaal of communautair) zou moeten beslissen. Niettemin, een privatiserende nationale overheid zal met het oordeel van het Hof rekening dienen te houden.

Met het bovenstaande is overigens niet gezegd dat de verlening van een exclusief recht uitgesloten is, indien een bepaalde door de overheid uitgevoerde taak tevens kan worden aangemerkt als een economische functie. Om te beginnen toetst het Hof marginaal. Zolang de Lid-Staat een niet-economisch algemeen belang weet aan te voeren, komt het Hof er in beginsel niet aan. Voorts moét er sprake zijn van misbruik van machtspositie in welke zin dan ook; is van misbruik geen sprake dan zal het Hof ook niet snel tot een verboden maatregel in de zin van artikel 90 concluderen.

Daarnaast heeft het Hof in het arrest Corbeau[255] wel enige ruimte geboden voor de overheid om de concurrentie te beperken in verband met taken van algemeen belang, ook als het een economische functie betreft. Deze zaak draaide om het exclusieve recht van de Belgische posterijen op de postverzorging. Corbeau had een bedrijf dat binnen de regio Luik, kort gezegd, bestellingen verzorgde van deur tot deur binnen twaalf uur en voor buiten de regio Luik een post-ophaalservice. De Regie der Posterijen heeft een dergelijke service niet.

Corbeau werd voor zijn activiteiten strafrechtelijk vervolgd, hetgeen leidde

---

253 Zaak C-393/92, Gemeente Almelo NV Energiebedrijf IJsselmij, Jur, 1994, p. I-1477.

254 H.E. Akyürek-Kivits, Artikel 90 EEG-verdrag, het slijpen van de messen, SEW 1993, p. 289. Zie in dit verband de zaak 202/88, Telecom, Jur. 1991, p. I-1259, waarin het Hof wel degelijk een oordeel uitspreekt over de toetsing van exclusieve rechten aan het verdrag. Deze zaak is echter niet geheel vergelijkbaar omdat deze tevens betrekking had op de bevoegdheid van de gemeenschapswetgever (i.c. de Commissie) een richtlijn vast te stellen op het gebied van telecommunicatieapparatuur waarin ook een relatie gelegen was met artikel 30.

255 Zaak C-320/91, Strafzaak tegen P. Corbeau, 19 mei 1993, Jur. 1993, nng, CLMRev. 1994, p. 514-515 m. nt. L. Hancher.

tot prejudiciële vragen ten aanzien van de verenigbaarheid van het exclusieve recht van de Regie der Posterijen met de artikelen 90 en 86 EEG-verdrag. Dat postverzorging in het algemeen een dienst van algemeen economisch belang is werd door het Hof als vaststaand aangenomen. Voorts, zo overwoog het Hof, kan de verplichting van het met deze taak belaste orgaan met zich meebrengen dat deze voor de minder winstgevende sectoren gecompenseerd wordt met winstgevende sectoren om een zeker economisch evenwicht te handhaven. Deze mogelijkheid tot compensatie kan een beperking van de mededinging rechtvaardigen, in die zin dat het andere particulieren verboden wordt deze activiteiten te verrichten ten faveure van de houder van het exclusieve recht. Dit geldt echter niet voor alle mogelijke diensten. Indien de diensten af te splitsen zijn van de dienst welke verricht wordt in het kader van het algemeen belang, dan is het niet gerechtvaardigd de mededinging te beperken, zeker niet wanneer de houder van het exclusieve recht deze dienst zelf niet aanbiedt.

Dit betekent, in het geval van uitvoering door een privaatrechtelijke organisatie van een overheidstaak die tevens ten dele een economische functie inhoudt, dat het exclusieve recht dat de organisatie wordt toegekend niet uitsluitend hoeft te gelden voor de taak verricht in het algemeen belang. Taken die wel winst opleveren en dus in concurrentie zouden kunnen worden uitgeoefend mogen eveneens voorbehouden worden, althans voorzover deze niet afsplitsbaar zijn van de eigenlijke overheidstaak.

De criteria van het arrest zijn overigens niet heel duidelijk. De vraag wanneer een dienst afsplitsbaar is van de taak in het kader van het algemeen belang (met name in het geval de houder van het exclusieve recht deze dienst wel aanbiedt) kan al de nodige problemen oproepen. Daarnaast is het criterium van compensatie niet helder. Mag het exclusieve recht zich uitsluitend tot de compensatie uitstrekken? Indien het winstgevende element van het exclusieve recht een groter deel van het geheel is, en dus voor meer dan uitsluitend compensatie zorgt, is er dan een ongerechtvaardigde beperking van de mededinging? Kortom, Corbeau levert ruimte op, zij het dat over de vraag hoe die ruimte mag worden ingevuld nog weinig helder is.

4.4.3 Tussenconclusie: het belang van het mededingingsrecht voor wetgever en bestuur

Uit het bovenstaande blijkt dat voor de nationale overheid, of dit nu de overheid op centraal of regionaal niveau is, het Europese mededingingsrecht van belang is op het moment dat uitbesteding van overheidstaken aan privaatrechtelijke organisaties wordt overwogen, indien de overheid deze organisaties tegelijkertijd aan een aantal verplichtingen wil binden. De organisatie van die taken zal moeten voldoen aan de regels die de Gemeenschap daaromtrent stelt. Het gemeenschapsrecht beïnvloedt direct de keuzes die door de overheid gemaakt worden, zowel aangaande de wettelijke inkadering van de organisatie en haar taken, als de mogelijkheden die de overheid de organisatie wil bieden winstgevende activiteiten te verrichten.

Om ieder misverstand te vermijden: het is niet zo dat uitbesteding van taken onmogelijk is. Het EG-verdrag voorziet zelf, door middel van artikel 90 EG-verdrag, in de mogelijkheid taken van algemeen (economisch) belang, onder een 'verzacht' mededingingsregime te brengen. De jurisprudentie van het Hof is op dit punt nog in ontwikkeling en heeft nog niet al te veel duidelijkheid gebracht over wat wel en wat niet mogelijk is.

Niettemin is het voor de (nationale of regionale) overheid die aan uitbesteding van diensten denkt, van belang dat een afweging tot privatisering niet alleen gemaakt moet worden met de nationaalrechtelijke wensen en problemen in het achterhoofd, maar dat tevens aan de Europeesrechtelijke problemen aandacht dient te worden geschonken. Om op dit punt enige eenheid in beleid te ontwikkelen zou het dan ook een goede zaak zijn wanneer, naar analogie van de Aanwijzingen inzake zelfstandige bestuursorganen, aanwijzigingen voor uitvoering van overheidstaken door privaatrechtelijke organisaties zouden worden ontwikkeld die, naast nationaalrechtelijke aspecten, ook ingaan op de Europeesrechtelijke aspecten van privatisering. Dit zou in elk geval bij nieuwe privatiseringen een hoop problemen kunnen voorkomen.

Voor bestaande privaatrechtelijke organisaties die overheidstaken uitvoeren is het een kwestie van afwachten hoe zij uiteindelijk binnen het Europese recht beoordeeld zullen worden. Hierbij is de situatie met name onzeker voor de privaatrechtelijke organisaties die werkzaam zijn op het gebied van de sociale zekerheid[256] en de organisaties die de Ziekenfondswet uitvoeren. Echter ook voor en door andere privaatrechtelijke organisaties, zoals de omroepen, zal het aantrekken van winstgevende activiteiten naast het uitvoeren van hun publieke taak zorgvuldig moeten worden afgewogen in het licht van het Europese mededingingsrecht. Hier ligt zowel een taak voor de regelgever als voor de organisaties zelf.

4.5 Financiering

Naast de vraag of een privaatrechtelijke organisatie die een overheidstaak uitvoert een onderneming in de zin van het EG-verdrag is, speelt ook het probleem van de financiering van die overheidstaak. Deze financiering kan op verschillende manieren.

Om te beginnen kunnen de activiteiten, voor zover het 'echte' overheidstaken zijn gefinancierd worden uit de collectieve middelen. Daarnaast is het mogelijk een bestemmingsheffing te introduceren. Een dergelijke heffing kan, afhankelijk van de activiteiten van de organisatie zowel het karakter hebben van een belasting of een retributie. Voorts is het mogelijk dat de organisatie wordt geacht zelffinancierend te zijn, dat wil zeggen dat zij zelf de prijs waarvoor zij haar produkten verkoopt, dan wel de diensten die zij levert kan vaststellen. Voor zover er een

256 Zie ook K.J.M. Mortelmans, Marktgerichte arbeidsongeschiktheidsregelingen onder de loep van de algemene leerstukken van het EG-recht, Sociaal recht 1995, p. 326-338.

algemeen belang is gemoeid met de verkoop van het produkt (bijvoorbeeld aardgasvoorziening) kan de vrijheid om de prijzen voor het produkt of de dienst vast te stellen, bij wet worden ingedamd.

De vraag welke methode van financiering gekozen wordt is in hoge mate afhankelijk van de overheidstaak die wordt uitgevoerd. Verricht een privaatrechtelijke organisatie taken die niet direct 'verkoopbaar' zijn als produkt omdat het gaat om activiteiten die de burgers in algemene zin ten goede komen, dan ligt financiering uit de collectieve middelen of door middel van een specifieke heffing of belasting eerder voor de hand dan wanneer het te leveren produkt ten goede komt aan individuele afnemers. Niettemin kan in dit laatste geval ook gekozen worden voor een heffing in plaats van financiering door prijsstelling door de organisatie zelf; dit is zeker het geval indien de individuele burger niet kan handelen zonder gebruik te maken van de diensten van de organisatie.

De keuze voor zelffinanciering van de organisatie met wettelijke randvoorwaarden van de vast te stellen prijzen, levert Europeesrechtelijk in het algemeen weinig problemen op, zolang deze prijzen op een reële hoogte liggen en de organisatie niet een groot concurrentievoordeel opleveren ten opzichte van andere ondernemingen. Wanneer gekozen wordt voor financiering uit de collectieve middelen of door middel van een (bestemmings)heffing ligt dit anders. In dat geval kan de heffing als zodanig in strijd komen met het EG-verdrag. Bovendien is het meer in het algemeen niet uitgesloten dat een overheidsbijdrage aangemerkt kan worden als (onverenigbare) steun in de zin van artikel 92 EG-verdrag.

4.5.1 Financiering van de overheidstaak door middel van een heffing

Voor de vraag of een heffing ter financiering van een privaatrechtelijke organisatie in strijd kan komen met het EG-recht zijn allereerst de activiteiten van de betrokken organisatie van belang. Hebben die activiteiten invloed op het verkeer van goederen dan zijn met betrekking tot heffingen andere artikelen uit het EG-verdrag van toepassing dan indien de organisatie zich bezighoudt met dienstverrichting.

Wanneer de activiteiten betrekking hebben op goederen dan kan een heffing ter financiering van de activiteiten van de organisatie in strijd komen met artikel 12 EG-verdrag (invoerrechten en heffingen van gelijke werking) of artikel 95 (verbod van discriminerende binnenlandse belastingen). Op beide verdragsbepalingen kan door de burger rechtstreeks een beroep worden gedaan.

Artikel 12 EG-verdrag verbiedt in- en uitvoerrechten en heffingen van gelijke werking. Onder heffingen van gelijke werking worden al die heffingen en belastingen verstaan die worden opgelegd in verband met het overschrijden van grenzen van produkten of die een (nadelig) effect hebben op het overschrijden van de grens door een produkt.[257]

Artikel 95 omvat een verbod van discriminerende binnenlandse belastingen. Onder belastingen in dit verband worden al die binnenlandse heffingen en

257 Zaak 24/68, Commissie vs. Italië, Jur. 1969, p. 201.

belastingen verstaan die zowel aan buitenlandse als binnenlandse produkten worden opgelegd.

Door wie een heffing of belasting opgelegd wordt is van minder belang voor de toepassing van het verdrag. Een basis in de wet is op zichzelf geen vereiste om toch onder de verbodsbepalingen te vallen. Bijvoorbeeld, een organisatie, waarvoor op grond van een overheidsregeling een aansluitplicht van bepaalde bedrijven bestaat, welke op haar beurt haar leden tot storting in een fonds verplicht, zal zich niet op haar privaatrechtelijke status kunnen beroepen om aan te kunnen tonen dat de bedoelde storting geen heffing is. De bewuste storting valt dan onder het begrip 'parafiscale heffing' en is evengoed onderworpen aan de verdragsregels als bij wet opgelegde heffingen.

Artikel 12 e.v. verbieden het opleggen van (nieuwe) heffingen van gelijke werking als in- en uitvoerrechten, met andere woorden het opleggen van heffingen bij en in verband met grensoverschrijding van produkten. Op dit verbod bestaan slechts enkele uitzonderingen: retributies, heffingen die voortvloeien uit het gemeenschapsrecht (bijvoorbeeld in het geval van verplicht voorgeschreven keuringen) en heffingen die een binnenlandse belasting zijn in de zin van artikel 95 EEG-verdrag.[258] Alle andere heffingen op grensoverschrijdend goederenverkeer, ook als ze te gering van hoogte zijn om tot prijsverhogingen te leiden of wanneer ze op produkten gesteld zijn die niet concurreren met binnenlandse produkten, vallen binnen de werking van het verbod.[259]

Het verbod op heffingen van gelijke werking treft heffingen opgelegd door gemeenten of regionale zelfstandige bestuursorganen evenzeer als nationale. Volgens het Hof moeten heffingen, opgelegd door een gemeente ter bekostiging van keuringen uitgevoerd in het kader van het algemeen belang, in dit geval inspecties op reeds in het land van herkomst gekeurd vlees, eveneens worden aangemerkt als een heffing van gelijke werking.[260]

Om onder het verbod te vallen hoeven de heffingen niet op specifieke produkten gelegd te worden. Ook heffingen die meer in het algemeen opgelegd worden aan importeurs voor het importeren van goederen vallen in beginsel onder het verbod, zij het dat er een uitzondering bestaat als het gaat om een vergoeding voor werkelijk aan de importeur verleende diensten. Deze uitzondering wordt echter zeer restrictief uitgelegd.[261]

Artikel 95 heeft, als het artikel letterlijk wordt genomen, uitsluitend betrekking op belastingen op produkten. Deze belastingen (bijvoorbeeld accijnzen en de

---

258 Zaak 46/76, Bauhuis, Jur. 1977, p. 5.

259 Zie zaak 24/68, Commissie vs. Italië, Jur. 1969, p. 201.

260 Gevoegde zaken C-277/91, C-318/91 en C-319/91, La Spezia, 15 december 1993, Jur. 1993, nng; zie ook Zaak C-485/93, Simitzi vs. Gemeente Kos, 14 september 1995, Jur. 1995, nng, betreffende een gemeentelijke in- en uitvoerheffing op de Dodekanesos, die bedoeld was om de plaatselijke produktie te stimuleren.

261 Zaak 251/78 Denkavit Futtermittel, Jur. 1979 p. 3369; zaak 132/78 Denkavit Loire Sàrl vs. Frankrijk, Jur. 1979 p. 1923; zaak 39.73 Rewe Zentralfinanz Jur. 1973 p. 1039; zaak 39/82 Donner vs. Nederland; Jur. 1983, p. 19; zaak 314/82 Commissie vs. België, Jur. 1984, p. 1543.

bijzondere verbruiksbelasting voor auto's) zijn toegestaan mits ze gelijkelijk aan binnenlandse en buitenlandse produkten worden opgelegd, geen middel vormen tot willekeurige discriminatie of tot zijdelingse bescherming van nationale produkten. Over artikel 95 bestaat een overvloed aan jurisprudentie, met name betreffende verschillende belastingtarieven op goederen die, althans volgens de Lid-Staten, volgens objectieve criteria tot stand waren gekomen, maar meestal geïmporteerde produkten hoger belastten dan nationale produkten.[262] Zo hanteerde het Verenigd Koninkrijk een verschillend tarief voor belasting op bier en wijn, waardoor over wijn onevenredig veel meer belasting moest worden betaald dan over bier[263]. Dit leverde naar de mening van de Commissie een bescherming van de Britse bier-produktie op, die des te saillanter was omdat het Verenigd Koninkrijk nagenoeg geen eigen wijnproduktie had. Volgens de Commissie was de verkoop van wijn dan ook afgeremd. Het Verenigd Koninkrijk meende echter dat er van protectionisme geen sprake was, onder meer omdat 'het luxe produkt' wijn geen substituut kon zijn voor de Britse volksdrank bier. Het Hof oordeelde echter dat een hoger belastingtarief wijn stigmatiseerde als luxe produkt en dat dit een discriminatie in de zin van artikel 95 kon opleveren. Ook andere zaken die belasting op drank betroffen[264] en een zaak die draaide om geïmporteerde luxe auto's in Frankrijk[265] hebben voor heldere jurisprudentie zorggedragen.

Niettemin kan artikel 95 ook betrekking hebben op heffingen geheven ter financiering van een privaatrechtelijke organisatie waarbij de relatie tot het produkt iets indirecter is. In dat geval wordt de afbakening tussen artikel 12 en artikel 95 van groot belang omdat artikel 12 een verbod inhoudt (nl. het verbod op heffingen met een gelijke werking als een in- of uitvoerrecht) waarop uitzonderingen mogelijk zijn, terwijl artikel 95 iets toestaat (nl. het heffen van binnenlandse belastingen) wat aan een aantal voorwaarden gebonden is.

Deze afbakeningsproblematiek werd al vroeg onderkend door het Hof. Deze legde expliciet de relatie tussen artikel 12 en artikel 95 in het arrest Bauhuis[266] door een belasting in de zin van artikel 95 als een uitzondering te kwalificeren op het verbod van heffingen van gelijke werking. Al eerder maakte het Hof uit dat het verbod op heffingen van gelijke werking van toepassing kan zijn op een binnenlandse belasting indien de opbrengst van deze belasting uitsluitend wordt gebruikt voor maatregelen ter bevordering van het nationale produkt.[267]

Recente rechtspraak levert het volgende op: een belasting die volledig ten goede komt aan het nationale produkt moet worden aangemerkt als een heffing

---

262 Zie in dit verband ook zaak 47/84, Gaston Schul, Jur. 1985, p. 1491, t.a.v. BTW.

263 Zaak 170/78, Commissie vs. Verenigd Koninkrijk, Jur. 1980, p. 417.

264 Zaak 106/84, Commissie vs. Denemarken, Jur. 1986, p. 833; zaak 243/84, John Walker, Jur. 1986, p. 875.

265 Zaak 112/84, Humblot, Jur. 1985, p. 1367.

266 Zaak 46/76, a.w.

267 Zaak 77/72, Capolongo Maya, Jur. 1973 p. 611. In een latere uitspraak bepaalde het Hof echter dat dit anders kan zijn indien de opbrengst welke geïmporteerde produkten leveren ten goede komt aan de algemene middelen, hetgeen niet ten goede kwam aan de duidelijkheid (zaak 45/75, Rewe Zentrale, Jur. 1976, p. 181).

van gelijke werking in de zin van artikel 12; een belasting waarvan de opbrengst gedeeltelijk ten goede komt aan het nationale produkt is een belasting in de zin van artikel 95, en wordt dan geacht discriminerend te zijn en is dus op die grond verboden.[268] Dergelijke heffingen worden dus geacht geïmporteerde produkten te benadelen. Voor het onderwerp van dit preadvies is deze jurisprudentie van belang omdat een heffing, opgelegd ter financiering van een privaatrechtelijke organisatie welke zich bezighoudt met de verbetering van de kwaliteit van het nationale produkt, afhankelijk van de wijze waarop deze gebruikt wordt, zowel een heffing in de zin van artikel 12 als een verboden belasting in de zin van artikel 95 kan zijn.

Overigens is daarmee niet elke heffing opgelegd ter financiering van een privaatrechtelijke organisatie die een overheidstaak uitvoert, verboden. Volgens het Hof is een binnenlandse belasting opgelegd zonder onderscheid aan nationale en geïmporteerde produkten, die niet ten goede komt aan het nationale produkt, maar ook geen rekening houdt met reeds in het land van oorsprong betaalde belastingen, wel toegestaan. Hoewel een dergelijke dubbele belasting het geïmporteerde produkt wel kan benadelen, meende het Hof dit niet als een discriminerende belasting te moeten kwalificeren.[269]

Houdt de privaatrechtelijke organisatie zich met activiteiten op het gebied van dienstverrichting bezig dan zijn de artikelen 12 en 95 in beginsel niet van toepassing. Niettemin kunnen ook ter financiering van dienstverrichtende privaatrechtelijke organisaties heffingen of belastingen opgelegd worden. Indien de activiteiten van deze eenheden gerelateerd zijn aan de vrijheid van dienstenverkeer of het vrij personenverkeer kunnen deze heffingen of belastingen belemmerend werken op het vrij verkeer, of discrimininerend zijn ten opzichte van buitenlandse dienstverrichters dan wel werknemers of personen die zich als ondernemer of vrije beroepsbeoefenaar willen vestigingen. In dat geval kan de heffing, wanneer deze getoetst wordt aan de algemene verboden met betrekking tot die vrijheden (artikel 48 werknemers, artikel 52, recht van vestiging, artikel 59 EG-verdrag diensten), in strijd met deze artikelen blijken te zijn.

De toetsing aan de algemene artikelen met betrekking tot vrij verkeer impliceert overigens wel dat er meer rechtvaardigingsgronden voor het opleggen van de heffing in het verdrag kunnen worden gevonden, dan bij de toetsing aan de artikelen 12 en 95 EG-verdrag. De artikelen 12 en 95 laten geen rechtvaardiging toe op grond van dwingende redenen van algemeen belang; de meer algemene verboden ten opzichte van de vier vrijheden doen dat wel. Dit neemt echter niet weg dat heffingen, ook indien gerechtvaardigd moeten worden geacht, niet mogen discrimineren naar nationaliteit.

Het Hof toetst dergelijke heffingen ook daadwerkelijk. Zo zijn er al verschillende arresten waarin een opgelegde heffing discriminerend werd geacht. Een heffing in de zin van een zekerheidsstelling door een executeur-testamentair

268 Zaak C-17/91, Lornoy, 16 december 1992, Jur. 1992, nng; C-114/91, Claeys, 16 december 1992, Jur. 1992, nng; gev. zaken C-144/91 en C-145/91, Demoor, 16 december 1992, Jur. 1992, nng.

269 Zaak C-72/92, Scharbatke, 27 oktober 1993, Jur. 1993, nng.

welke in een andere Lid-Staat gevestigd is, werd door het Hof discriminerend en in strijd met artikel 59 geacht.[270]

Wel mogen heffingen ter bekostiging van bepaalde administratieve formaliteiten, welke uitsluitend voor onderdanen van andere EG-Lid-Staten gelden en niet voor de eigen onderdanen (bijvoorbeeld verlof tot het voeren van een buitenlandse titel), worden opgelegd. Deze heffingen mogen echter niet buitenproportioneel zijn in vergelijking met retributies voor andere vergelijkbare administratieve formaliteiten.[271] Voorts mag het niet zo zijn dat in de Lid-Staat gevestigde ondernemingen fiscaal benadeeld worden bij teruggaaf van teveel betaalde belasting om het enkele feit dat zij hun fiscale domicilie in een andere Lid-Staat hebben.[272] Anderzijds accepteerde het Hof het argument van 'fiscale coherentie' als rechtvaardiging in het kader van de artikelen 48 en 52 (vrij verkeer van personen) voor een bepaling in de Belgische wetgeving die de aftrekbaarheid van betaalde premies voor volksverzekeringen alleen toestond ingeval die premies in België zelf waren betaald.[273] Kortom de jurisprudentie op het gebied van heffingen als belemmering van de andere vrijheden dan het vrij verkeer van goederen is bepaald nog niet uitgekristalliseerd.

Ten slotte is er nog het probleem van de bestemming van een heffing. Indien de bestemming van een heffing bedoeld is ter versterking van het nationale produkt of de nationale produktie is het, ook indien een heffing toelaatbaar is onder de algemene verboden in het verdrag, niet uitgesloten dat de heffing kan worden aangemerkt als steunmaatregel in de zin van artikel 92 EG-verdrag.[274] Dit is met name van belang voor heffingen in het kader van de dienstensector. Indien een heffing in het kader van de dienstensector op zichzelf in het algemeen belang kan worden geacht kan de bestemming van de heffing, eventueel in combinatie met de activiteiten van de privaatrechtelijke organisatie deze via de weg van de onaanvaardbare steun alsnog onrechtmatig maken.

Of financiering van een privaatrechtelijke organisatie door middel van een overheidsbijdrage in zijn algemeenheid als steun in de zin van artikel 92 EG-verdrag gekwalificeerd kan worden, is wat moeilijker te zeggen. Dat hangt mede af van de activiteiten van de organisatie, van de tijd dat deze de activiteiten uitvoert en van het moment waarop de bijdrage wordt geleverd. Voert de organisatie uitsluitend 'echte' overheidstaken uit, dan is er in beginsel niets aan de hand. De bijdrage is in dat geval geen steun. Zijn de taken die de organisatie verricht

---

270 Zaak C-20/92, Hubbard, Jur. 1993, I-3777; zie ook zaak C-323/95, Hayes en Hayes vs. Kronenberger DmbH i.L., nog niet gewezen, die eveneens de cautie aanvechten, maar dan op grond van artikel 7 EG-verdrag.

271 Zaak C-19/92, Kraus, 31 maart 1993, Jur. 1993, nng, CLMRev. 1993, p. 1255-1258, m. nt. W.-H. Roth.

272 Zaak C-330/91, Inland Revenue Commissioners, Commerzbank AG, 13 juli 1993, Jur. 1993, nng, European Law Review 1994, p. 317-318, m. nt. D. Williams.

273 Zaak C-204/90, Bachmann, Jur. 1992, p. I-249; zie in dit verband ook de conclusie van A-G Jacobs van 19 september 1995 bij zaak C-151/94, Commissie vs. Luxemburg, nog niet gewezen.

274 Zaak 78/76, Steinike, Jur. 1977, p. 595.

mogelijk geen 'echte' overheidstaken, maar dateren zowel de activiteiten als de bijdrage (die onder andere omstandigheden misschien als steun zou kunnen worden gekwalificeerd) van voor de sluiting van het verdrag dan wordt de bijdrage niet aangetast. Dit is zelfs het geval als de organisatie zijn werkterrein uitbreidt waardoor de bestaande steunmaatregel materieel effect heeft op die nieuwe activiteit, althans zolang de nieuwe activiteit binnen het kader van de activiteiten waarvoor de organisatie oorspronkelijk in het leven was geroepen past, ook als deze zeer ruim omschreven zijn.[275]

Daarnaast is het bij privatisering van overheidstaken zo dat op het moment van privatisering er nog enige ruimte is om een financiële bijdrage te leveren,[276] zij het dat daarbij de privaatrechtelijke organisatie niet in een voordeliger positie mag komen te verkeren dan zijn concurrenten in de gemeenschap.[277]

Een overheidsbijdrage kan echter een probleem gaan vormen indien de organisatie een economische activiteit uitoefent die slechts een klein element van algemeen belang vertegenwoordigt. Ter financiering van de activiteit(en) welke in het algemeen belang zijn kan een bijdrage noodzakelijk zijn. Dit neemt niet weg dat de gehele activiteit een economische is en dientengevolge in concurrentie met (andere) ondernemingen wordt uitgeoefend, of kan worden uitgeoefend. Steunmaatregelen kunnen die concurrentie vervalsen.

Het Hof accepteert dat in die situatie de privaatrechtelijke organisatie voor wat betreft steunverlening, niet in eenzelfde situatie verkeert als een gewone onderneming.[278] Waar gewone ondernemingen hun strategie vooral kunnen richten op de vereisten van winstgevendheid daar moeten privaatrechtelijke organisaties (als zij ook onderneming zijn) die tevens een algemeen belang vertegenwoordigen, hun beslissingen mede door dat algemene belang laten leiden.

Dit heeft als consequentie dat de overheidsbijdrage niet anders (lees: hoger) mag zijn dan gebruikelijk is binnen gewone ondernemingen,[279] tenzij een hogere bijdrage vanuit het algemeen belang gerechtvaardigd kan worden geacht. De overheidsbijdrage moet wel voldoen aan de voorwaarden gesteld in artikel 92, tweede en derde lid, of zij moet voortvloeien uit andere verdragsartikelen.[280]

Het gaat hier uiteraard om een ondoorzichtig terrein. De wijze waarop openheid wordt betracht over de financiële relaties tussen overheid en privaatrechtelijke organisaties die in deze situatie verkeren wordt beheerst door de richtlijn inzake doorzichtigheid in de financiële betrekkingen tussen de Lid-Staten en

---

275 Zaak C-44/93, Namur Les assurances du crédit SA vs. Nationale Delcrederedienst en Belgische Staat, Jur. 1994, I-3829.

276 Zaak 234/84, België vs. Commissie, Jur. 1986, p. 2263.

277 Beschikking van de Commissie inzake Rover, Pb. 1989 L 25.

278 Gev. zaken 188 t/m/ 190/80, Frankrijk, Italië en Verenigd Koninkrijk vs. Commissie, Jur. 1982, p. 2545.

279 Zaak C-305/89, Italië vs. Commissie, Jur, 1991, p. I-1603.

280 T.R. Ottervanger, Transparancy in the Relations between member States and Public Undertakings: State Aids, in: J.H.V. Stuyck, A.J. Vossestein (eds.) State entrepeneurship, National Monopolies and European Community Law, Deventer 1993, p. 79.

openbare bedrijven (Transparantierichtlijn).[281] Het voert te ver om in dit kader uitgebreid op deze richtlijn in te gaan.

Het bovenstaande betekent dat de financiering van een privaatrechtelijke organisatie die een overheidstaak uitvoert, geen zaak meer is waar de nationale overheid vrijelijk over kan beslissen. Zowel de fundamentele vrijheden van het verdrag als de mededingingsbepalingen kunnen, als het om financiering gaat, in het geding komen. Bij elke beslissing hieromtrent zal bekeken moeten worden op welke wijze de financiering het beste kan worden geregeld en hoe de tarieven van heffingen ter financiering van de activiteiten moeten worden vastgesteld. Daarnaast zal in bijna alle gevallen een financieringsmaatregel moeten worden gemeld bij de Commissie, aangezien niet de nationale overheid, maar de Commissie de instantie is die beoordeelt of een maatregel al dan niet een verboden steunmaatregel in de zin van het verdrag is.

4.6 Uitvoering van overheidstaken door privaatrechtelijke organisaties in de Awb: the worst of both worlds?

Uit het bovenstaande blijkt dat het Hof, voor de beantwoording van de vraag of een organisatie aangemerkt moet worden als onderneming, er betrekkelijk weinig waarde aan hecht of die organisatie een privaatrechtelijke organisatie of een publiekrechtelijke instelling is. De inhoud van de taak en de wijze waarop de uitvoering is ingekaderd is in de ogen van het Hof belangrijker.

Het Nederlandse bestuursrecht heeft zich los van deze jurisprudentie ontwikkeld. Het feit dat een organisatie aangemerkt kan worden als onderneming in de zin van het Europese mededingsrecht heeft geen consequenties voor de vraag of die organisatie bestuursorgaan is in de zin van het de Awb.

Zoals hierboven al opgemerkt is de definitie in de Awb, maar ook de definitie in de voormalige Wet AROB weinig formalistisch. Op grond van de Wet AROB heeft de Afdeling rechtspraak privaatrechtelijke organisaties die een overheidstaak uitoefenen aangemerkt als administratief orgaan in de zin van die wet. De Afdeling ging uit van de criteria dat er, in beginsel,[282] een wettelijke grondslag voor het uitoefenen van de taak moet zijn en de organisatie het vermogen heeft bindende beslissingen ten opzichte van derden te nemen.[283]

In een van de eerste beslissingen op grond van de praktisch gelijkluidende definitie bestuursorgaan in de Awb ging de Rechtbank Maastricht aanmerkelijk

---

281 Rl. 80/723, Pb. 1980 L 195.

282 Bij subsidies lag dit iets anders, zie Afd. Rp. RvS, 4 november 1993, AB 1994, 182; zie ook N. Verheij, Het systeem van de Algemene wet bestuursrecht, 2e druk, Nijmegen 1995, p. 26.

283 AR 16 januari 1991, AB 1992, 662, m. nt. ICvdV, Fondsenwet scheppende kunsten; zie ook AR 2 oktober 1990, AB 1991, 531, m. nt. J. van de Bij en J. Spanninga, Centraal Fonds voor de Volkshuisvesting; de noot van J.A. Borman bij AR 7 april 1978, AB 1978, 474 en de noot van H.J. Simons bij Voorz. AR 12 oktober 1978, AB 1988, 448, Vereniging Centraal Bureau voor Taxi's.

verder dan de Afdeling rechtspraak.[284] In deze uitspraak werd een particuliere stichting die geen grondslag in de wet had én waarin de overheid geen overheersende invloed[285] uitoefent aangemerkt als bestuursorgaan in de zin van de Awb op de grond dat de stichting feitelijk functioneert als uitvoerder van een taak die de reguliere overheid aan zich heeft getrokken.

Zelfs als deze uitbreiding van de invulling van het begrip bestuursorgaan in hoger beroep ongedaan wordt gemaakt is het begrip bestuursorgaan, als gedefinieerd in de Awb, al ruim genoeg om daar privaatrechtelijke organisaties die op basis van een wettelijke taaktoedeling een publiekrechtelijke taak uitoefenen, onder te begrijpen. Dit geval doet zich voor indien de privaatrechtelijke organisatie in staat is 'bindende beslissingen' te nemen ten opzichte van derden.

Dit betekent dat een privaatrechtelijke organisatie die enerzijds een overheidstaak uitoefent en op die grond een wettelijk exclusief recht (lees: wettelijke grondslag) heeft verkregen maar die tegelijkertijd wordt geacht te concurreren, het ongeluk kan hebben zowel bestuursorgaan in de zin van de Awb te zijn (namelijk als deze organisatie bindende beslissingen kan nemen ten opzichte van derden) als een onderneming in de zin van het Europese recht. Het gevolg is dat de organisatie enerzijds moet voldoen aan de Awb-regels voor zorgvuldig handelen ten opzichte van de burger, hetgeen een ander gedrag vereist dan 'ondernemers' ten toon kunnen spreiden ten opzichte van burgers. Anderzijds is deze organisatie op hetzelfde moment gehouden de regels die het Europese mededingingsrecht stelt na te leven. Dit laatste voorkomt dat de organisatie kan profiteren van allerlei concurrentievoordelen die aan het zijn van 'overheid' zijn verbonden. Dit lijkt mij al geen eenvoudige opdracht voor de bewuste organisatie.

Daarnaast is ook het Europese recht in zichzelf niet consistent. Een onderneming en bestuursorgaan als hierboven beschreven kan ook nog gehouden zijn op grond van het Europese recht zelfstandig richtlijnen direct toe te passen en met een beetje pech valt hij ook nog binnen de omschrijving van publiekrechtelijke organisatie in de openbare aanbestedingsrichtlijnen, waardoor de vrijheid van handelen al helemaal wordt beperkt. Kortom een dergelijke organisatie heeft te maken met alle nadelen die beide rechtssystemen te bieden hebben.[286]

Dit probleem kan zich in de toekomst in steeds grotere mate gaan voordoen. Er wordt immers steeds meer geprivatiseerd, waarbij de geprivatiseerde organisatie zich slagvaardig in de markt moeten gaan opstellen en hun activiteiten in

---

284 Pres. Rb. Maastricht 94/2747 Wet VV GEF, 28 december 1994, E. vs. Stichting Silicose Oud-mijnwerkers; Rb. Maastricht, 21 april 1995, J. 1995, 116, F. Janko w/v Wantola e.a. vs. Bestuur van de Stichting Silicose Oud-mijnwerkers, met noot F. Stroink.

285 Hierover is een uitvoerige discussie geweest zowel in de parlementaire geschiedenis als in de literatuur; zie o.m. De parlementaire geschiedenis van de Algemene wet bestuursrecht eerste tranche, Alphen aan den Rijn, p. 133 en p. 144 en M. Bense, Sj. Zijlstra, Het begrip bestuursorgaan, NTB 1994, 253 e.v.

286 Omgekeerd kan een geprivatiseerde organisatie ook zijn geprivilegieerde positie m.b.t. de uitvoering van bepaalde opdrachten kwijtraken en, in verband met de openbare-aanbestedingsrichtlijnen, gedwongen worden naast anderen mee te dingen naar bepaalde opdrachten, hoewel dit niet de bedoeling van de privatisering was, zie Rb. Arnhem, 18 mei 1995, de Gemeentestem 1995, 7018.

concurrentie met anderen moeten gaan uitoefenen, terwijl ze tegelijkertijd een wettelijke taak in het kader van het algemeen belang hebben. Maar ook aan de andere kant ontstaat een dreiging. Min of meer corporatieve organisaties, die op zich zelf niet op winst gericht zijn,[287] zoals pensioenfondsen, worden, zoals recente zaken bij het Hof aantonen, steeds meer onder druk gezet.[288] In veel gevallen is dit soort organisaties aan te merken als bestuursorgaan, omdat er wettelijke verplichtingen tot aansluiting bestaan of omdat zij op een bepaald punt een wettelijk afgedekt monopolie hebben. Tegelijkertijd ontstaat vanuit het Europese recht de druk om ze als onderneming aan te merken en ze conform de mededingingsregels te laten werken. De problemen die dit soort organisaties krijgen zijn des te saillanter omdat ze meestal niet zijn opgericht met een winstdoelstelling, maar nog voortkomen uit de tradities die de vroegere verzuiling met zich meebracht.[289] Dit niet op winst gerichte particulier initiatief is jarenlang door de overheid gestimuleerd. Doordat het Europese recht slechts onderscheid maakt tussen 'overheid' en 'onderneming' kan, zoals uit hierboven besproken jurisprudentie blijkt, dit soort organisaties vaak slechts door kunstgrepen buiten het mededingingsrecht worden gehouden.

4.7 Conclusie

Uit het bovenstaande blijkt dat bij uitvoering van overheidstaken door privaatrechtelijke organisaties goed zal moeten worden gekeken naar de aard van de taak, de wettelijke inkadering en de mate van beleidsvrijheid die binnen die kaders geoorloofd is, voor een beslissing kan worden genomen over de vraag of een dergelijke organisatie zich op de 'markt' moet gaan begeven. Dit speelt in hoge mate bij privatisering van overheidstaken, maar ook het karakter van de organisatie hangt daar in grote mate vanaf.

Daarnaast blijft het van belang in de gaten te houden welke nevenactiviteiten een uitvoerder van een 'echte' overheidstaak kan en mag gaan ontplooien. Zowel de regelgeving van de overheid als de activiteiten van de organisatie zelf kunnen in strijd komen met het gemeenschapsrecht.

De mate waarin artikel 90 EG-verdrag van toepassing is of kan zijn op en

287 Zie de reeds geciteerde zaken C-159/91, Poucet en Pistre, en C- 430/93, Van Schijndel t.a.v. de sociale-zekerheidssfeer, en de zaken C-41/90, Höfner, en C-134/95, USSL nr. 47 di Biella vs. Instituto nazionale per l'assicurazione contro gli infortuno sul lavoro, op het gebied van arbeidsbemiddeling.

288 Zie ondermeer de opmerkingen van T.R. Ottervanger in 'Is de 'verplichte winkelnering' bij bedrijfstakpensioenfondsen in strijd met de Europese regels?', Welwezen (verzekeringsmagazine van het Verbond van Verzekeraars) nr. 5 (oktober 1994), p. 20-23.

289 Denk in dit verband aan de 'Rooie familie' die naast de Partij van de Arbeid bestond uit vakbonden (verenigd in vroeger NVV, nu FNV), ziekenfondsen (bijvoorbeeld Algemeen Ziekenfonds de Volharding in Den Haag, dat zelfs eigen ziekenhuis had), een omroepvereniging (de VARA), een verzekeringsmaatschappij (de Centrale Arbeiders Levensverzekeringsmij, nu Reaal-verzekeringen) woningbouwverenigingen, een eigen krant (Het Vrije Volk), enz. enz.

welke ruimte de toepassing van dit artikel kan bieden aan verzelfstandigde eenheden die een taak uitoefenen welke gedeeltelijk is aan te merken als een economische functie is nog niet duidelijk. Dat de ruimte er is blijkt uit de jurisprudentie; deze is echter nog sterk in ontwikkeling.

Het tegelijkertijd uitbreiden van het begrip bestuursorgaan maakt de positie van privaatrechtelijke organisaties die overheidstaken uitvoeren maar die tegelijkertijd moeten concurreren en dus onderneming in de zin van het Europese recht zijn, nog meer precair. Het lijkt mij nauwelijks doenlijk om te concurreren onder marktvoorwaarden en tegelijkertijd gehouden te zijn de bepalingen van de Algemene wet bestuursrecht, die geschreven zijn voor het verkeer tussen de overheid en de burger, toe te passen. Aansluiting van beide systemen op elkaar lijkt mij gewenst.

Dat die aansluiting niet alleen in wijzigingen in het Nederlandse recht omtrent bestuursorganen moet worden gezocht lijkt mij voor de hand te liggen. Een van de problemen met het uitvoeren van overheidstaken door privaatrechtelijke organisaties is dat het gemeenschapsrecht slechts onderscheid maakt tussen taken die door de overheid verricht worden en die welke in ondernemingsverband worden uitgevoerd. Hoewel dit onderscheid in veel gevallen bevredigend kan werken, moet niet worden vergeten dat in veel Lid-Staten van de Gemeenschap, en zeker ook in Nederland, taken in het algemeen belang zijn toebedeeld aan het niet op winst gerichte particulier initiatief, dat nadrukkelijk niet tot de overheid behoort, maar ook geen onderneming in de gebruikelijke zin van het woord is. Dat dit soort organisaties wordt aangemerkt als bestuursorgaan lijkt, gezien hun activiteiten en de daaruit voortvloeiende bevoegdheden ten opzichte van burgers, redelijk, maar slechts dan wanneer zij niet tegelijkertijd de status van onderneming krijgen onder het Europese recht.

De belangrijkste conclusie van dit hoofdstuk is echter dat de vraag wat tot de taken van de overheid gerekend moet worden, en hoe de overheid deze taakuitoefening moet organiseren niet meer uitsluitend door de nationale overheden beantwoord kan worden. Het privatiseringsbeleid van nationale overheden heeft een Europese dimensie gekregen, waarbij de nationale overheid met onverwachte (en vooral ook ongewenste) consequenties van haar keuzes geconfronteerd kan worden.

5 Ten slotte

Het gemeenschapsrecht en het nationale bestuursrecht hebben zich lange tijd onafhankelijk van elkaar ontwikkeld, en dientengevolge lange tijd betrekkelijk weinig aandacht aan elkaar geschonken. Het gevolg van dat langs elkaar heen leven begint zich nu te wreken. Nu het gemeenschapsrecht zijn invloed begint uit te oefenen op delen van het nationale recht die tot voor kort geacht werden geheel buiten de bevoegdhedensfeer van de Gemeenschap te vallen, blijkt dat de communautaire en de nationale systemen niet altijd even goed op elkaar aansluiten.

Dit gebrek aan aansluiting is ten dele het gevolg van het feit dat gemeenschapsrecht ontleend wordt aan verschillende rechtsstelsels, terwijl het zich tegelijkertijd nog aan het ontwikkelen is. Dit levert om te beginnen een gebrek aan systeem en doctrine op. Daarnaast worden problemen omtrent overregulering en gebrekkige kwaliteit van wetgeving, waarvoor inmiddels op het nationale niveau grote belangstelling bestaat, op het communautaire niveau nog nauwelijks onderkend. Voeg daarbij dat de Gemeenschap vergeleken bij de nationale overheid een veel kleiner arsenaal aan instrumenten heeft om bepaalde beleidsdoelstellingen te bereiken en het is niet zo verwonderlijk dat er tussen gemeenschapsrecht en nationale bestuursrecht de nodige botsingen ontstaan.

Die botsingen komen op verschillende plaatsen voor. Regelgeving waarbij de aansluiting tussen het communautaire en het nationale niveau gemist wordt is er één van. Daarnaast is de botsing te vinden in het bestuur dat plaatsvindt op grond van het gemeenschapsrecht. Wanneer de Commissie als bestuursorgaan handelt en als zodanig beschikkingen geeft aan de Lid-Staten, dienen de Lid-Staten deze, ook al zouden dezelfde beschikkingen op nationaal niveau in strijd met de Awb (en dan met name de beginselen van behoorlijk bestuur) geacht worden, loyaal uit te voeren en, indien nodig te verdedigen. Hoewel langzaamaan communautaire beginselen van behoorlijk bestuur zijn ontstaan, is er op dat gebied nog heel wat ontwikkelingswerk noodzakelijk, juist waar het gaat om de verhouding tussen het communautaire bestuur en het nationale.

Nationale tradities, zowel in regelgeving, als in besturen, komen door het gemeenschapsrecht onder druk te staan. Dit is overigens niet per definitie slecht. Enige reflectie bij de nationale overheid, zowel waar het gaat om instrumentenkeuze als over organisatiemodellen kunnen tot een beter nationaal beleid en uiteindelijk tot een beter nationaal recht leiden, zelfs als die reflectie afgedwongen wordt door communautair recht dat in eerste instantie niet geacht werd op deze zaken invloed te hebben.

Tegelijkertijd levert de geleidelijke impliciete uitbreiding van de bevoegdheden van de Gemeenschap, naar mijn mening, ook verplichtingen op voor de Gemeenschap zelf. Een federale overheid kan niet ongenuanceerd blijven profiteren van rechtspraak waarin het nationale bestuursrecht gedwongen wordt zich in te passen in het keurslijf van het gemeenschapsrecht. De communautaire belangen, en dan met name het alomvattende belang van het bereiken van het volle effect van het gemeenschapsrecht, kunnen niet blijven leiden tot het opzij schuiven van nationale bestuursrechtelijke beginselen en tradities die niet alleen maar geschreven zijn ter praktische organisatie van het bestuur, maar soms ook regelrecht vanuit het belang van de burger.

De effecten van het gemeenschapsrecht op het nationale bestuursrecht zullen dus moeten leiden tot actie van de Gemeenschap op dit punt. Dit betekent dat het communautaire bestuursrecht zich zal moeten ontwikkelen op een wijze die niet uitsluitend leidt tot het hakken in het nationale bestuursrecht, ten faveure van communautaire begrippen en belangen. Integendeel, er zal een plaats moeten worden ingeruimd voor een genuanceerde toepassing van nationale begrippen en tradities. Dit kan met gebruikmaking van het huidige communautaire instrumentarium. Het EG-verdrag is flexibel genoeg om zowel de communautaire wetgever als het Hof van Justitie de mogelijkheden te bieden om nationale bestuursrechtelijke concepten in te passen, zonder een complete aanpassing te vereisen. Als voorbeeld kan de, hierboven door mij verdedigde, aangepaste toepassing van artikel 90 EG-verdrag op het niet op winst gerichte particuliere initiatief, gelden.

Daarnaast zal vanuit de Gemeenschap meer aandacht moeten worden besteed aan ontwikkelingen in de Lid-Staten op het gebied van het gebruik van regelgevende en bestuurlijke instrumenten. Juist waar het gaat om dat gebruik bestaat er in de Lid-Staten een langere ervaring die, bijvoorbeeld in Nederland, geleid heeft tot vermindering van overheidsregulering als zodanig ten faveure van voorschriften waaraan de overheid zichzelf bij haar bevoegdheidsuitoefening te houden heeft. Een dergelijke ontwikkeling komt niet uit de lucht vallen, maar is gebaseerd op bevindingen in het verleden. De Gemeenschap kan leren van die nationale ervaringen en pogen daarin haar eigen weg te vinden, zonder dat hele proces, dat nationale overheden allang achter de rug hebben, nog eens dunnetjes over te doen.

Het communautaire bestuursrecht verkeert op een aantal punten nog in een betrekkelijk primitieve fase. De gevolgen daarvan zijn terug te vinden in de wijze waarop het intervenieert in het nationale recht. Daarnaast is nog steeds niet duidelijk welke kant de Gemeenschap uiteindelijk op zal gaan: die van een federatie of van een internationale organisatie met wat supranationale trekjes. Het EG-verdrag is nog onvolmaakt als constitutie en wordt getypeerd als een lelijke eend onder de verdragen.[290] De tweeslachtigheid over die status van het EG-verdrag heeft op zichzelf zijn invloed op de ontwikkeling van het communautaire bestuursrecht. Een internationale organisatie bevindt zich, zowel ten opzichte van de burgers als ten opzichte van haar leden, nu eenmaal in een andere positie dan

290 G. Tanja op het Asser Colloquium 1995, The Treaty on a European Union, Suggestions for Revision, 14 t/m 16 oktober te Scheveningen, sessie: Division of Powers.

een federatie. Toch is er geen reden om pessimistisch te zijn over de toekomstige ontwikkelingen: de Gemeenschap is tenslotte nog jong en we weten allemaal wat er wordt van lelijke jonge eendjes.

Naar een bestuurs(proces)rechtelijk Ius Commune in Europa

Mr. R.J.G.M. Widdershoven

1 Inleiding *99*
1.1 Een gemeenschappelijk bestuurs(proces)recht in Europa *99*
1.2 De tegenbeweging in de Lid-Staten *101*
1.3 Probleemstelling en opbouw; beperkingen *105*

2 Communautarisering van nationaal bestuursprocesrecht *107*
2.1 Inleiding *107*
2.2 Nationale procesrechtelijke autonomie en de vereisten van non-discriminatie en effectiviteit (fase 1) *109*
2.3 Het beginsel van effectieve rechtsbescherming (fase 2) *112*
2.4 Creatie en regulering van rechtsmiddelen in de nationale rechtsorde (fase 3) *118*
2.5 Nationale procesrechtelijke autonomie herontdekt? (fase 4) *120*
2.6 Evaluatie *122*

3 Doorwerking van gemeenschapsrecht in de nationale rechtsorde *125*
3.1 Inleiding *125*
3.2 Drie instrumenten van doorwerking *126*
3.2.1 Rechtstreekse werking *126*
3.2.2 Gemeenschapsrechtconforme uitleg *127*
3.2.3 Francovich-aansprakelijkheid *130*
3.3 De plaats van de Francovich-aansprakelijkheid *134*
3.4 Abstract-formele versus concreet-inhoudelijke toetsing *138*
3.4.1 Begripsbepaling *138*
3.4.2 Nadere omlijning van de problematiek *139*
3.4.3 Keuze voor concrete, richtlijnconforme toetsing *142*
3.4.4 Grenzen aan concrete, richtlijnconforme toetsing *146*
3.5 Conclusies *148*

4 Ambtshalve toepassing van het EG-recht *149*
4.1 Inleiding *149*
4.2 Ambtshalve toepassing van EG-recht: twee opvattingen *150*
4.3 Het standpunt van het Hof: de derde weg *152*
4.4 Ambtshalve toepassing van EG-recht door de Nederlandse bestuursrechter *156*
4.4.1 Inleiding *156*

4.4.2 Te laat inbrengen van aan dwingend EG-recht ontleende gronden *158*
4.4.3 Ambtshalve toepassing van EG-recht ten gunste van appellant *159*
4.4.4 Ambtshalve toepassing van gemeenschapsrecht leidend tot reformatio in peius *162*
4.4.5 Ambtshalve toepassing van gemeenschapsrecht in hoger beroep en cassatie *163*
4.5 Conclusie *165*

5 Voorlopige rechtsbescherming in geldigheidskwesties *167*
5.1 Inleiding *167*
5.2 Van Foto-Frost naar Zuckerfabrik en Atlanta *168*
5.3 De nationale kort-gedingrechter als communautaire rechter *173*
5.3.1 Communautaire criteria in de nationale rechtsorde *173*
5.3.2 Diversiteit in de toepassing van uniforme criteria *175*
5.3.3 Enige procesrechtelijke complicaties *180*
5.4 Conclusie *181*

6 Structuurkenmerken van een gemeenschappelijk Europees bestuurs(proces)recht *183*
6.1 Inleiding *183*
6.2 Gedeelde maar samenwerkende rechtsbescherming *184*
6.3 De centrale plaats van de remedies *186*
6.4 Een ius commune van algemene rechtsbeginselen *188*
6.5 Een gemengd subjectief-objectief karakter *191*
6.6 Grensoverschrijdende betekenis *194*
6.7 Conclusie *198*

7 Slotbeschouwing *199*

1 Inleiding[1]

1.1 Een gemeenschappelijk bestuurs(proces)recht in Europa

Wie kennisneemt van recente juridische literatuur komt steeds vaker bijdragen tegen met titels als 'Tendencies towards a common administrative law in Europe', 'Judicial protection against Member-States: A new Ius Commune takes shape', 'Die Europäisierung des Allgemeinen Verwaltungsrechts', 'Naar een Europees gemeen recht van algemene rechtsbeginselen', 'Vereinheitlichung des Verwaltungsverfahrensgesetzes in der EG', et cetera.[2] De boodschap van deze bijdragen is duidelijk. De invloed van het communautaire recht is langzamerhand niet meer beperkt tot functionele rechtsgebieden als het mededingingsrecht, het economisch recht, het milieurecht of het fiscaal recht, maar strekt zich inmiddels ook uit tot de algemene leerstukken en grondslagen van de nationale rechtsstelsels in de Lid-Staten van de EG.[3] Nationale leerstukken zoals de rechtsbescherming en het procesrecht, de algemene rechtsbeginselen, de (overheids)aansprakelijkheid, de handhaving en het organisatierecht raken door vooral de rechtspraak van het Hof van Justitie en, in minder mate, de secundaire EG-regelgeving 'gecommunautariseerd'.[4] Dit proces heeft als gevolg dat de nationale rechtsstelsels naar elkaar toegroeien. Een ius commune op hoofdlijnen is in wording. Deze ontwikkeling doet zich voor in het bestuursrecht en constitutioneel recht, maar bijvoorbeeld ook in het privaat- en strafrecht.[5] In deze bijdrage concentreer ik mij op het

---

1 Dit preadvies is mede gebaseerd op onderzoek, verricht tijdens een door NWO gefinancierde detachering bij het Centrum voor Rechtshandhaving en Europese Integratie. De auteur dankt mr. M.P. Gerrits-Janssens en mr. R. de Lange voor hun commentaar en M. van Dijk en mr. M. Bruggemans voor het vele uitzoekwerk.

2 Respectievelijk, J. Schwarze, ELR 1991, p. 3-19; R. Caranta, CMLR 1995, p. 702-726; F. Schoch, Juristen Zeitung, 1995, p. 110-123; W. van Gerven, RM Themis 1995/5, p. 233-243; J. Schwarze/Ch. Stark (Hrsg.), Europarecht, Beiheft 1/1995.

3 In dit preadvies worden de termen EG-recht, communautair recht en Europees recht door elkaar gebruikt. Wanneer onder Europees recht ook het EVRM-recht wordt begrepen wordt dit expliciet vermeld.

4 Vgl. voor het organisatierecht het preadvies van E. Steyger.

5 Vgl. voor het privaatrecht: E.H. Hondius, Naar een Europees burgerlijk recht, en L.A.D. Keus, Europees privaatrecht, een bonte lappendeken, Preadviezen, uitgebracht voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht en de Nederlandse Vereniging voor Europees Recht, Lelystad 1993.

bestuursrecht, meer in het bijzonder op de rechtsbescherming en het bestuursprocesrecht.

De achtergrond van deze ontwikkeling is reeds vaker beschreven. Bij de uitvoering van het Europese recht zijn het communautaire en nationale recht met elkaar verweven. De communautaire en nationale rechtsorde moeten worden beschouwd als een *geïntegreerde rechtsorde*. Binnen deze geïntegreerde rechtsorde worden op Europees niveau in het EG-Verdrag en in secundaire regelgeving over allerlei onderwerpen algemene regels gegeven. De uitvoering en handhaving hiervan en de rechtsbescherming vinden vervolgens grotendeels plaats op het niveau van de Lid-Staten met behulp van het nationale recht. Men duidt dit verschijnsel wel aan als *gedeeld bestuur*.[6] Omdat het Europese recht hierdoor voor een effectieve doorwerking afhankelijk is van de nationale rechtsstelsels worden vanuit Europa steeds vaker eisen gesteld aan die nationale rechtsstelsels. Vooral het Hof is in deze actief. In een reeks van arresten heeft het Hof 'verordonneerd' dat nationale rechtsstelsels moeten voorzien in een stelsel van effectieve rechtsbescherming hetgeen mede de mogelijkheid van het treffen van een voorlopige voorziening en het aansprakelijk stellen van de overheid impliceert, dat beroepstermijnen soms niet mogen worden toegepast, dat de bestuurlijke besluitvorming is gebonden aan diverse rechtsbeginselen et cetera. In hoofdstuk 2 wordt nader op deze rechtspraak ingegaan. De door het Hof gestelde eisen hebben uiteraard alleen betrekking op het nationale recht voorzover dat wordt ingezet voor de uitvoering van EG-recht. Daarnaast komt het echter voor dat Lid-Staten de desbetreffende normen en beginselen ook gaan toepassen op zuiver nationale terreinen. Achtergrond van dit proces van *vrijwillige adoptie* of *analoge toepassing* kan in de eerste plaats zijn dat men de door het Hof ontwikkelde concepten en leerstukken een goede aanvulling acht op het eigen rechtsstelsel.[7] In dit verband is het van belang dat de door het Hof ontwikkelde leerstukken natuurlijk niet op een achternamiddag zijn 'verzonnen', maar dat deze zijn ontleend aan de regels die in wetgeving, wetenschap en rechtspraak der deelnemende landen zijn aanvaard.[8] In de rechtspraak kan men dan ook invloeden herkennen van de rechtsstelsels van vooral de grote Lid-Staten Frankrijk en Duitsland.[9] In feite is hierdoor sprake van een wederzijdse beïnvloeding van communautair en nationaal recht. Het EG-recht put uit de nationale bronnen van

---

6 A.W.H. Meij, Rechtsbescherming bij gedeeld bestuur, NTB 1993/1, p. 75-76.

7 R. Widdershoven en R. de Lange, Tendencies towards European standards in national administrative law in the Netherlands, NISER-Utrecht 1994, p. 104-105. Dit rapport is opgenomen in J. Schwarze (eds.), Tendencies towards European standards in national administrative law, Baden-Baden 1996. In dit boek zijn voorbeelden van vrijwillige adoptie in andere Lid-Staten te vinden. Zie hierover voorts: W. van Gerven, Bridging the gap between Community and national law: towards a principle of homogeneity in the field of legal remedies?, CMLR 1995, p. 679-702, i.h.b. 699-702.

8 Zie reeds HvJEG 12 juli 1957, gev. zaken 7/56 en 3-7/57, *Algera*, Jur. 1957, p. 120.

9 P.J.G. Kapteyn, Hof van Justitie: Europeesrechtelijke invloed op het nationaal bestuurs(proces)recht. Op weg naar een Europees bestuurs(proces)recht, in: J.A.E. Vervaele (red.), Bestuursrechtelijke toepassing en handhaving van gemeenschapsrecht in Nederland, Deventer 1993, p. 214-215; J. Schwarze, a.w. 1991, p. 15-16.

bestuursprocesrecht, maar oefent op zijn beurt weer invloed uit op de nationale procesrechten. Een andere reden om tot analoge toepassing van communautaire normen en beginselen in nationale situaties over te gaan is, dat aldus wordt voorkomen dat binnen één land verschillende regels gelden voor vorderingen die hun grondslag hebben in het Europese recht en zuiver nationale vorderingen. Een dergelijke tweedeling is om redenen van rechtseenheid, rechtszekerheid en rechtsgelijkheid uiteraard niet erg aantrekkelijk. Kortom, als gevolg van de dwingende beïnvloeding door het communautaire recht en het proces van analoge toepassing groeien de rechtsstelsels van de Lid-Staten en ook de nationale bestuurs(proces)rechten op hoofdlijnen naar elkaar toe. In een tijd dat de Europese eenwording op politiek niveau stagneert, lijkt dat een mooie zaak.

1.2 De tegenbeweging in de Lid-Staten

Elke beweging roept haar tegenbeweging op en met de ontwikkeling naar een bestuursrechtelijk ius commune is dat niet anders. Hoewel er nog niet echt kan worden gesproken van tegenstand op grote schaal wordt de wenselijkheid van een te ver gaande Europeanisering van de algemene leerstukken wel steeds vaker ter discussie gesteld. Waaraan ontlenen de Europese instellingen eigenlijk de bevoegdheid om verregaand in te grijpen in de nationale rechtsstelsels? Houdt men op Europees niveau wel voldoende rekening met de rechtstradities van de Lid-Staten? Waarom zou men eigen systemen en uitgangspunten die hun waarde in de loop der jaren hebben bewezen, moeten inruilen voor Europese eenheidsoplossingen? En, is een Europese oplossing niet veelal een (grijze) gemene deler van de rechtsstelsels van de diverse Lid-Staten zodat het gevaar aanwezig is voor een vermindering van de rechtswaarborgen in Lid-Staten die voorop lopen?

Deze en andere vragen worden in diverse Lid-Staten en ook in Nederland opgeworpen. In ons land heeft vooral de heftige discussie over de ambtshalve toepassing van het EG-recht tussen Ter Kuile aan de ene kant en Mok, Steyger en Verbraeken aan de andere kant de aandacht getrokken.[10] Bij deze problematiek wordt in hoofdstuk 4 nog uitvoerig stilgestaan, zodat op deze plaats een korte aanduiding volstaat. Kort en goed verdedigde Ter Kuile de opvatting dat uit het gemeenschapsrecht voor de nationale rechter (inclusief de Hoge Raad als cassatierechter) een plicht tot het ambtshalve toepassen van EG-recht en het ambtshalve stellen van prejudiciële vragen voortvloeit. Omdat de Hoge Raad deze plicht in een tweetal zaken had overtreden zouden deze uitspraken procespartijen niet binden en beval Ter Kuile de leden van de Hoge Raad een bijscholingscursus Europees recht aan. Een dergelijke provocerende stellingname kon uiteraard niet

10 Aanleiding voor de discussie was B.H. ter Kuile, Het verband tussen artikel 177 EG, aalscholvers en pursers, NJB 1993, p. 1136-1141. De reactie van M.R. Mok, Over aalscholvers en bijscholing van rechter, is te vinden in NJB 1993, p. 1244-1245, met naschrift Ter Kuile. Zie voor de andere reacties: E. Steyger, Nogmaals over artikel 177 EG, aalscholvers en pursers, NJB 1993, p. 1482-1483 en E. Verbraeken, Dictatuur van het Gemeenschapsrecht, NJB 1993, p. 1483-1484.

onweersproken blijven. Verbraeken beschuldigde Ter Kuile ervan een dictatuur van het gemeenschapsrecht te bepleiten. Mok stelde dat het Hof van Justitie nog nooit met zoveel woorden een plicht tot ambtshalve toepassing van het Europese recht had vastgesteld. Bovendien zou ambtshalve toepassing van gemeenschapsrecht door de civiele rechter op gespannen voet staan met, kort gezegd, het uitgangspunt van de autonomie van procespartijen en het principe van lijdelijkheid van de rechter. Over de problematiek van de ambtshalve toepassing van EG-recht door de burgerlijke rechter in algemene zin is door de Hoge Raad in de zaak Van Schijndel een prejudiciële vraag aan het Hof gesteld. Op 14 december 1995 heeft het Hof uitspraak gedaan en heeft het gekozen voor de opvatting van Mok c.s.[11] Voor het bestuursrecht is van belang dat inmiddels ook bij de Afdeling bestuursrechtspraak twijfel lijkt te bestaan of men het EG-recht altijd ambtshalve moet toepassen. In de zaak Kraaijeveld heeft de Afdeling daarom in een prejudiciële vraag aan het Hof aan de orde gesteld of een rechtstreeks werkende bepaling van gemeenschapsrecht, in casu enige bepalingen van de MER-richtlijn, door de nationale rechter moeten worden toegepast ook als zij in het voor de rechter aanhangige geschil door partijen niet zijn ingeroepen.[12] Dat de Afdeling deze vraag opwerpt is opmerkelijk omdat zij in een nog recent verleden het communautaire recht zonder problemen wel ambtshalve toepaste.[13] Kennelijk heeft het uitgangspunt van het nieuwe Awb-procesrecht dat ultra petita gaan door de bestuursrechter in beginsel niet is toegestaan tot gevolg dat ook de ambtshalve toepassing van EG-recht ter discussie komt te staan. Deze voorbeelden maken in elk geval duidelijk dat ook in Nederland in discussie is hoever de Europeanisering van nationale procesrechtelijke beginselen en leerstukken dient te gaan.

Het zal niet verbazen dat de kritiek op verregaande Europeaniseringstendensen in Duitsland verder gaat en fundamenteler is dan in Nederland. De beste aanwijzing is natuurlijk het beroemde Maastricht-Urteil van het Duitse Bundesverfassungsgericht.[14] Blijkens deze uitspraak acht het Bundesverfassungsgericht zich bevoegd (aanvullende) grondrechtenbescherming te verlenen bij de uitvoering van EG-recht op het Duitse grondgebied zelfs tegenover EG-organen. De exclusieve bevoegdheid van het Hof in deze wordt derhalve ontkend. Dat in de praktijk van alle dag daadwerkelijk spanning kan bestaan tussen Duitse grondrechten en het Europese recht blijkt uit de zogenaamde bananenzaak.[15] In deze zaak hadden de Duitse autoriteiten conform gemeenschapsverordening Vo (EG), nr. 404/93

---

11 HvJEG 14 december 1995, gev. zaken C-430/93 en C-431/93, *Van Schijndel en Van Veen*, n.n.g., NJB-katern 1996, p. 63, nr. 4, SEW-katern, Jurisprudentie EG 1 (1996), p.4.

12 ABRS 8 maart 1995, NJB-katern 1995, p. 284-286, nr. 22.

13 Bijv. ARRS 19 juli 1979, tB/S III, nr. 130; AR 8 januari 1993, tB/S 1993, nr. 3, m.a. dzz.

14 Bundesverfassungsgericht 12 oktober 1993, 2 BvR 2134/92 en 2 BvR 2159/92. Hierover onder meer: R. de Lange, Het Bundesverfassungsgericht over het Verdrag van Maastricht: een nieuw Solange?, SEW 1994, p. 418-436; W. Frenz, Deutsche Rechtsschutzgarantie gegen Europäische Rechtsakte, Nijmegen 1995.

15 Voor een korte weergave: H. Leupold, Keine Letztenscheidungskompetenz des EuGH im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes, NVwZ 1995, Heft 6, p. 553-555; M. Nettesheim, Art. 23 GG, nationale Grundrechte und EU-Recht, NJW 1995, p. 2083-2085.

('bananenverordening') het verzoek van een bedrijf om extra importcontingenten voor bananen met een gunstig douanetarief afgewezen. Het bedrijf verzocht vervolgens, in afwachting van de hoofdzaak, de Duitse bestuursrechter de afgewezen extra-contingenten bij voorlopige voorziening toe te wijzen, aangezien de onderliggende verordening op een aantal punten ongeldig zou zijn en niet-toewijzing zou leiden tot een faillissement. Dit verzoek werd (in beroep) door het Verwaltungsgerichtshof te Kassel getoetst aan de door het Hof van Justitie in het Zuckerfabrik-arrest geformuleerde strenge criteria voor het treffen van voorlopige voorzieningen ten aanzien van de nationale uitvoering van gemeenschapsverordeningen en werd vervolgens afgewezen.[16] Ter onderbouwing wees de Kasselse rechter op de uitspraak van het Hof van Justitie van 5 oktober 1994, waarin deze de klachten van Duitsland tegen de bananenverordening had afgewezen; gelet hierop lag het niet voor de hand dat het Hof deze verordening naar aanleiding van de onderhavige bezwaren wel geheel of gedeeltelijk nietig zou verklaren.[17] Het bedrijf diende daarop een klacht in bij het Bundesverfassungsgericht en met succes. Het Bundesverfassungsgericht ging geheel voorbij aan de communautaire Zuckerfabrik-criteria en beoordeelde de zaak in het licht van het in artikel 19 IV Grundgesetz neergelegde recht op effectieve rechtsbescherming.[18] Op grond van deze bepaling moet een voorlopige voorziening in beginsel worden toegewezen indien bij niet toewijzing een ernstige schending van een grondrecht dreigt die in de hoofdzaak niet meer kan worden hersteld. Naar het oordeel van de Duitse hoogste rechter was het feit, dat het Hof van Justitie in de uitspraak van 5 oktober 1994 de klacht van Duitsland tegen de bananenverordening had afgewezen, geen reden om in casu van deze hoofdregel af te wijken, omdat het Hof alleen de verordening als zodanig en niet de toepassing ervan in een concreet geval had getoetst. Gelet op artikel 19 IV Grundgesetz had het Verwaltungsgerichtshof daarom moeten onderzoeken of het, bij niet-toewijzing van het voorlopige-voorzieningsverzoek, voor het bedrijf dreigende faillissement een onherstelbare schending van de in artikel 14 I Grundgesetz gegarandeerde eigendomsbescherming zou betekenen. Omdat het Verwaltungsgerichtshof dit niet had gedaan werd de zaak teruggewezen. Deze rechter wees het verzoek om voorlopige voorziening vervolgens wel toe. In hoofdstuk 5 wordt deze zaak nog verder belicht. Op deze plaats kan reeds worden geconstateerd dat er een spanning bestaat tussen de opvattingen die in Duitsland, althans bij het Bundesverfassungsgericht, leven met betrekking tot de voorlopige rechtsbescherming in geval van een dreigende onherstelbare schending van een grondrecht en de beperkte ruimte die het Hof van Justitie aan nationale rechters laat om voorlopige rechtsbescherming te verlenen tegen de uitvoering in nationale Lid-Staten van een verordening waarvan de geldigheid wordt betwist.

De hier gegeven voorbeelden kunnen met andere worden uitgebreid. Duidelijk

---

16 VGH Kassel 23 december 1994, EuZW 1992, 222, EuR 1995, 86, hoger beroep van VG Frankfurt a. M., 1 december 1993, EuZW 1994, 157.

17 HvJEG 5 oktober 1994, zaak C-280/93, *Duitsland v. Raad*, Jur. 1994, p. I-4973, EuZW 1994, 688.

18 BVerfG 25 januari 1995, EuZW 1995, 126.

zal inmiddels echter zijn dat er een spanningsveld bestaat tussen de uniforme Europese oplossingen die voor een effectieve doorwerking van EG-recht gewenst kunnen zijn en de in de Lid-Staten levende wens dat tradities en beginselen die zijn geworteld in het nationale rechtsbewustzijn en die in de praktijk hun waarde hebben bewezen, niet meer dan *noodzakelijk* worden aangetast. Voor een Nederlands publiek is het wellicht goed er op te wijzen dat dit verzet tegen verdergaande Europeanisering niet kan worden afgedaan als een nationalistisch gekleurd achterhoedegevecht. Bekijkt men bijvoorbeeld het Maastricht-Urteil van het Bundesverfassungsgericht dan kan men vaststellen dat, ook in Nederland, velen het eens zijn met de analyse door deze rechter van de tekortkomingen van het EU-Verdrag: op communautair niveau is sprake van een legitimatietekort zowel wat betreft de democratische besluitvorming als op het punt van de bescherming van grondrechten.[19] De conclusie die het Bundesverfassungsgericht vervolgens uit deze analyse trekt, dat men zichzelf namelijk voor wat betreft de grondrechtenbescherming naast (of zelfs boven) het Hof van Justitie stelt, gaat uiteraard wat ver en betekent in zijn uiterste consequentie de bijl aan de wortels van de Europese eenwording. Dit neemt echter niet weg dat dit legitimatie-tekort een kritische opstelling ten opzichte van te ver doorgevoerde Europeanisering rechtvaardigt. Gaat men op dit punt te ver dan komt niet alleen de samenhang binnen de nationale stelsels in gevaar, maar kan ook de acceptatie van de Europese oplossingen in de Lid-Staten negatief worden benvloed.[20] Gezocht dient daarom te worden naar het juiste evenwicht tussen de noodzakelijke Europeanisering en de te respecteren nationale ruimte.[21] Dat het vinden van dit evenwicht van belang is wordt, gezien het feit dat het subsidiariteitsbeginsel inmiddels als een van de leidende beginselen in het EG-Verdrag is opgenomen, ook op communautair niveau erkend. Ook in de rechtspraak van het Hof vindt men, zoals zal blijken in hoofdstuk 2, dit zoeken naar het juiste midden steeds terug. Kortom Europeanisering ja, maar met mate.

---

19 Bijv. M.A.J. Leenders, Grondrechten als algemene beginselen van gemeenschapsrecht, in: M.C. Burkens en H.R.B.M. Kummeling (red.), EG en Grondrechten, Zwolle 1993, p. 33-70; A.F.M. Brenninkmeijer, De invloed van de jurisprudentie van het Hof van Justitie op het procesrecht van de Lidstaten, in J.A.E. Vervaele (red.), a.w. 1993, p. 107-122.

20 Vgl. het Rapport van het Hof van Justitie over bepaalde aspecten van de toepassing van het Verdrag betreffende de Europese Unie, waarin het Hof spreekt van 'een harmonieuze ontwikkeling van de communautaire rechtspraak, rekening houdend met de in verschillende Lid-Staten levende essentiële opvattingen, wat de acceptatie van de aanvaarde oplossingen bevordert', Luxemburg mei 1995, p. 8.

21 Zie F. Schoch, a.w. 1995, i.h.b. p. 118-123, die de noodzaak van een dialoog tussen EG-recht en nationaal recht benadrukt. Vgl. voor een dergelijk pleidooi toegespitst op het economisch recht, Chr. Joerges, States without a Market, Comments on the German Constitutional Court's Maastricht-Judgment and a Plea for Interdisciplinary Discourses, NISER Working Paper 1996, Utrecht.

1.3 Probleemstelling en opbouw; beperkingen

In het voorafgaande is de probleemstelling van dit preadvies in hoofdlijnen aangegeven. In dit preadvies wordt op zoek gegaan naar de contouren van het zich ontwikkelende gemeenschappelijke bestuur(proces)recht, het bestuursrechtelijke ius commune in wording. Het spanningsveld tussen Europese eisen en de op nationaal niveau gewenste ruimte is hierbij een steeds terugkerend thema. De opbouw van het preadvies is als volgt. In hoofdstuk 2 wordt nader ingegaan op de eisen die op Europees niveau, meer in het bijzonder door het Hof van Justitie, worden gesteld aan het nationale procesrecht voorzover dit dient ter uitvoering van het communautaire recht. Bekeken wordt welke beginselen en uitgangspunten deze rechtspraak beheersen. Na dit 'top down'-hoofdstuk worden vanaf hoofdstuk 3 in een aantal specifieke thema's het Europese recht en het Nederlandse recht met elkaar geconfronteerd. De keuze voor deze thema's is bepaald door enerzijds de actualiteit en anderzijds de kennis van de preadviseur. Achtereenvolgens komen aan de orde de doorwerkingsproblematiek, de ambtshalve toepassing van het gemeenschapsrecht en de voorlopige rechtsbescherming in geldigheidskwesties. In hoofdstuk 6 worden, mede aan de hand van de bevindingen uit de daaraan voorafgaande hoofdstukken, de structuurkenmerken van het Europees bestuurs(proces)recht in wording nader aangeduid. Het preadvies wordt afgesloten met een korte slotbeschouwing.

Aan het slot van deze inleiding past nog een aantal opmerkingen. In dit preadvies staat de ontwikkeling naar een bestuursprocesrechtelijk ius commune centraal. Dit betekent in de eerste plaats dat andere onderdelen van bestuursrecht niet of slechts zijdelings aan de orde komen. Voor hen die na de vorige VAR-vergadering hadden verwacht dat bijvoorbeeld uitvoerig zou worden ingegaan op de Europese invloeden op de nationale rechtshandhaving is dat wellicht wat teleurstellend. In de tweede plaats brengt de centrale plaats van het bestuurs(proces)recht met zich dat er weinig aandacht is voor de invloed van het EG-recht op het privaat- en straf(proces)recht. Hoewel deze beperking voor een jaarvergadering van de VAR zeker verdedigbaar is, is zij vanuit een ius commune invalshoek minder vanzelfsprekend. De invloed van het communautaire recht op het nationale procesrecht is van belang voor alle rechtsbetrekkingen tussen overheid en burger die mede door het EG-recht worden bepaald. Afhankelijk van de keuze die in een Lid-Staat is gemaakt, worden deze rechtsbetrekkingen beheerst door het civiele recht, het strafrecht of het bestuursrecht. De ontwikkeling van een ius commune stopt dan ook niet bij de grenzen van het bestuursrecht, maar geldt in meer of mindere mate ook voor beide andere disciplines. Aldus heeft deze ontwikkeling tot op zekere hoogte een harmoniserend effect binnen de nationale rechtsorde.[22] Een derde beperking van dit preadvies is dat slechts sporadisch aandacht wordt besteed aan het bestuursprocesrecht van de communautaire

22 Vgl. P.J.G. Kapteyn, a.w., in: J.A.E. Vervaele (red.), a.w. 1993, p. 213; A.F.M. Brenninkmeijer, Burgerlijk procesrecht als publiekrecht, Zwolle 1993, p. 15-19.

rechter. Hoewel dit zeker kan worden gerekend tot het bestuursprocesrechtelijke ius commune in wording ontbrak de tijd om hierop dieper in te gaan.

Ten slotte nog het volgende. Het preadvies behandelt onderwerpen op het grensvlak van het Europese recht en het nationale bestuursrecht voor een publiek dat vooral nationaal-bestuursrechtelijk is georiënteerd. Daarom wordt het Europese recht vrij uitvoerig behandeld. Het gevolg hiervan is dat het preadvies nogal omvangrijk is. Sommigen vinden dat misschien wat vervelend. Van de andere kant is het preadvies hierdoor wellicht ook interessant voor hen die (nog) niet dagelijks met het Europese recht worden geconfronteerd.

2 Communautarisering van nationaal bestuursprocesrecht

2.1 Inleiding

Zoals in de inleiding al opgemerkt, wordt het overgrote deel van het EG-recht decentraal door bestuursorganen van de Lid-Staten uitgevoerd. Het belang van vooral de nationale rechter bij de effectieve doorwerking van het communautaire recht is daarmee gegeven. De nationale rechter is *juge de droit commun*.[23] Hij moet inhoud geven aan de rechten die burgers aan het communautaire recht kunnen ontlenen op grond van de leerstukken van de autonomie van het gemeenschapsrecht, de mogelijke rechtstreekse werking hiervan en de voorrang van het rechtstreeks werkend gemeenschapsrecht.[24] Het EG-Verdrag heeft een eigen rechtsorde in het leven geroepen die in de rechtsorde der Lid-Staten is opgenomen en waarmee de nationale rechter rekening dient te houden. In dit verband heeft de nationale rechter de taak om de door het EG-recht toegekende rechten te beschermen en het communautaire recht integraal toe te passen. Eventuele strijdige nationale regels moeten hierbij buiten toepassing worden gelaten, ongeacht of deze van vroegere of latere datum zijn dan de gemeenschapsregels.[25] De plicht van de nationale rechter om zorg te dragen voor de bescherming van aan het EG-recht te ontlenen rechten van particulieren vloeit voort uit het in artikel 5 EG-Verdrag neergelegde samenwerkingsbeginsel (beginsel van gemeenschapstrouw): de Lid-Staten en hun organen, dus ook de nationale rechter, zijn gehouden om binnen het kader van hun bevoegdheden alle bijzondere of algemene maatregelen te treffen die geschikt zijn om de nakoming van verplichtingen uit het gemeenschapsrecht te verzekeren.

Op grond van de leerstukken van autonomie, voorrang en rechtstreekse werking van het EG-recht moeten particulieren de hun door het EG-recht toegekende rechten bij de nationale rechter kunnen afdwingen. De wijze waarop zulks

---

23 P.J.G. Kapteyn, De organisatie van de rechtsbescherming van particulieren in de EG, NTB 1993, p. 38-46, i.h.b. p. 39-40; D. Curtin, The Decentralised Enforcement of Community Law Rights. Judicial Snakes and Ladders, in: D. Curtin en D. O'Keeffe (red.), Constitutional Adjudication in European Community and National Law, Essays for the Hon. Mr. Justice T.F. O'Higgins, Butterworth (Ireland) Ltd 1992, p. 33-49, i.h.b. p. 34-35.

24 Zaak 26/62, *Van Gend & Loos*, Jur. 1963, p. 3; zaak 6/64, *Costa*, Jur. 1964, p. 1199.

25 HvJEG 9 maart 1978, zaak 106/77, *Simmenthal*, Jur. 1978, p. 629.

gestalte moet krijgen wordt echter doorgaans niet door het EG-recht bepaald. De nationale rechter oefent zijn taak als EG-rechter namelijk uit binnen het kader van het *nationale* stelsel van rechtsbescherming.[26] Uitgangspunt is dat regels en rechtsbeginselen van nationaal (bestuurs)procesrecht op deze taak van toepassing zijn.[27] Het zal aanstonds duidelijk zijn dat dit gegeven kan leiden tot uiteenlopende effectiviteit en doorwerking van het EG-recht in de diverse Lid-Staten. Tussen Lid-Staten bestaande verschillen op het punt van beroeps- en verjaringstermijnen, inzake de geldende rechtsbeginselen, inzake de mogelijkheid van het vragen van een voorlopige voorziening, inzake overheidsaansprakelijkheid et cetera, kunnen grote verschillen veroorzaken in de mate waarin dezelfde aan het gemeenschapsrecht ontleende vorderingen in de diverse Lid-Staten daadwerkelijk kunnen worden afgedwongen.[28] Of zoals D. Curtin het stelt: er is sprake van 'a lack of interaction between the existence of a right and the specific remedial context'.[29] Dit gebrek in interactie tussen rechten en rechtsmiddelen leidt ertoe dat het nuttig effect (effectiviteit) van de rechtstreekse werking van het communautaire recht, het 'effet utile de l'effet direct', onder druk komt te staan.

De problemen die voor een uniforme doorwerking van EG-recht kunnen ontstaan omdat de door dit recht verleende rechten in beginsel moeten worden geëffectueerd met behulp van nationaal procesrecht worden wel aangeduid als *de problemen van de tweede generatie*.[30] Deze problemen werden manifest nadat het Hof de problemen van de eerste generatie met behulp van de leerstukken van autonomie, rechtstreekse werking en voorrang althans in theorie had 'opgelost'. Hierbij moet overigens worden opgemerkt dat deze oplossingen in sommige Lid-Staten ter discussie werden en soms nog worden gesteld. Het in paragraaf 1.2 vermelde Maastricht-Urteil van het Bundesverfassungsgericht spreekt op dit punt boekdelen.

Geeft de eerste-generatie-problematiek nog steeds aanleiding tot discussie, met de tweede generatie is dat niet anders. Voor het bieden van oplossingen is het noodzakelijk dat het gemeenschapsrecht soms verregaand ingrijpt in het nationale procesrecht. Dit is een delicate kwestie omdat procesrecht en rechtsbescherming lange tijd door veel Lid-Staten als hun eigen terrein bij uitstek werden beschouwd. Vanuit deze achtergrond is het niet vreemd dat het proces waarin het Hof eisen is gaan stellen aan de toepassing van nationaal procesrecht op aan het gemeenschapsrecht ontleende rechten, zich geleidelijk aan heeft voltrokken. In dit proces

---

26 HvJEG 16 december 1976, zaak 33/76, *Rewe*, Jur. 1976, p. 1989 en HvJEG 16 december 1976, zaak 45/76, *Comet*, Jur. 1976, p. 2043.

27 Dit ligt alleen dan anders indien en voorzover in communautaire wetgeving (met name verordeningen) ter zake bindende voorschriften zijn opgenomen. Vgl. bijv. CBB 24 augustus 1995, RAwb 1995, nr. 97, m.a. dzz.

28 Vgl. reeds T. Koopmans, Problemen van de tweede generatie, in: Liber Amicorum Mertens de Wilmars, Antwerpen 1981, p. 121-131

29 D. Curtin, a.w. 1992, p. 35.

30 J. Mertens de Wilmars, L'efficacité des différentes techniques nationales de protection juridique contre les violations du droit communautaire par les autorités nationales et les particuliers, Rapport général in: Remedies for breach of Community Law, FIDE London 1980, dl. 2, p. I.2.

kunnen drie – elkaar deels overlappende – fasen worden onderscheiden, waarin het nationale procesrecht steeds verder wordt *gecommunautariseerd*.[31] In de eerste fase stelt het Hof zich nog terughoudend op. De in-beginsel-toepasselijkheid van het nationale (bestuurs)procesrecht wordt voorop gesteld; hierop wordt met behulp van de vereisten van non-discriminatie en effectiviteit in beperkte mate inbreuk gemaakt. In de tweede fase bouwt het Hof het effectiviteitsbeginsel uit tot een ruimer beginsel van effectieve rechtsbescherming. De armslag om modificerend op te treden ten aanzien van het nationale procesrecht wordt hierdoor verruimd; in zijn rechtspraak geeft het Hof aan hoe de nationale rechter van deze ruimte gebruik kan (en moet) maken. In de derde fase gaat het Hof nog een stap verder. Het Hof creëert en reguleert procesrechtelijke voorzieningen die in de nationale rechtsorde moeten worden toegepast. Thans lijkt een vierde fase aangebroken waarin het Hof (tijdelijk?) een pas op de plaats maakt. Het nationale procesrecht wordt weer meer ruimte gelaten.

2.2 Nationale procesrechtelijke autonomie en de vereisten van non-discriminatie en effectiviteit (fase 1)

De eerste fase van de hier beschreven ontwikkeling begint, zoals gezegd, ongeveer in de tweede helft van de jaren zeventig. De uitgangspunten van deze fase, die tot medio jaren tachtig de overheersende zijn gebleven, werden voor het eerst geformuleerd in de arresten Rewe en Comet.[32] In deze zaken werd bij het Hof de vraag aan de orde gesteld of particulieren naar gemeenschapsrecht aanspraak hadden op vernietiging van in strijd met het EEG-Verdrag door de nationale autoriteiten opgelegde heffingen en/of op teruggave van het in strijd met Verdrag betaalde (ook) in geval deze handelingen naar nationaal procesrecht wegens het verstrijken van de beroepstermijn onaantastbaar waren geworden. Het Hof stelde voorop dat overeenkomstig het in artikel 5 EG-Verdrag neergelegde samenwerkingsbeginsel de nationale rechter moest zorgdragen voor de handhaving van de aan het rechtstreeks werkende gemeenschapsrecht ontleende rechten van justitiabelen. Voorts stelde het vast dat voor de onderhavige vordering een gemeenschapsregeling ontbrak. Daarom was het – naar het oordeel van het Hof – 'een aangelegenheid van de nationale rechtsorde van elke Lid-Staat om de bevoegde

31 De beschrijving van deze ontwikkeling in diverse fasen of generaties is niet ongebruikelijk in de Europeesrechtelijke literatuur. Zie D. Curtin en K. Mortelmans, Application and enforcement of Community Law by the Member States: actors in search of a third generation script, in: D. Curtin en T. Heukels (eds.), Institutional dynamics of European integration, Liber Amicorum H.G. Schermers, 1995, p. 423-466, die een indeling hanteren die in grote lijnen parallel loopt met de hier gehanteerde indeling. Zie verder onder meer S. Prechal, Directives in European Community Law, A Study on EC Directives and their Enforcement by National Courts, Oxford 1995, p. 145-188; R.J.G.M. Widdershoven, Europa en het Nederlands bestuursrecht, Hoofdstuk XV, Praktijkboek Bestuursrecht, p. 53-73.

32 HvJEG 16 december 1976, zaak 33/76, *Rewe*, Jur. 1976, p. 1989 en HvJEG 16 december 1976, zaak 45/76, *Comet*, Jur. 1976, p. 2043.

rechter aan te wijzen en de procesregels te geven voor de rechtsvorderingen met het oog op de bescherming van de rechten welke de justitiabelen aan de rechtstreekse werking van het gemeenschapsrecht ontlenen'. Aan de toepassing van het nationale procesrecht werden door het Hof echter wel twee voorwaarden gesteld. In de eerste plaats mogen deze regels niet ongunstiger zijn dan die gelden voor soortgelijke, zuiver nationale vorderingen (*vereiste van non-discriminatie*). In de tweede plaats mogen deze regels in geen geval zodanig zijn dat de uitoefening van de rechten die de nationale rechter moet handhaven, praktisch onmogelijk of uiterst moeilijk wordt gemaakt (*vereiste van effectiviteit*).

Beide vereisten zijn in latere rechtspraak nader uitgewerkt. Zo mogen op grond van het vereiste van non-discriminatie procesregels die gelden voor EG-vorderingen niet ongunstiger, maar ook niet gunstiger zijn dan die voor puur nationale vorderingen.[33] De eis van non-discriminatie geldt in de eerste plaats voor de wettelijke modaliteiten: deze moeten voor communautaire en nationale vorderingen gelijk zijn. Bovendien moet de feitelijke tenuitvoerlegging van deze regels met dezelfde zorgvuldigheid geschieden.[34] De toepassing van het vereiste van non-discriminatie kan worden beperkt door het effectiviteitsvereiste. In het geval dat beide vereisten tot tegengestelde resultaten leiden, gaat de laatstgenoemde eis namelijk voor.[35]

Wat betreft de effectiviteitseis kan worden vastgesteld dat in de jaren zeventig en begin jaren tachtig maar zelden door het Hof werd geconcludeerd dat het nationale procesrecht de toets der kritiek niet kon doorstaan. In het algemeen was de toetsing aan deze eis tamelijk terughoudend; de nationaal-procesrechtelijke autonomie stond voorop. Zo werden niet in strijd met deze eis geacht:

- De toepassing van redelijke nationale beroepstermijnen. Een met het Verdrag strijdig besluit bleef hierdoor onaantastbaar omdat de betrokken particulier de beroepstermijn had overschreden. Zie de reeds genoemde zaken Rewe en Comet.
- De toepassing van het nationale vertrouwensbeginsel, zodat dit beginsel door particulieren in beginsel in rechte met succes kon worden ingeroepen tegen een nationaal besluit tot terugvordering van gelden die in strijd met het EG-recht waren uitgekeerd.[36]
- De toepassing door een nationaal orgaan van het nationale leerstuk van ongerechtvaardigde verrijking op grond waarvan ondernemingen ten onrechte (namelijk in strijd met het EG-recht) betaalde heffingen niet konden terugvor-

---

33 HvJEG 21 september 1983, gev. zaken 205-215/82, *Milchkontor*, Jur. 1983, p. 2633, r.o. 23; HvJEG 6 mei 1982, zaak 54/81, *Fromme*, Jur. 1982, p. 1449 e.v., r.o. 7. Zie ook de conclusie bij de zaak *Fromme* van de A-G Verloren van Themaat, p. 1478.

34 Zaak *Milchkontor*, r.o. 23; zaak *Fromme*, r.o. 6.

35 HvJEG 9 november 1983, zaak 199/82, *San Giorgio*, Jur. 1983, p. 3595, SEW 1985, p. 262, r.o. 17. Zie ook A-G Darmon in zijn conclusie onder HvJEG 2 februari 1989, zaak 94/87, *Alcan*, Jur. 1989, p. 175 e.v., i.h.b. p. 185.

36 HvJEG 5 maart 1980, zaak 265/78, *Ferwerda*, Jur. 1980, p. 617 e.v.; zie ook de al genoemde zaak *Milchkontor*.

deren als zij deze in hun prijzen hadden verdisconteerd en op hun afnemers hadden afgewenteld.[37]

Waren de resultaten derhalve aanvankelijk nog niet zo spectaculair, de *principiële* betekenis van de stap die het Hof zette in de Rewe/Comet-rechtspraak moet echter niet worden onderschat. Als gevolg hiervan wordt immers de toepassing van het nationale procesrecht in EG-rechtelijke zaken in beginsel aan de toetsing aan communautaire maatstaven onderworpen. Hierdoor was de weg geopend om in de loop van de jaren tachtig en vooral in de jaren negentig wél verdergaande inbreuken te maken op de nationale procesrechtelijke autonomie. Een voorbode voor deze ontwikkeling ziet men in de uitspraak in de zaak San Giorgio. Hierin werd enerzijds het standpunt van het Hof in de zaak Just bevestigd dat het nationale leerstuk van ongerechtvaardigde verrijking in beginsel kon worden toegepast op een terugvorderingsactie van een onderneming die een ten onrechte betaalde heffing had afgewenteld op haar afnemers.[38] Anderzijds werd echter vastgesteld dat bewijsregels die het praktisch onmogelijk of uiterst moeilijk maken om terugbetaling van in strijd met het gemeenschapsrecht toegepaste heffingen te verkrijgen, onverenigbaar zijn met het EG-recht. Meer in het bijzonder zou dit – aldus het Hof – gelden voor bewijsregels die de bewijslast, dat de onverschuldigd betaalde heffingen niet zijn afgewenteld, bij de onderneming leggen en voor bijzondere beperkingen met betrekking tot de vorm van het te leveren bewijs.[39]

In deze maar ook in andere zaken waarin nationaal procesrecht in strijd met het gemeenschapsrecht werd geacht,[40] was de consequentie van de toetsing aan de eisen van effectiviteit en non-discriminatie dat de gewraakte nationaal-procesrechtelijke bepalingen buiten toepassing moesten worden gelaten. Deze bepalingen werden als het ware 'weggetoetst'. A.F.M. Brenninkmeijer duidt dit aan als de *negatieve werking* van de rechtspraak van het Hof.[41] De vraag of de communautaire bemoeienis met het nationale procesrecht ook verder kon gaan in die zin dat op grond van de eisen van non-discriminatie en vooral effectiviteit nationale procesrechtelijke bevoegdheden en rechtsmiddelen (moeten) worden gecreëerd – met andere woorden of de toets aan deze maatstaven ook een *positieve werking* kan hebben – werd in deze eerste fase door het Hof ontkennend beantwoord. In dit verband overwoog het Hof in de zaak Rewe vs. Hauptzollamt Kiel expliciet: het EG-Verdrag 'heeft niet naast de reeds door het nationale recht gegeven

37 HvJEG 27 februari 1980, zaak 68/79, *Hans Just*, Jur. 1980, p. 501.

38 Zaak *San Giorgio*, r.o. 13.

39 Zaak *San Giorgio*, r.o. 14.

40 HvJEG 2 februari 1988, zaak 309/85, *Bruno Barra*, Jur. 1988, p. 355 e.v.; HvJEG 25 februari 1988, gev. zaken 331, 376 en 378/85, *Bianco*, Jur. 1988, p. 1099; HvJEG 29 juni 1988, zaak 240/87, *Deville*, Jur. 1988, p. 3513 e.v.

41 A.F.M. Brenninkmeijer, De invloed van de jurisprudentie van het Hof van Justitie op het procesrecht van de lidstaten, in: J.A.E. Vervaele (red.), Bestuursrechtelijke toepassing en handhaving van gemeenschapsrecht in Nederland, Deventer 1993, p. 107-122.

rechtsmiddelen willen voorzien in andere beroepsmogelijkheden voor de handhaving van het gemeenschapsrecht voor de nationale rechter'.[42]

2.3 Het beginsel van effectieve rechtsbescherming (fase 2)

In deze tweede fase – die loopt van medio jaren tachtig tot op heden – wordt het effectiviteitsvereiste uit de eerste fase door het Hof uitgebouwd tot het *beginsel van effectieve (doeltreffende) rechtsbescherming*. Op grond hiervan moet een particulier alle rechten, die hij aan het gemeenschapsrecht kan ontlenen, bij de nationale rechter kunnen afdwingen.[43] Het beginsel wordt door het Hof aangemerkt als een algemeen beginsel van gemeenschapsrecht dat voortvloeit uit het constitutioneel erfgoed dat alle Lid-Staten gemeen hebben en dat eveneens is neergelegd in de artikelen 6 en 13 van het EVRM.[44] Gelet op deze bijzondere status ligt het voor de hand dat het Hof meer dan in de eerste fase overgaat tot een indringende toetsing van het nationaal procesrecht.

De huidige reikwijdte van het beginsel van effectieve rechtsbescherming heeft in drie zaken gestalte gekregen. In de eerste zaak waarin het beginsel werd geformuleerd, de zaak *Johnston*, werd het nog gekoppeld aan artikel 6 van de – in het geding zijnde – gelijke-behandelingsrichtlijn 76/207/EEG.[45] Op grond van deze bepaling zijn de Lid-Staten verplicht in hun rechtsorde de nodige voorschriften op te nemen om een ieder die meent te zijn benadeeld door discriminatie, de mogelijkheid te bieden 'zijn rechten voor het gerecht te doen gelden'. In de bij dit artikel voorgeschreven rechterlijke controle kwam, naar het oordeel van het Hof, het algemene rechtsbeginsel van rechtsbescherming tot uiting. De vraag of het beginsel ook zou gelden in zaken waarin een dergelijk 'wettelijk' aanknopingspunt ontbrak werd positief beantwoord in de zaak *Heylens*.[46] In geding was de vrije toegang tot het arbeidsproces in de zin van artikel 48 EEG-Verdrag. In deze bepaling worden geen eisen gesteld omtrent de mogelijkheid van een beroep op de rechter. Niettemin was het Hof van oordeel dat, nu het in casu een fundamenteel recht betrof dat het Verdrag aan iedere werknemer van de Gemeenschap individueel toekent, 'de mogelijkheid van beroep in rechte tegen iedere

---

42 HvJEG 7 juli 1981, Zaak 158/80, *Rewe vs. Hauptzollamt Kiel*, Jur. 1981, p. 1805, i.h.b. p. 1838, r.o. 44.

43 W. van Gerven, Non-contractual liability of Member States, Community Institutions and Individuals for Breaches of Community Law with a View to a Common Law in Europe, Maastricht Journal of European and Comparative Law, Vol. 1, 1994, p. 6-40; S. Prechal, a.w. 1995, p. 164 e.v.; D. Curtin, a.w. 1992 (O' Higginsbundel), p. 41-46; D. Curtin, Directives: the effectiveness of judicial protection of individual rights, CMLR 1990, p. 709-739.

44 Vgl. de zaak *Klass*, EHRM 6 september 1978, Publ. Court, Series A, Vol. 28; AAe 1979, p. 327-334, m.nt. Alkema en de zaak *Airey*, EHRM 9 oktober 1979, Publ. Court, Series A, Vol. 32; NJ 1980, 376.

45 HvJEG 15 mei 1986, zaak 222/84, *Johnston*, Jur. 1986, p. 1663 e.v.

46 HvJEG 15 oktober 1987, zaak 222/86, *Heylens*, Jur. 1987, p. 1651 e.v.; Aae 1989, p. 288-291, m.nt. C.W.A. Timmermans.

beslissing van een nationale instantie waarbij de uitoefening van dat recht wordt geweigerd, van wezenlijk belang is om de particulier een doeltreffende bescherming van zijn recht te waarborgen'. Deze eis werd door het Hof – onder verwijzing naar de zaak Johnston – aangemerkt als een algemeen beginsel van gemeenschapsrecht. Gesteld kan derhalve worden dat het beginsel van effectieve rechtsbescherming in Heylens fungeert als autonome rechtsbron op grond waarvan aan de materiële (fundamentele) rechten van artikel 48 EG-Verdrag een processueel verlengstuk wordt gegeven.[47]

De derde zaak die in dit kader, ten slotte, moet worden genoemd is de zaak *Borelli*.[48] Uit deze zaak blijkt dat de garanties die uit het beginsel van effectieve rechtsbescherming voortvloeien niet zijn beperkt tot zaken waarin fundamentele gemeenschapsrechten aan de orde zijn, maar dat het beginsel betekenis heeft voor *alle* aan het EG-recht ontleende rechten. In deze zaak had de Commissie conform een negatief advies van de Italiaanse overheid Borelli's aanvraag voor een bijdrage uit het Europees Oriëntatie- en Garantiefonds voor de Landbouw (EOGFL) geweigerd. Volgens de geldende voorschriften kwamen projecten alleen bij positieve advisering uit de betrokken Lid-Staat voor een bijdrage uit het fonds in aanmerking. Borelli ging tegen het Commissie-besluit bij het Hof in beroep omdat het besluit volgens hem onwettig was nu dit was gebaseerd op een onwettig advies. Volgens Italiaans recht moest het advies als een niet-appellabele voorbereidingshandeling worden beschouwd. Het Hof wees het beroep van Borelli af. Het stelde dat, nu het advies van het nationale orgaan deel uitmaakte van de procedure die leidt tot het nemen van een communautair besluit, de Lid-Staat is gehouden aan de eis dat elk besluit van een orgaan van een Lid-Staat in rechte moet kunnen worden aangevochten. Een eventueel beroep tegen het advies moet dus binnen de Lid-Staat (kunnen) worden ingesteld. Het Hof verwees hierbij met zoveel woorden naar het communautaire beginsel van effectieve rechtsbescherming zoals dat in de zaken Johnston en Heylens was erkend. Vervolgens beoordeelde het Hof, uitgaande van de rechtmatigheid van het nationale advies, het besluit van de Commissie en verwierp het beroep.

Uit de rechtspraak van het Hof blijkt dat het beginsel van effectieve rechtsbescherming twee aspecten omvat.[49] In de eerste plaats is er het meer formele aspect: een particulier moet *effectieve toegang* tot de rechter hebben om zijn aan het gemeenschapsrecht ontleende rechten te kunnen afdwingen. Daarnaast is er een materieel aspect. Ingevolge dit aspect moet de rechtsgang aan bepaalde materiële, kwaliteitseisen voldoen. Deze moet namelijk zo zijn ingericht dat een daadwerkelijke effectuering van de aan het EG-recht ontleende rechten kan worden bereikt. Met name zal voorzien moeten zijn in *'effective remedies'*

---

47 C.W.A. Timmermans in zijn aantekening onder de zaak *Heylens*, a.w., p. 290.

48 HvJEG 3 december 1992, zaak C-97/91, *Borelli*, Jur. 1992, p. I-6313; SEW 1995, p. 642, m.nt. Rijnsbergen.

49 Vgl. R.J.G.M. Widdershoven en P.J.J. van Buuren, Van vangnet naar stok achter de deur, De betekenis van de burgerlijke rechter voor de bestuursrechtelijke rechtsbescherming, in: J.B.J.M. ten Berge e.a. (red.), De Grondwet als voorwerp van aanhoudende zorg, Burkensbundel, Zwolle 1995, p. 409-433, i.h.b. p. 410-413.

teneinde overtredingen van EG-recht daadwerkelijk ongedaan te maken. Hierna worden beide aspecten verder uitgewerkt.

Het meer *formele aspect* van het beginsel van effectieve rechtsbescherming komt in de rechtspraak van het Hof regelmatig naar voren. In vele zaken zijn in de afgelopen jaren nationale procesrechtelijke belemmeringen voor een effectieve toegang tot de rechter door het Hof 'opzij gezet'. Hierbij wordt overigens niet altijd expliciet gerefereerd aan het betreffende beginsel. Wel kan men stellen dat er steeds sprake is van een impliciete toepassing van het beginsel, waarbij de toegang tot de rechter ter bescherming van door particulieren aan het gemeenschapsrecht te ontlenen rechten voorop staat. Ter illustratie worden enige zaken genoemd.

- In de zaak *Factortame* stelde het Hof vast dat een nationale rechter, die in een bij hem aanhangig geding betreffende een EG-recht van oordeel is dat het enige wat hem belet voorlopige maatregelen te gelasten, een regel van nationaal recht is, die regel buiten toepassing moet laten.[50] Anders gezegd: de nationale rechter moet bevoegd zijn een voorlopige maatregel te gelasten ten aanzien van een nationaal besluit dat in strijd is met het gemeenschapsrecht. Het beginsel van effectieve rechtsbescherming impliceert derhalve ook een recht op onmiddellijke rechtsbescherming.[51] Het Hof leidde dit recht af uit artikel 5 EG-Verdrag op grond waarvan, kort gezegd, de nationale rechter al het nodige moet doen om toepassing te onthouden aan nationale wettelijke bepalingen die, al is het maar tijdelijk, de volle werking van de gemeenschapsregels zouden kunnen verhinderen.
- In de zaak *Verholen e.a.* was de vraag aan de orde of een justitiabele, die zelf niet wordt gediscrimineerd, voor de nationale rechter niettemin beroep kan doen op de bepalingen van de gelijke-behandelingsrichtlijn 79/7 indien hij de gevolgen ondervindt van een discriminerende nationale bepaling die betrekking heeft op zijn echtgenote die zelf echter geen procespartij is.[52] Het Hof oordeelt dat de vaststelling van de procesbevoegdheid en het procesbelang in beginsel een kwestie van nationaal recht is, maar dat de nationale wettelijke regeling wel een doeltreffende rechtsbescherming moet waarborgen; bovendien mag de toepassing van de regeling niet tot gevolg hebben dat de uitoefening van door de communautaire rechtsorde verleende rechten praktisch onmogelijk wordt gemaakt. Daarom kon de justitiabele in casu in beginsel beroep doen op de bepaling uit de richtlijn. In deze zaak werd met andere woorden op grond van het beginsel van effectieve rechtsbescherming een communautaire inkleuring gegeven aan het 'belang' als nationaal criterium voor toegang tot de rechter.
- In de zaak *Emmott* stelde het Hof vast dat in het geval van niet tijdige of

---

50 HvJEG 19 juni 1990, zaak C-213/89, *Factortame*, Jur. 1990, p. I-2433; SEW 1991, p. 474 e.v., m.nt. R.H. Lauwaars.

51 A. Barav, Enforcement of community rights in the national courts: the case for jurisdiction to grant an interim relief, CMLR 1989, p. 369-390, i.h.b. 373 en 383.

52 HvJEG 11 juli 1991, gev. zaken C-87/90, C-88/90 en C-89/90, *Verholen*, Jur. 1991, p. I-3757, SEW 1993, p. 163-169, m.nt. S. Prechal.

incorrecte omzetting van richtlijnen de overschrijding van nationale beroepstermijnen aan een particulier niet kan worden tegengeworpen.[53] Naar het oordeel van het Hof zijn de rechtszoekenden, zolang een richtlijn niet op de juiste wijze is omgezet in nationaal recht, niet in staat hun rechten in volle omvang te kennen. Aan deze onzekerheid komt pas door juiste omzetting een einde. Tot dat tijdstip kan een nalatige Lid-Staat, waartegen door een particulier een geding in rechte aanhangig is gemaakt, de betrokkene niet tegenwerpen dat het beroep niet tijdig is ingesteld. Opgemerkt moet overigens worden dat deze 'Emmott-regel' alleen van toepassing is in geval van niet of onjuiste omzetting van richtlijnen. Het toepassen van redelijke beroepstermijnen in andere situaties is wel toelaatbaar. Zie reeds paragraaf 2.2.

De rechtspraak over het *materiële aspect* van het beginsel van effectieve rechtsbescherming betreft met name de effectiviteit van de rechtsmiddelen die de burger ter beschikking staan om in rechte op te komen tegen schendingen van hun aan het EG-recht ontleende rechten, casu quo de rechtsmiddelen waarmee burgers deze rechten kunnen handhaven. Rechtsbescherming en rechtshandhaving staan bij dit aspect derhalve op één lijn. Voor beoefenaars van het bestuursrecht (en zeker ook die van het strafrecht) die rechtsbescherming en handhaving doorgaans strikt onderscheiden en zelfs als elkaars tegenpolen zien, zal dit wellicht vreemd overkomen. Vanuit communautaire optiek – en overigens ook in het privaatrecht – ligt het op één lijn stellen van deze functies echter wel voor de hand. Immers, een nationale rechter die een burger (rechts)bescherming biedt in zijn aan het gemeenschapsrecht ontleende rechten treedt op hetzelfde moment op als 'handhaver' van de communautaire rechtsorde. In deze optiek zijn het recht op een effectief nationaal rechtsmiddel tegen inbreuken op EG-rechten en het beginsel van effectieve rechtsbescherming onlosmakelijk met elkaar verbonden.[54]

In de rechtspraak over de eisen die het communautaire recht stelt aan de rechtshandhaving – en daarmee impliciet aan de rechtsbescherming – speelt artikel 5 EG-Verdrag een essentiële rol. In een reeks van arresten, waarvan met name kunnen worden genoemd de zaken *Von Colson en Kamann* en de *Griekse maïs-zaak*,[55] heeft het Hof uitgemaakt dat dit artikel de Lid-Staten verplicht om

---

53 HvJEG 25 juli 1991, zaak C-208/90, *Emmott*, Jur. 1991, p. I-4269, AB 1992, 1, m.nt. A.W.H. Meij; Nemesis 1992, nr. 220, m.nt. Prechal; SEW 1992, p. 783-788, m.nt. I. Sewandono. Zie ook S.O. Voogt, Europeesrechtelijke invloeden op het administratief procesrecht, preadvies VAR 1989, Bestuursrecht na 1992, p. 77-78 waarin het oordeel van het Hof in de Emmott-zaak twee jaar voor dato min of meer werd voorspeld.

54 S. Prechal, Remedies after Marshall, CMLR 1990, p. 451-473, i.h.b. p. 468; K. Lenaerts, Rechtsbescherming en rechtsafdwinging: de functies van de rechter in het Europese gemeenschapsrecht, RW 1992/1993, p. 1105-1118; J.A.E. Vervaele, Handen en tanden van het (gemeenschaps)recht, oratie, Deventer 1994, p. 29-32; R. de Lange, Enforcement of Law and Enforcement of Rights in European Community Law, Stockholm seminar on Principles of Justice and the Law of the European Union, February 17-18, 1995, n.n.g.

55 Respectievelijk HvJEG 10 april 1984, zaak 14/83, Von Colson en Kamann, Jur. 1984, p. 1891, r.o. 22-26, SEW 1985, p. 216-224 en HvJEG 21 september 1989, zaak 68/88, *Griekse maïs*, Jur. 1989, p. 2965.

alle passende maatregelen te nemen om de doeltreffende toepassing van het gemeenschapsrecht te verzekeren. Daartoe dienen zij er op toe te zien dat overtredingen van het gemeenschapsrecht onder gelijke materiële en formele voorwaarden worden gestraft als vergelijkbare en even ernstige overtredingen van het nationale recht. Voorts moeten de toepasselijke nationale rechtsmiddelen doeltreffend (effectief), evenredig en afschrikwekkend zijn.[56]

Hoe indringend het Hof met behulp van deze eisen het nationale procesrecht en de nationale rechtsmiddelen kan beïnvloeden blijkt uit de al genoemde zaak Von Colson en Kamann en met name uit de zaak Marshall II.[57] In beide zaken ging het om de betekenis van artikel 6 van de gelijke-behandelingsrichtlijn 76/207/EG op grond waarvan, zoals reeds vermeld, Lid-Staten een ieder die meent te zijn benadeeld door discriminatie, de mogelijkheid moeten bieden 'om zijn rechten voor het gerecht te doen gelden'. Uit deze bepaling in combinatie met artikel 5 EG-Verdrag leidde het Hof af dat de actie die volgens het nationale recht door een (gediscrimineerde) particulier kan worden ingesteld zodanig moet zijn, dat een daadwerkelijke en effectieve rechtsbescherming is gegarandeerd en dat deze voorts een echte afschrikwekkende werking op de (discriminerende) werkgever heeft. In *Von Colson* brachten deze eisen – naar het oordeel van het Hof – met zich dat in geval een Lid-Staat als sanctie op een inbreuk van het discriminatieverbod heeft gekozen voor schadevergoeding, de hoogte hiervan in *passende verhouding* moet staan tot de geleden schade. Hoe hoog een 'passende' schadevergoeding in een concreet geval zou moeten zijn liet het Hof over aan de nationale rechter, waarbij wel werd aangegeven dat een louter symbolische schadevergoeding niet aan deze eis voldoet. Een volledige schadevergoeding wordt in de zaak Von Colson in elk geval niet met zoveel woorden geëist.[58] In *Marshall II*, waarin een discriminerend ontslag aan de orde was, ging het Hof een stap verder. Volgens het Hof kon in casu de situatie van gelijkheid alleen worden hersteld door oftewel het opnieuw in dienst nemen van het slachtoffer van discriminatie oftewel het toekennen van een financiële compensatie voor de geleden schade. Als in het nationaal recht voor de laatste optie is gekozen moet deze compensatie wel in die zin adequaat zijn dat hiermee het als gevolg van het discriminerende ontslag geleden verlies en de schade *volledig* kan worden goedgemaakt.[59]

---

56 R.J.G.M. Widdershoven, Gemeenschapsrecht bestuursrechtelijk gehandhaafd, NTB 1993, p. 47-58, i.h.b. 52-53; J.A.E. Vervaele, Administratieve sanctiebevoegdheden van en in de Gemeenschap, Naar een systeem van Europese bestuurssancties, in: J.A.E. Vervaele (red.), a.w. 1993, p. 167-211.

57 HvJEG 2 augustus 1993, zaak C-271/91, *Marshall II*, Jur. 1991, p. I-4367, Nemesis 1994/1, nr. 371, m.nt. Veltman; SEW 1995, p. 280, m.nt. Prechal. Dat Marshall II niet uit de lucht kwam vallen maar paste in een ontwikkeling waarin ook Von Colson en Kamann en Johnston een plaats hebben, blijkt uit het heel voorspellende artikel van B. Fitzpatrick, The Effectiveness of Equality Law Remedies: A European Community Law Perspective, in: B. Hepple and E.M. Szyszczak (eds.), Discrimination: The Limits of Law, London 1992, p. 68-85, i.h.b. p. 75 e.v.

58 Vgl. A-G Van Gerven in zijn conclusie onder de zaak *Marshall II*, r.o. 17.

59 Zaak *Marshall II*, r.o. 25-26.

Opmerkelijk in Marshall II is de indringendheid van het ingrijpen door het Hof in de nationale rechtsmiddelen. Het beperkt zich niet tot het stellen van een algemene (kwaliteits)norm, waarna het aan de nationale rechter wordt overgelaten om deze norm met behulp van het nationale procesrecht in het concrete geval toe te passen. Heel precies wordt daarentegen bepaald dat in een situatie als de onderhavige alleen volledige compensatie een effectief en afschrikwekkend rechtsmiddel is. Het Hof legt hiermee een uniforme communautaire standaard op waaraan de rechtsmiddelen in alle nationale procesrechten moeten voldoen.[60]

Op grond van het voorafgaande kan worden vastgesteld dat het beginsel van effectieve rechtsbescherming eist dat het nationale procesrecht, voorzover dat wordt toegepast op op het EG-recht gegronde vorderingen van particulieren, zowel moet voorzien in een effectieve toegang tot de rechter als in doeltreffende rechtsmiddelen om beweerdelijke inbreuken op deze rechten te redresseren. Als het nationaal procesrecht hierbij belemmeringen opwerpt, moet dit buiten toepassing worden gelaten. Dit geldt bijvoorbeeld voor belemmeringen in de toegang tot de rechter (Borelli) of tot de voorlopige-voorzieningsprocedure (Factortame), voor barrières als gevolg van het nationale 'belang'-criterium (Verholen) of beroepstermijnen (Emmott) of voor maximumgrenzen voor schadevergoeding (Marshall II). In zoverre heeft het beginsel van effectieve rechtsbescherming in elk geval formeel alleen *negatieve werking*: met het beginsel strijdige bepalingen worden weggetoetst. Wat echter opvalt is dat door de mate van indringendheid waarmee het 'wegtoetsen' van nationale procesrechtelijke belemmeringen door het Hof geschiedt, het verschil tussen dit wegtoetsen en het creëren van bevoegdheden en rechtsmiddelen vervaagt.[61] Anders gezegd: formeel heeft de rechtspraak (nog steeds) alleen negatieve werking, materieel wordt de grens naar *positieve werking* benaderd en wellicht zelfs gepasseerd. Dit kan goed worden geïllustreerd aan de uitspraak van het Hof in de zaak Factortame. Formeel deed het Hof niet meer dan het buiten toepassing verklaren van de regel van het common law dat geen voorlopige maatregelen kunnen worden gelast tegen de Crown. Materieel kwam het er echter op neer dat een kort geding in Europese zaken werd geïntroduceerd, waarin het Engels recht van te voren niet voorzag. Vanuit de nationale optiek was derhalve wel degelijk sprake van creatie van een rechtsmiddel.[62] De overgang naar de derde fase waarin het Hof expliciet het creëren van remedies 'verordonneert' wordt daarmee een vloeiende.

---

60 D. Curtin en K. Mortelmans, a.w. 1995, p. 452-453.

61 Op deze ontwikkeling wordt ook gewezen door D. Curtin, a.w. 1990, p. 735-736; B. Fitzpatrick, a.w. 1992, p. 77; P. Oliver, a.w. 1992, p. 16.

62 Vgl. D. Curtin, a.w. 1990, p. 736, die over Factortame opmerkt: 'What is this if not the imposition of a new remedy in Community law context'.

2.4 Creatie en regulering van rechtsmiddelen in de nationale rechtsorde (fase 3)

In de derde fase bereikt de hier geschetste ontwikkeling haar voorlopig hoogtepunt. In deze fase worden door het Hof procesrechtelijke voorzieningen en rechtsmiddelen in het leven geroepen die in de nationale rechtsorde moeten worden georganiseerd. Op hoofdpunten gaat het Hof bovendien over tot het stellen van algemene regels voor de toepassing van de aldus gecreëerde voorzieningen. In zoverre wordt een uniforme communautaire regeling aan de Lid-Staten opgelegd en heeft deze rechtspraak zonder meer *positieve werking*. Voor het overige wordt de wijze van organisatie van het 'nieuwe' rechtsmiddel overgelaten aan de Lid-Staten.

Als eerste uitspraak die een aantal elementen van de derde fase in zich draagt kan het arrest in de zaak *Zuckerfabrik Süderdithmarschen* worden genoemd.[63] In deze zaak maakte het Hof uit dat de nationale rechter bevoegd is om een nationale beschikking die berust op een communautaire verordening te schorsen, wanneer hij de overtuiging heeft dat er ernstige twijfel bestaat over de geldigheid van deze verordening. Het oordeel van het Hof in de zaak Factortame, dat de nationale rechter voorlopige rechtsbescherming moet kunnen bieden tegen nationale besluiten die beweerdelijk in strijd zijn met het gemeenschapsrecht, werd derhalve doorgetrokken naar zaken waarin indirect de geldigheid van een communautaire regeling ter discussie wordt gesteld. In zoverre kan Zuckerfabrik nog worden gerekend tot de tweede-fase-rechtspraak. Het Hof ging echter een stap verder. Om te voorkomen dat de uniforme toepassing van het EG-recht in gevaar zou komen als gevolg van de uiteenlopende voorwaarden die in de Lid-Staten gelden voor de opschorting van besluiten, stelde het Hof een aantal *uniforme, communautaire regels* vast die de nationale rechter in geval van zo'n opschorting in acht zou moet nemen. Op deze criteria wordt in hoofdstuk 5 nader ingegaan. Op deze plaats kan nog worden opgemerkt dat het Hof met het voorschrijven van deze communautaire criteria aan de nationale rechter een stap verder gaat dan in zijn rechtspraak uit de eerste twee fasen; in die rechtspraak beperkte het Hof zich nog tot het stellen van algemene normen (non-discriminatie, effectiviteit, effectieve rechtsbescherming) en het, in overigens toenemende mate indringend, toetsen van nationaal procesrecht hieraan. Bovendien valt op dat het Hof in Zuckerfabrik onomwonden stelt dat de nationale rechter omwille van het EG-recht moet beschikken over een procesrechtelijke bevoegdheid. Wanneer opschorting van een verordening financiële risico's voor de gemeenschap meebrengt, moet de nationale rechter namelijk de mogelijkheid hebben om van de verzoeker toereikende zekerheden te verlangen. Bestaat deze bevoegdheid in het nationale recht niet, dan zal zij moeten worden gecreëerd.

Het meest sprekende derde-fase-arrest is de uitspraak van het Hof in de *zaak*

63 HvJEG 21 februari 1991, gev. zaken C-143/88 en C-92/89, *Zuckerfabrik*, Jur. 1991, p. I-534 e.v.; AB 1991, 328, m.nt. FHvdB; SEW 1991, p. 670 e.v., m.nt. K.J.M. Mortelmans. Zie ook: HvJEG 9 november 1995, zaak C-465/93, *Atlanta*, n.n.g., SEW-katern, Jurisprudentie EG 1 (1996), p. 1.

Francovich en Bonifaci.[64] In deze zaak was de vraag aan de orde of een Lid-Staat gehouden is de schade te vergoeden die particulieren lijden doordat een richtlijn niet (tijdig) in nationaal recht is omgezet. Hoewel deze vraag was toegespitst op de overheidsaansprakelijkheid voor het niet implementeren van richtlijnen werd zij in een veel breder verband beantwoord. Blijkens de uitspraak is er een *algemeen beginsel van gemeenschapsrecht*, dat de Lid-Staten verplicht tot vergoeding van de schade die particulieren lijden als gevolg van (alle) schendingen van het gemeenschapsrecht die aan hun kunnen worden toegerekend. Dit beginsel is naar het oordeel van het Hof inherent aan het systeem van het EG-Verdrag, waaruit kan worden afgeleid dat de nationale rechter die in het kader van zijn bevoegdheden belast is met de toepassing van de gemeenschapsrechtelijke bepalingen, de volle werking van die bepalingen dient te verzekeren en de daarin aan particulieren toegekende rechten moet beschermen. Het beginsel vindt tevens zijn grondslag in artikel 5 EG-Verdrag, dat de Lid-Staten verplicht alle maatregelen te treffen welke geschikt zijn om de nakoming van de krachtens het gemeenschapsrecht op hen rustende verplichtingen te verzekeren. Hiertoe behoort ook de verplichting de onwettige gevolgen van een schending van EG-recht ongedaan te maken, in casu met behulp van schadevergoeding. Op Francovich wordt in hoofdstuk 3 nader ingegaan. Op deze plaats wordt volstaan dat met de opmerking dat als gevolg van Francovich de nationale aansprakelijkheid voor schendingen van gemeenschapsrecht haar *grondslag* thans rechtstreeks in het EG-recht vindt. Voorts zijn ook de *voorwaarden* waaronder deze aansprakelijkheid ontstaat een aangelegenheid van het EG-recht. Voor het overige zijn de materiële en formele condities die moeten worden toegepast een aangelegenheid van de nationale rechtsorde. De Lid-Staten wijzen de bevoegde rechter aan en geven de procesregels voor rechtsvorderingen die ertoe strekken de Francovich-aansprakelijkheid te effectueren. Deze regels moeten wel voldoen aan de vereisten van non-discriminatie en effectiviteit.

In deze derde fase bouwt het Hof het tweede-fase-beginsel van effectieve rechtsbescherming verder uit. In tweeërlei opzicht gaat het hierbij verder dan in de tweede fase. In de eerste plaats wordt met name in de zaak Zuckerfabrik de toepassing van nationale rechtsmiddelen heel precies gereguleerd, waarbij voorts de creatie van aanvullende voorzieningen wordt voorgeschreven. In de tweede plaats creëert het Hof (in Francovich) zelf een rechtsmiddel, namelijk een op het EG-recht berustende overheidsaansprakelijkheid voor schendingen van gemeenschapsrecht door de Lid-Staten, die in de nationale rechtsorden moet worden georganiseerd. De invalshoek die het Hof in deze fase hanteert is een andere dan in de eerste twee fasen. Was in deze fasen nog sprake van een typisch rechterlijke aanpak, waarbij specifieke, nationale procesrechtelijke voorschriften werden getoetst aan een algemene communautaire normen als effectieve rechtsbescherming. In de derde fase treedt het Hof op als *wetgever-plaatsvervanger*: nationale

64 HvJEG 19 november 1991, gev. zaken C-6/90 en C-9/90, *Francovich*, Jur. 1991, p. I-5357, SEW 1993, p. 87 e.v., m.nt. D. Curtin.

rechtsmiddelen worden gereguleerd en/of gecreëerd. Een op onderdelen geüniformeerde communautaire regeling wordt aan de Lid-Staten voorgeschreven.

2.5 Nationale procesrechtelijke autonomie herontdekt? (fase 4)

In het voorafgaande is een ontwikkeling beschreven van een voortgaande jurisprudentiële harmonisering van het nationale procesrecht onder invloed van de rechtspraak van het Hof van Justitie. De vraag is hoe het verder zal gaan. Heeft deze ontwikkeling in de derde fase haar voorlopige eindpunt bereikt of is deze fase niet meer dan een tussenstap in de ontwikkeling naar verdergaande uniformering van het nationale bestuursrecht? Een dergelijke vraag kan uiteraard niet met zekerheid worden beantwoord. Wat wel opvalt is dat in de rechtspraak van het Hof een, overigens nog beperkt, aantal aanwijzingen kan worden gevonden waaruit zou kunnen worden afgeleid dat het Hof voorlopig een pas op de plaats maakt.[65] Hoewel het mij te ver gaat om in deze aanwijzingen reeds een nieuwe trend in de richting van een herontdekking van de nationale procesrechtelijke autonomie te zien – vandaar het vraagteken in de paragraaftitel – kan wel worden vastgesteld dat het Hof zich in deze zaken meer terughoudend opstelt ten opzichte van de nationale rechtsstelsels.

Een eerste aanwijzing is te vinden in de uitspraak in de zaak *Steenhorst-Neerings*.[66] Deze uitspraak bevat een belangrijke nuancering van het Emmott-arrest. Zoals in paragraaf 2.3 aangegeven had het Hof in Emmott vastgesteld dat in het geval van niet (tijdige) omzetting van richtlijnen de overschrijding van fatale nationale (beroeps)termijnen niet aan een particulier kan worden tegengeworpen. In Steenhorst-Neerings werd de vraag aan de orde gesteld of dit betekende dat de aan de betreffende richtlijn te ontlenen aanspraken – in casu ging het om aanspraken op een AAW-uitkering – ook met terugwerkende kracht tot de einddatum van de omzettingstermijn moeten worden gehonoreerd wanneer de nationale regeling deze terugwerkende kracht zou beperken. Het Hof benaderde deze vraag met behulp van de in de eerste fase geformuleerde uitgangspunten (zie paragraaf 2.2). Op de betreffende AAW-aanspraken was derhalve het nationale recht van toepassing, waarbij deze nationale regels wel moesten voldoen aan de vereisten van non-discriminatie en effectiviteit. Volgens het Hof was dit voor een bepaling die de terugwerkende kracht van een aanvraag om een AAW-uitkering beperkt het geval. Toepassing van Emmott leidde in casu niet tot een ander oordeel, omdat de Emmott-situatie naar het oordeel van het Hof duidelijk verschilt van die in Steenhorst-Neerings. Met name was van belang dat anders dan een nationale rechtsregel waarbij een beroepstermijn wordt vastgesteld, zoals aan de orde in Emmott, de in Steenhorst-Neerings bedoelde regel het eigenlijke recht van de justitiabelen om zich voor een nationale rechter tegen de in gebrek

65 Zo ook: D. Curtin en K. Mortelmans, a.w. 1995, p. 453-454.

66 HvJEG 27 oktober 1993, zaak C-338/91, *Steenhorst-Neerings*, Jur. 1993, p. 5475, Regelmaat 1994/2, p. 69-77, m.nt. Bracke. Inmiddels bevestigd in HvJEG 6 december 1994, zaak C-410/92, *Johnson*, Jur. 1994, p. I-5483, NJB-katern 1995/14, nr. 3.

blijvende Lid-Staat op een richtlijn te beroepen, niet aantast; zij beperkt enkel de terugwerkende kracht van aanvragen tot verkrijging van de uitkering.

In Steenhorst-Neerings kiest het Hof derhalve voor de eerste-fase-benadering waarin de *nationale procesrechtelijke autonomie* voorop staat. Hierdoor worden de consequenties van de (tweede fase-)uitspraak in de zaak Emmott nogal beperkt. Weliswaar gaat als gevolg van Emmott in geval van niet (juiste) omzetting van een richtlijn iemands procedurele recht om beroep in te kunnen stellen bij de rechter niet verloren: nog jarenlang kan men bij onjuiste omzetting besluiten derhalve aanvechten bij de rechter. Omdat de materiële aanspraken door de nationale wetgever in de tijd meer of minder verregaand kunnen worden beperkt, neemt het (materiële) belang van deze rechtszaak echter af.

Dat het Hof geneigd is om ietwat meer ruimte te laten voor het nationale procesrecht kan men ook afleiden uit de uitspraken van het Hof in de zaken *Van Schijndel* en *Peterbroeck*.[67] In beide zaken ging het om de vraag of de nationale rechter verplicht is regels van EG-recht ambtshalve toe te passen in het geval partijen daarop niet tijdig beroep hebben gedaan. In Van Schijndel werd de vraag toegespitst op de civiele (cassatie)rechtspraak, in Peterbroeck op de belastingrechtspraak. In beide zaken was ambtshalve toepassing in strijd met het nationale recht. Anders dan velen hadden gedacht werd de vraagstelling niet benaderd met behulp van de in arresten als *Simmenthal* en *Factortame* (zie par. 2.3) geformuleerde uitgangspunten die voor dergelijke nationale bepalingen weinig of geen ruimte laten.[68] In deze arresten valt onder meer te lezen dat de nationale rechter 'verplicht is het gemeenschapsrecht integraal toe te passen, daarbij buiten toepassing latende elke eventueel strijdige bepaling van de nationale wet' en voorts, dat met deze plicht onverenigbaar is 'elke nationale bepaling van een nationale rechtsorde die ertoe zou leiden de uitwerking van het gemeenschapsrecht te verminderen, doordat aan de 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 het gemeenschapsrecht'. Het Hof beoordeelde de desbetreffende vragen daarentegen in het licht van de eerste-fase-rechtspraak (zie par. 2.2). Het nationale recht was derhalve in beginsel van toepassing, waarbij deze nationale regels wel moeten voldoen aan de vereisten van non-discriminatie en effectiviteit. Vervolgens verrichte het Hof overigens een nogal indringende toetsing aan het effectiviteitsvereiste. In hoofdstuk 4 wordt op deze kwestie nader ingegaan. Het resultaat hiervan was dat van de civiele rechter geen ambtshalve toepassing van EG-recht werd geëist; de belastingrechter had, vanwege de omstandigheden van de desbetreffende procedure, daartoe wel moeten overgaan. Al met al laat het Hof in beide

67 HvJEG 14 december 1995, gev. zaken C-430/93, *Van Schijndel* en C-431/93, *Van Veen*, n.n.g., NJB-katern 1996, p. 63, nr. 4, respectievelijk HvJEG 14 december 1995, zaak C-312/93 *Peterbroeck, Van Campenhout & Cie*, n.n.g., NJB-katern 1996, p. 40, nr. 3.

68 HvJEG 9 maart 1978, zaak 106/77, *Simmenthal*, Jur. 1978, p. 121, i.h.b. r.o. 21-22 en 24; HvJEG 19 juni 1990, zaak C-213/89, *Factortame*, Jur. 1990, p. I-2433, r.o. 18-20. Zie voor een opsomming van auteurs die een plicht tot ambtshalve toepassing van EG-recht verdedigden, S. Prechal, a.w. 1995, p. 177-178.

zaken *in beginsel* ruimte voor nationale procesrechtelijke eigenheid. Deze is echter wel communautair ingekaderd hetgeen ertoe kan leiden dat in concrete procedures toch aanpassingen moeten worden aangebracht.

2.6 Evaluatie

In het voorafgaande komen de beide ontwikkelingen die in hoofdstuk 1 zijn aangeduid naar voren. Eerst en vooral is er de toenemende communautarisering van de nationale rechtsbescherming en het procesrecht, de groei naar een bestuurs(proces)rechtelijk ius commune.[69] Werd dit proces aanvankelijk vooral gemotiveerd door de overweging om de volle werking van het gemeenschapsrecht te garanderen, met de erkenning van het beginsel van effectieve rechtsbescherming als algemeen communautair rechtsbeginsel heeft het een tweede grondslag gekregen die overigens met de eerste samenhangt. De communautaire beïnvloeding van de nationale rechtsbescherming vindt thans plaats om een *daadwerkelijk effectieve rechtsbescherming* ten aanzien van de aan particulieren door het EG-recht toegekende rechten te garanderen en (daardoor) de volle werking van het EG-recht te verzekeren: rechtshandhaving door rechtsbescherming. De toepassing van het beginsel van effectieve rechtsbescherming heeft er in de eerste plaats toe geleid dat nationale belemmeringen in de toegang tot de rechter en grenzen aan de toepasselijke rechtsmiddelen door het Hof zijn weggetoetst (zie paragraaf 2.3). Daarnaast wordt op grond van het gemeenschapsrecht soms de creatie van nieuwe remedies geëist. Het voorlopige hoogtepunt in deze is de erkenning van het communautaire beginsel van overheidsaansprakelijkheid (zie paragraaf 2.4). Al met al worden de contouren van een geharmoniseerd bestuursprocesrecht duidelijk zichtbaar. Deze ontwikkeling is voor een groot deel gebaseerd op het in artikel 5 EG-Verdrag verwoorde *samenwerkingsbeginsel*. Door de toenmalige President van het Hof Ole Due is in een bijdrage uit 1992 gewezen op het in wezen *federale* karakter van dit beginsel.[70] In het hier beschreven proces komt dit karakter duidelijk naar voren.

Aan de andere kant is het Hof steeds op zoek naar de mate waarin, binnen dit proces van communautarisering van de rechtsbescherming, ruimte moet worden gelaten voor nationale procesrechtelijke eigenheid. Het vereiste van effectieve rechtsbescherming leidt weliswaar tot een zekere harmonisatie van nationale procesrechten, maar impliceert niet dat de bescherming in alle Lid-Staten gelijk is. De nationale procesrechtelijke *autonomie* wordt door het Hof nog steeds – en in recente arresten zelfs wat nadrukkelijker (zie paragraaf 2.5) – als uitgangspunt gehanteerd. Het gaat overigens wel om een door de communautaire vereisten van non-discriminatie en effectiviteit ingekaderde 'autonomie', waarbij het Hof uiteindelijk bepaalt of het nationale procesrecht overeind kan blijven, met andere

69 W. van Gerven, Naar een Europees gemeen recht van algemene rechtsbeginselen?, RM Themis 1995/5, p. 235.

70 O. Due, Artikel 5 van het EEG-Verdrag. Een bepaling met een federaal karakter?, SEW 1992, p. 355-366.

woorden hoe de balans tussen verdergaande communautarisering en nationale autonomie zal uitvallen. In zijn Conclusie onder de zaak Van Schijndel gaat Advocaat-Generaal Jacobs in op de uitgangspunten die bij dit afwegingsproces zouden moeten gelden.[71] Naar zijn opvatting gaat het systeem van het Verdrag van de vooronderstelling uit dat een effectieve en behoorlijke rechtsbescherming normaliter op bevredigende wijze kan worden verleend door de nationale rechter met behulp van de nationale remedies en in overeenstemming met het nationale procesrecht. Zoals ook in de Hof-rechtspraak naar voren komt, staat de nationale procesrechtelijke autonomie derhalve voorop. Gelet hierop kan het ingrijpen door het Hof in het nationale procesrecht, volgens Jacobs, niet verder gaan dan *noodzakelijk* is voor een effectieve bescherming van de door het EG-recht verleende rechten; verdergaand ingrijpen zou namelijk een schending betekenen van het *evenredigheidsbeginsel* en, in breder verband, van het *subsidiariteitsbeginsel*.[72] Mij spreekt deze benadering wel aan. Het gaat mij er in dit verband niet zozeer om dat de toets aan deze beginselen voor wat betreft het communautariseren van nationaal procesrecht tot geheel andere resultaten zou leiden dan waartoe het Hof thans komt; met kracht van argumenten kan men immers verdedigen dat het ingrijpen door het Hof in (vrijwel) alle in dit hoofdstuk besproken gevallen inderdaad noodzakelijk was.[73] Wel wordt op deze wijze op beginselniveau een zeker tegenwicht geboden tegen de federale impulsen die van het samenwerkingsbeginsel uitgaan. Door de zoektocht naar het juiste evenwicht te plaatsen in het licht van een dichotomie van beginselen – samenwerking versus evenredigheid en/of subsidiariteit – is het bovendien mogelijk om tot een meer geëxpliciteerde en vooral ook meer *controleerbare afweging* te komen. Op dit moment worden evenredigheid en/of subsidiariteit door het Hof niet expliciet in zijn afwegingsproces betrokken. Wellicht daarom zijn de keuzes die het Hof in een concrete zaak maakt voor een Europese, dan wel een nationale oplossing soms

---

71 Conclusie Advocaat-Generaal Jacobs, 15 juni 1995, gev. zaken C-430/93 en C-431/93, *Van Schijndel en Van Veen*, n.n.g., r.o. 24 t/m 30.

72 Vgl. ook T. Koopmans, The Quest for Subsidiarity, in: D. Curtin en T. Heukels (eds.), a.w. 1995 (Liber Amicorum Schermers), p. 43-53, i.h.b. 50-52. Ook Koopmans wijst op de parallellen tussen het subsidiariteitsbeginsel en het uitgangspunt van nationale procesrechtelijke autonomie. Zie voorts, W. Frenz, Subjectiv-öffentliche Rechte aus Gemeinschaftsrechts vor deutschen Verwaltungsgerichten, DVBl. 1995, p. 408-415, i.h.b. p. 411.

73 Twijfels heb ik alleen bij het *Emmott*-arrest. Het rigoureus schrappen van nationale beroepstermijnen zolang een richtlijn incorrect is omgezet kan, mede gelet op het feit dat soms pas jaren later de implicaties van een richtlijn geheel duidelijk worden, dermate ingrijpende consequenties hebben dat het de vraag is of deze sanctie op incorrecte omzetting wel altijd evenredig is. Vgl. bijv. de thans bij het Hof aanhangige *Denkavit*-zaak, verwijzingsuitspraak CBB 23 november 1993, UCB 1993, nr. 89, m.nt. HZ. Toepassing van de Emmott-regel in deze zaak kan ertoe leiden dat vele bedrijven de bijdragen kunnen terugvorderen die zij gedurende 20 jaar – naar thans is gebleken in strijd met Richtlijn 69/335 – hebben betaald ter financiering van de Kamers van Koophandel, terwijl de betreffende bedrijven dit bedrag natuurlijk al lang hebben doorgerekend aan de consument. Dat ook het Hof zelf twijfels over *Emmott* heeft kan worden afgeleid uit de zaak *Steenhorst-Neerings*.

wat ongrijpbaar en in elk geval onvoorspelbaar.[74] Gelet op het belang van deze keuzes is dit een niet erg wenselijke situatie. Een onderbouwing in de hier bepleite richting zou in elk geval een begin van een oplossing kunnen bieden.

74 Zie ook: B.H. ter Kuile in zijn naschrift op de reactie van Mok, Over aalscholvers en bijscholing van rechters, NJB 1993, p. 1245-1246, die opmerkt dat het niet erg duidelijk is wanneer het Hof kiest voor de communautaire lijn van Factortame en Simmenthal, dan wel het uitgangspunt van nationale processuele autonomie voorop stelt in de zin van de Rewe/Comet-rechtspraak.

3 Doorwerking van gemeenschapsrecht in de nationale rechtsorde

3.1 Inleiding

Op grond van artikel 5 EG-Verdrag heeft de nationale rechter de taak om de rechten die particulieren aan het gemeenschapsrecht kunnen ontlenen te beschermen en aldus de volle werking van het gemeenschapsrecht te verzekeren.[75] Hij moet alle algemene en bijzondere maatregelen treffen welke geschikt zijn om de nakoming van communautaire verplichtingen te verzekeren, hetgeen onder meer impliceert dat de onwettige gevolgen van een schending van EG-recht ongedaan moeten worden gemaakt.[76] Ten einde in het geval een Lid-Staat het gemeenschapsrecht heeft geschonden toch zorg te kunnen dragen voor de effectieve doorwerking hiervan, biedt het EG-recht de nationale rechter drie instrumenten.[77] In de eerste plaats is hij verplicht *rechtstreeks werkende* bepalingen van gemeenschapsrecht toe te passen. Ten tweede kent het EG-recht de interpretatieve doorwerking met behulp van *gemeenschapsrechtconforme uitleg* van nationale bepalingen. Ten slotte is er de overheidsaansprakelijkheid wegens toerekenbare schendingen van gemeenschapsrecht, de zogenaamde *Francovich-aansprakelijkheid.*

Deze drie doorwerkingsinstrumenten hebben deels hun eigen toepassingsgebied. Daarnaast zijn echter ook diverse situaties denkbaar waarin de volle werking van gemeenschapsrecht met behulp van twee of zelfs alle drie de instrumenten kan worden bereikt. De vraag is dan: welk instrument heeft onder welke omstandigheden de voorkeur? Hoewel het Hof voor wat betreft de hiërarchie van doorwerkingsinstrumenten wel zekere aanwijzingen geeft – zo is de Francovich-

---

75 Onder meer: HvJEG 9 maart 1978, zaak 106/77, *Simmenthal*, Jur. 1978, p. 629, r.o. 16, NJ 1978, 656; HvJEG 19 juni 1990, zaak C-213/89, *Factortame*, Jur. 1990, p. I-2433, r.o. 19, NJ 1992, 761; HvJEG 16 december 1976, zaak 33/76, *Rewe*, Jur. 1976, p. 1989.

76 Zie reeds HvJEG 16 december 1960, zaak 6/60, *Humblet*, Jur. 1960, p. 1169; HvJEG 19 november 1991, gev. zaken C-6/90 en C-9/90, *Francovich en Bonifaci*, Jur. 1991, p. I-5357, r.o. 36, AB 1994, 482, m.nt. FHvdB.

77 HvJEG 14 juli 1994, zaak C-91/92, *Faccini Dori*, Jur. 1994, p. I-3325, AAe 1994, p. 845-858, m.nt. Mortelmans en Temmink. Over de instrumenten: G. Betlem, Richtlijnconforme uitleg: interpretatieve doorwerking van EG-recht, Intellectuele eigendom en reclamerecht 1994, p. 104-110; S. Prechal, Directives in European Community Law, Oxford 1995, p. 195-354.

aansprakelijkheid in beginsel subsidiair ten opzichte van de andere twee instrumenten – heeft de nationale rechter op dit punt ook enige vrijheid. In dit hoofdstuk wordt bekeken hoe ver deze vrijheid gaat en hoe de nationale rechter daarmee om zou kunnen of moeten gaan.

3.2 Drie instrumenten van doorwerking

3.2.1 Rechtstreekse werking

Voordat kan worden ingegaan op de hiërarchie van doorwerkingsinstrumenten moeten eerst de mogelijkheden en grenzen hiervan nader worden aangeduid. In de eerste plaats is er de *rechtstreekse werking*. Als rechtstreeks werkende bepalingen worden aangemerkt bepalingen die door particulieren die daarbij belang hebben in de nationale rechtsorde, meer in het bijzonder voor de nationale rechter kunnen worden ingeroepen; de rechter is verplicht deze toe te passen.[78] Hoe een rechtstreeks werkende bepaling door de rechter precies tot gelding wordt gebracht is grotendeels afhankelijk van het nationale recht.[79] Veelal wordt de strijdige nationale bepaling buiten toepassing gelaten. Kernvoorwaarde voor rechtstreekse werking van een gemeenschapsregel is het ontbreken van beleidsvrijheid voor een Lid-Staat bij de toepassing hiervan: de bepaling moet naar zijn inhoud voldoende nauwkeurig bepaald en onvoorwaardelijk zijn. Op grond van deze criteria zijn bepalingen van gemeenschapsverordeningen, diverse Verdragsbepalingen alsook, zij het bij uitzondering, richtlijnbepalingen door het Hof als rechtstreeks werkend aangemerkt. De rechtstreekse werking van een bepaling geldt eerst en vooral binnen de verticale relatie van een particulier ten opzichte van de overheid (verticale rechtstreekse werking). Verordeningen, alsmede diverse Verdragsbepalingen kunnen bovendien direct verplichtingen opleggen aan particulieren in hun relatie met zowel de overheid (omgekeerde verticale rechtstreekse werking) als met andere particulieren (horizontale rechtstreekse werking). Richtlijnen kunnen op zichzelf geen verplichtingen scheppen voor particulieren ten opzichte van de overheid en al evenmin ten opzichte van andere particulieren; zij hebben *geen horizontale rechtstreekse werking*.[80]

Deze, waarschijnlijk belangrijkste, beperking van het onderhavige doorwerkingsinstrument betekent naar mijn mening overigens niet dat in zogenaamde *driehoeksverhoudingen* geen beroep kan worden gedaan op een rechtstreeks werkende richtlijnbepaling.[81] In zo'n driehoeksverhouding, die vooral in het

---

78 Vgl. R.H. Lauwaars en C.W.A. Timmermans, Europees Gemeenschapsrecht in kort bestek, Groningen, tweede druk, p. 24-33, 78-84; Kapteyn-Verloren van Themaat, Inleiding tot het recht van de Europese Gemeenschappen, Deventer 1995, vijfde druk, p. 319-332.

79 Vgl. J. Jans, Europees milieurecht in Nederland, Groningen 1994 tweede druk, p. 179.

80 HvJEG 26 februari 1986, zaak 152/84, *Marshall I*, Jur. 1986, p. 723, r.o. 48; zaak *Faccini Dori*, r.o. 25. Vgl. S. Prechal, a.w. 1995, p. 62 e.v.

81 Zo ook: J.H. Jans, Over grenzen van Europees milieurecht, Zwolle 1992, p. 10-11. S.

milieurecht veel voorkomt, doet een derde-particulier in een rechtszaak tegen een door een bestuursorgaan verleende vergunning beroep op een rechtstreeks werkende (milieu)richtlijn. Honorering van dit beroep zal betekenen dat de vergunninghouder in een ongunstigere positie wordt gebracht; de vergunning wordt bijvoorbeeld vernietigd. Omdat aldus door de richtlijn zelf aan de vergunninghouder verplichtingen worden opgelegd, zou men kunnen zeggen dat honorering van het beroep in deze situatie op grond van het verbod van horizontale rechtstreekse werking niet mogelijk is. Met Jans meen ik echter dat deze redenering niet juist is. De gevolgen voor de vergunninghouder in een geval als het onderhavige zijn een uitvloeisel van de rechten die de derde op grond van de richtlijn ten opzichte van de overheid heeft gekregen. Van horizontale rechtstreekse werking in strikte zin is dan ook geen sprake, hoogstens van een feitelijk en indirect – namelijk via het bestuursorgaan – horizontaal gevolg. Er bestaat immers geen directe rechtsrelatie tussen de derde en de vergunninghouder. Zou men de honorering van een beroep van derden in deze situatie wel als een vorm van niet-toegestane horizontale werking aanmerken, dan verliest het leerstuk van rechtstreekse werking vrijwel alle betekenis in driehoeksverhoudingen.[82] Dat kan niet de bedoeling zijn. Voorwaarde voor de rechtstreekse werking van richtlijnen in een tripolaire rechtsrelatie is overigens wel dat de desbetreffende richtlijn *rechten* beoogt toe te kennen aan derden-particulieren. Deze rechten kunnen primair van procedurele aard zijn, zoals in de Richtlijn milieu-effectrapportage of in de Aanbestedingsrichtlijn.[83] Het kan echter ook gaan om materiële rechten, zoals het geval is in onder meer milieukwaliteitsrichtlijnen.[84]

3.2.2 Gemeenschapsrechtconforme uitleg

Het tweede doorwerkingsinstrument is de *gemeenschapsrechtconforme of verzoenende uitleg*. Omdat dit instrument meestal wordt toegepast op richtlijnen spreekt men in het algemeen van richtlijnconforme uitleg.[85] Op grond hiervan is

---

Prechal, a.w. 1995, p. 67-68, neemt op dit punt een minder vergaand standpunt in, waarbij zij beroep doet op de uitspraak van het Hof in de zaak C-221/88, *Bussini*, Jur. 1990, p. I-495. Dit beroep overtuigt mij niet, omdat het in casu niet ging om de situatie dat het EG-recht aan een derde-particulier 'rechten' had toegekend.

82 J.H. Jans, a.w. 1992, p. 11.

83 Mer-richtlijn 85/337/EEG; Aanbestedingsrichtlijn, bijv. 71/305. Vgl. HvJEG 22 juni 1989, zaak 103/88, *Fratelli Costanzo*, Jur. 1989, p. 1839, waarin derden ten opzichte van de overheid en ten nadele van een andere burger beroep kunnen doen op de procedurele waarborgen uit de laatstgenoemde richtlijn.

84 Bijv. de Richtlijn betreffende grenswaarden en richtwaarden van de luchtkwaliteit voor zwaveldioxide en zwevende deeltjes, Pb. 1980, L 229/30. Zie HvJEG 30 mei 1991, zaak C-361/88, *TA Luft*, Jur. 1991, p. I-2567 en HvJEG 30 mei 1991, zaak C-59/89, *Loodgehalte*, Jur. 1991, p. I-2607, AB 1992, 453, m.nt. FHvdB. Zie over het begrip 'rechten' in communautair verband, paragraaf 6.5.

85 Vgl. HvJEG 11 juli 1991, gev. zaken C-87/90, C-88/90 en C-89/90, *Verholen e.a.*, Jur. 1991, p. I-3757, waarin wordt gesproken van de plicht 'het nationaal recht conform het gemeenschapsrecht' uit te leggen (r.o. 13); HvJEG 13 december 1989, zaak C-322/88,

de nationale rechter verplicht het nationale recht, binnen het kader van zijn bevoegdheden, zoveel mogelijk te interpreteren in het licht van de bewoordingen en doel van een richtlijnbepaling.[86] Deze verplichting geldt zowel voor bepalingen die dateren van eerdere als van latere datum dan de richtlijn. Bij richtlijnconforme uitleg kan onderscheid worden gemaakt tussen twee situaties.[87] In de eerste plaats wordt deze methode gebruikt als middel van rechterlijke interpretatie van bepaalde begrippen bij correcte omzetting van een richtlijn. Op deze toepassing, die niet omstreden is, wordt verder niet ingegaan. Daarnaast wordt richtlijnconforme interpretatie toegepast als middel om de incorrecte omzetting van een richtlijn te 'herstellen': alsdan wordt teneinde het resultaat van een richtlijn te bereiken een nationale bepaling die hiermee in strijd is, uitgelegd in overeenstemming met de richtlijn. Prechal spreekt in dit verband van *remedial interpretation*. Deze vorm van richtlijnconforme uitleg staat hierna centraal. Vergeleken met het doorwerkingsinstrument van de rechtstreekse werking biedt de plicht tot richtlijnconforme uitleg meer mogelijkheden, omdat zij ook geldt voor niet rechtstreeks werkende bepalingen van gemeenschapsrecht.[88] Verder kan het beginsel ook worden toegepast in een horizontale relatie tussen twee particulieren.[89] De techniek van richtlijnconforme uitleg is aan drie soorten – deels samenhangende – beperkingen onderworpen.[90] De eerste twee (a en b) zijn beperkingen naar nationaal recht; de derde (c) een communautaire beperking.

a. *Formulering van de nationale bepaling*: de nationale bepaling moet geschikt zijn om met behulp van de gebruikelijke juridische interpretatiemethoden richtlijnconform te kunnen worden uitgelegd. Daarom lenen nationale bepalingen die flexibel (open) zijn geformuleerd zich beter voor richtlijnconforme interpretatie dan nationale bepalingen die weinig of geen interpretatievrijheid laten. In het laatste geval zal richtlijnconforme uitleg al

---

Grimaldi, Jur. 1989, p. 4407, waarin het nationale recht conform een niet bindende aanbeveling ex artikel 189, vijfde lid EG-Verdrag werd geïnterpreteerd; zie voor een Verdragsconforme interpretatie, HvJEG 5 oktober 1994, zaak C-165/91, *Van Munster*, n.n.g, AAe 1995, p. 296 e.v., m.nt. Heukels.

86 HvJEG 10 april 1984, zaak 14/83, *Von Colson en Kamann*, Jur. 1984, p. 1891; HvJEG 13 november 1990, zaak C-106/89, *Marleasing*, Jur. 1990, p. I-4135, SEW 1992, p. 816.

87 G. Betlem, a.w. 1994, p. 105-106; S. Prechal, a.w. 1995, p. 213-216; J.H. Jans, Rechterlijke uitleg als implementatie-instrument van EG-richtlijnen: spanning tussen instrument en rechtszekerheid, in: T. Hoogenboom en L.J.A. Damen, In de sfeer van administratief recht, Konijnenbelt-bundel, Utrecht 1994, p. 237-256.

88 Vgl. CvBS 15 december 1994, RAwb 1995, nr. 33, m.a. dzz; SEW 1995, p. 292, m.a. Van Ooik. In deze uitspraak interpreteert het College artikel 131 Wet Studiefinanciering conform het Erasmusbesluit, een communautair besluit sui generis waarvan de rechtstreekse werking in elk geval niet vaststaat.

89 Zaak *Von Colson en Kamann* en zaak *Marleasing*; zie voorts HvJEG 8 november 1990, zaak C-177/88, *Dekker*, Jur. 1990, p. I-3941; Zaak *Faccini Dori*, r.o. 26. Vgl. de terechte kritiek van Ch.R.A. Swaak, Dubieuze interpretatie, NJB 1995, p. 1571, op een uitspraak van de Pres. Rb. Amsterdam, waarin richtlijnconforme uitleg in een horizontale privaatrechtelijke relatie (ten onrechte) achterwege wordt gelaten.

90 S. Prechal, a.w. 1995, p. 216-239; zie ook T. Heukels in aantekening 10 in zijn noot onder de zaak *Van Munster*, a.w. 1995.

snel neerkomen op contra-legemuitleg. Hoewel richtlijnconforme uitleg contra legem door het Hof zeker niet wordt uitgesloten,[91] kan mijn inziens geen communautaire plicht daartoe worden aangenomen. Wellicht ten overvloede kan op deze plaats verder worden opgemerkt dat van richtlijnconforme uitleg uiteraard geen sprake kan zijn wanneer de nationale wetgeving daartoe geen aanknopingspunt biedt.

b. *Rechterlijke bevoegdheid in het licht van de machtenscheiding*: de nationale rechter dient bij het richtlijnconform interpreteren van een nationale bepaling te blijven binnen het kader van zijn rechterlijke functie. Dit betekent dat richtlijnconforme uitleg meer is aangewezen, naarmate het verschil tussen de richtlijnbepaling en de nationale bepaling kleiner is. Moet de rechter daarentegen grote verschillen tussen beide bepalingen overbruggen, dan is het gevaar aanwezig dat hij buiten zijn bevoegdheid treedt; de alsdan noodzakelijke rechtsvormende rol als wetgever-plaatsvervanger kan op gespannen voet staan met het beginsel van de machtenscheiding.

c. *Algemene rechtsbeginselen*: richtlijnconforme interpretatie is niet toegestaan wanneer men hierdoor in strijd zou komen met de algemene rechtsbeginselen die deel uitmaken van het gemeenschapsrecht, met name het rechtszekerheidsbeginsel en het verbod van terugwerkende kracht. In elk geval kan niet met behulp van richtlijnconforme uitleg strafrechtelijke aansprakelijkheid van particulieren worden gevestigd of verzwaard.[92]

Ten slotte kan nog worden opgemerkt dat het effect van richtlijnconforme uitleg als middel om de onjuiste omzetting van een richtlijn te herstellen (*remedial interpretation*), enigermate beperkt is. Met name kan richtlijnconforme uitleg door bestuur en rechter van een met een richtlijn strijdige nationale bepaling niet worden beschouwd als een juiste wijze van omzetting. Volgens vaste jurisprudentie van het Hof moeten in verband met de beginselen van rechtszekerheid en effectieve rechtsbescherming richtlijnbepalingen immers worden omgezet met behulp van dwingende bepalingen van intern recht.[93] Een richtlijnconforme rechterlijke of bestuurlijke praktijk kan in beginsel niet als zodanig worden opgevat.[94] De diverse sancties die het gemeenschapsrecht kent in geval van onjuiste omzetting kunnen ondanks deze praktijk dan ook in beginsel nog steeds

---

91 Van contra legem richtlijnconforme uitleg kan bijv. worden gesproken in de zaak *Dekker*, r.o. 25 en in HvJEG 27 oktober 1993, zaak C-338/91, *Steenhorst-Neerings*, Jur. 1993, p. I-5475, r.o. 34; SEW 1994, p. 681, m.nt. Steyger. In de laatstgenoemde uitspraak stemde het Hof in met de handelwijze van de CRvB die ten einde een inbreuk op de gelijke-behandelingsrichtlijn te repareren, de bevoegdheid tot intrekking van een uitkering ingevolge artikel 32 AAW die volgens de nationale bepaling alleen van toepassing was op vrouwen, ook toepaste op mannen. Het begrip 'vrouwen' werd derhalve richtlijnconform én contra legem gelezen als 'mannen en vrouwen'.

92 HvJEG 8 oktober 1987, zaak 80/86, *Kolpinghuis*, Jur. 1987, p. 3969, AAe 1988, p. 329, m.nt. Timmermans.

93 Onder meer: HvJEG 2 december 1986, zaak 239/85, *Commissie vs. België*, Jur. 1986, r.o. 7.

94 Zaak *Steenhorst-Neerings*, r.o. 32. Zie J. Jans, a.w. 1994, Konijnenbelt-bundel, p. 252.

worden toegepast. Hierbij valt in de eerste plaats te denken aan een veroordeling door het Hof wegens schending door de Lid-Staat van een krachtens het EG-Verdrag op hem rustende verplichting (artikel 169-170 EG-Verdrag); neemt de Lid-Staat vervolgens nog geen maatregelen dan kan een forfaitaire som of dwangsom worden opgelegd. Verder bestaat er zolang de Lid-Staat de richtlijn niet correct heeft omgezet nog steeds Francovich-aansprakelijkheid. Ten slotte moet, althans volgens de huidige stand van de rechtspraak van het Hof, worden aangenomen dat tot het moment van correcte omzetting overschrijding van beroepstermijnen aan particulieren niet kan worden tegengeworpen.[95]

3.2.3 Francovich-aansprakelijkheid

Het derde doorwerkingsinstrument is de overheidsaansprakelijkheid voor schendingen van gemeenschapsrecht, de *Francovich-aansprakelijkheid*.[96] Op grond hiervan zijn de Lid-Staten verplicht tot vergoeding van de schade die particulieren lijden als gevolg van schendingen van EG-recht die hun kunnen worden toegerekend. De Francovich-aansprakelijkheid is door het Hof geïntroduceerd in een geval van niet tijdige omzetting van een niet-rechtstreeks werkende richtlijn. De reikwijdte van het beginsel van overheidsaansprakelijkheid – dat naar het oordeel van het Hof inherent is aan het systeem van het EG-Verdrag – is naar vrij algemeen wordt aangenomen echter veel ruimer. Zo bestaat Francovich-aansprakelijkheid waarschijnlijk ook voor rechtstreeks werkende bepalingen;[97] voorts ligt het voor de hand dat ook andere schendingen van gemeenschapsrecht, zoals de schending van Verdragsbepalingen, het onjuist of onvolledig omzetten van richtlijnen, alsook de onjuiste uitvoering van richtlijnen en verordeningen, tot Francovich-aansprakelijkheid kunnen leiden.[98] De *grondslag* van de nationale aansprakelijk-

---

95 HvJEG 25 juli 1991, zaak C-208/90, *Emmott*, Jur. 1991, p. I-4269, AB 1992, nr. 1, m.nt. Meij. Met L.A.D. Keus, Europees privaatrecht: een bonte lappendeken, Preadvies voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht en de Nederlandse vereniging voor Europees Recht, Lelystad 1993, p. 75, ben ik overigens van mening dat er veel voor te zeggen valt om Emmott na richtlijnconforme uitleg niet meer van toepassing te achten; particulieren kunnen dan immers hun aan het EG-recht ontleende rechten kennen en effectueren. Het Emmott-arrest laat voor dit standpunt echter geen ruimte.

96 Gev. zaken C-6/90 en C-9/90, *Francovich en Bonifaci*, Jur. 1991, p. I-5357, AB 1994, 482, m.nt. FHvdB, SEW 1993, p. 87, m.nt. Curtin. Zie over de problematiek ook het preadvies van E. Steyger, par. 3.3.3.

97 Onder meer: W. van Gerven, Non-contractual Liability of Member States, Community Institutions and Individuals for Breaches of Community Law with a View to a Common Law of Europe, MJ 1 (1994), p. 6-40, i.h.b. p. 19-21; Advocaat-Generaal Léger in zijn Conclusie van 20 juni 1995 in zaak C-5/94, *Hedley Lomas*, n.n.g., r.o. 75-94; Advocaat-Generaal Tesauro in zijn Conclusie van 28 november 1995, gev. zaken C-46/93 en C-48/93, *Brasserie de Pêcheur en Factortame III*, n.n.g., r.o. 23-34. Zie voorts par. 3.3.

98 Door diverse Advocaten-Generaal is Francovich-aansprakelijkheid inmiddels in beginsel erkend voor een beschikking in strijd met het Verdrag, Léger in de zaak *Hedley Lomas*, voor nationale wetgeving in strijd met diverse Verdragsbepalingen, Tesauro in de gev. zaken *Brasserie de Pêcheur* en *Factortame III*, en wegens onjuiste omzetting van een richtlijn, Tesauro in zijn Conclusie van 28 november 1995, zaak C-392/93, *British*

heid voor deze schendingen is alsdan rechtstreeks gelegen in het EG-recht; voorts zijn ook de *voorwaarden* waaronder deze aansprakelijkheid ontstaat een aangelegenheid van het gemeenschapsrecht.[99] Voor het overige zijn de materiële en formele condities die moeten worden toegepast een aangelegenheid van de nationale rechtsorde.

Welke de communautaire voorwaarden voor het ontstaan van aansprakelijkheid bij de diverse schendingen van EG-recht zullen zijn, is afhankelijk van de aard van de schending. Voor het niet-tijdig omzetten van richtlijnen biedt het Francovich-arrest zelf uitsluitsel:[100] de richtlijn moet de toekenning van rechten aan particulieren inhouden; de inhoud van die rechten moet op basis van de richtlijn kunnen worden vastgesteld; er dient causaal verband te zijn tussen de schending en geleden schade. Over andere schendingen heeft het Hof nog geen uitspraak gedaan. Gegeven de algemene overwegingen in Francovich, de inmiddels verschenen literatuur en de Conclusies van de Advocaten-Generaal Léger en Tesauro in een aantal post-Francovich-zaken kan echter wel enig zicht worden geboden op de richting waarin deze voorwaarden zich waarschijnlijk zullen ontwikkelen. Volgt men deze bronnen dan zal deze aansprakelijkheid voor wat betreft basisvoorwaarden in grote lijnen overeenstemmen met het Nederlands aansprakelijkheidsrecht: onrechtmatigheid, causaal verband, relativiteit en schade zijn ook vereisten voor Francovich-aansprakelijkheid.[101]

Opvallend is echter dat in vrij brede kring de opvatting wordt gehuldigd dat Lid-Staten niet voor elke schending van gemeenschapsrecht door wetgeving zonder meer aansprakelijk behoeven te zijn. Sommigen bepleiten een beperking van de aansprakelijkheid van Lid-Staten in de sfeer van de toerekenbaarheid door het erkennen van rechtvaardigingsgronden. Zo zou er volgens Van Gerven zowel bij onjuiste omzetting van richtlijnen als bij schending van Verdragsbepalingen sprake moeten kunnen zijn van verschoonbare rechtsdwaling in geval van nieuwe en onverwachte rechtspraak van het Hof.[102] Deze dwaling zou wel door een *normally diligent public authority* moeten zijn begaan. Anderen beperken de aansprakelijkheid van Lid-Staten door deze te reserveren voor duidelijke en gekwalificeerde schendingen van EG-recht. Tesauro maakt in dit verband een onderscheid tussen duidelijk en eenduidige communautaire verplichtingen waarvan de schending altijd aansprakelijkheid oplevert en andere, minder heldere

---

Telecommunications, n.n.g.

99 In het verleden werden aansprakelijkheidsacties wegens schending van EG-recht door Nederlandse rechters volgens nationale maatstaven beoordeeld, zie CBB 12 april 1988, UCB 1988, nr. 20, m.nt. HZ; CBB 18 december 1991, UCB 1991, 88, AB 1994, 555 en CBB 18 mei 1994, AB 1994, 556, m.nt. JHvdV. Al deze zaken betroffen de schending van gemeenschapsverordeningen. Zie in algemene zin: A.J. Bok, Het Francovich-arrest en onrechtmatige wetgeving naar Nederlands recht, Tijdschrift voor privaatrecht 1993, p. 37-60.

100 Zaak *Francovich*, r.o. 40; zie ook de zaak Faccini Dori, r.o. 27.

101 W. van Gerven, a.w. 1994, p. 25-32, S. Prechal, a.w. 1995, p. 319-325; A-G Tesauro in de gev. zaken *Brasserie de Pêcheur en Factortame III*, r.o. 53 e.v..

102 W. van Gerven, a.w. 1994, p. 18; Prechal, a.w. 1995, p. 324-325. Voor de niet (tijdige) omzetting van richtlijnen bestaat overigens in hun opvatting geen rechtvaardigingsgrond.

verplichtingen waarvan de schending alleen tot aansprakelijkheid zou moeten leiden indien het Hof in zijn rechtspraak ter zake reeds duidelijkheid heeft verschaft, dan wel indien er sprake is van een klaarblijkelijke schending.[103] Waarin de meeste auteurs overeenstemmen is dat de aansprakelijkheid van Lid-Staten afhankelijk zou moeten zijn van de mate van beleidsvrijheid die de communautaire regelgeving aan een Lid-Staat laat: naarmate er meer beleidsvrijheid is, is de 'margin of error' waarbinnen schendingen kunnen worden geëxcuseerd groter en zal onrechtmatig nationaal handelen minder snel tot aansprakelijkheid moeten leiden.[104] Volgt het Hof deze standpunten dan zal de aansprakelijkheid voor in elk geval een aantal schendingen van EG-recht minder ver gaan dan de de-facto-risico-aansprakelijkheid die thans in Nederland gebruikelijk is: de nationale overheidsaansprakelijkheid wordt immers niet beperkt door het concept van een gekwalificeerde schending, door het hanteren van rechtvaardigingsgronden als de verschoonbare rechtsdwaling of, in algemene zin, door de mate van beleidsvrijheid.[105] Of dat ook betekent dat Nederland zijn aansprakelijkheidsrecht voor wat betreft schendingen van EG-recht moet aanpassen aan het beperktere gecommunautariseerde regiem moet worden afgewacht. Het is niet ondenkbaar dat het Hof de desbetreffende voorwaarden zal formuleren als minimumvereisten, die in alle Lid-Staten moeten worden gerealiseerd maar die geen belemmering vormen voor de toepassing van een verdergaand regiem in een individuele Lid-Staat. Dit standpunt past in elk geval goed bij het vereiste van non-discriminatie.[106]

Ten slotte speelt nog de kwestie tegen welk overheidsorgaan een actie uit Francovich-aansprakelijkheid moet worden aangespannen. In algemene zin lijkt mij dat te zijn het orgaan binnen de Lid-Staat aan wie de schending van het EG-recht in het concrete geval kan worden toegerekend.[107] Als zodanig kunnen ook decentrale bestuursorganen in aanmerking komen, bijvoorbeeld in het geval zij een verordening of een correct omgezette richtlijn onjuist hebben uitgevoerd of een besluit hebben genomen dat in strijd is met het Verdrag. Heeft de schending betrekking op (niet-)wetgeving, bijvoorbeeld in geval van het niet-tijdig of onjuist omzetten van een richtlijn, dan kan in elk geval de Staat aansprakelijk worden gesteld; de Staat heeft ten slotte de communautaire verplichting om voor een tijdige en correcte omzetting zorg te dragen. Of daarnaast

---

103 A-G Tesauro in de gev. zaken *Brasserie de Pêcheur en Factortame III*, r.o. 84.

104 W. van Gerven, a.w. 1994, p. 37-38; A-G Tesauro in de gev. zaken *Brasserie de Pêcheur en Factortame III*, r.o. 74-83; A-G Léger in de zaak *Hedley Lomas*, r.o. 172.

105 Bijv. HR 9 mei 1986, *Van Gelder*, NJ 1987, 252, m.nt. MS. Overigens betracht de rechter bij de toetsing van regelgeving een zeker terughoudendheid. Wanneer deze terughoudende toetsing echter leidt tot het oordeel dat de regelgeving onrechtmatig is, is er in beginsel sprake van risico-aansprakelijkheid. Vgl. A.J. Bok, Rechterlijke toetsing van regelgeving, Deventer 1991, p. 152-167.

106 Dit standpunt wordt gehuldigd door A-G Léger in de zaak *Hedley Lomas*, r.o. 147 en 166. Zo ook: J. Jans, a.w. 1994, tweede druk, p. 202-203; M. Gellermann, Staatshaftung und Gemeinschafsrecht, Nochmals zum Francovich-Urteil des EuGH, EuR Heft 3, 1994, p. 342-358.

107 Zo ook: S. Prechal, a.w. 1995, p. 338-339.

ook het nationale decentrale uitvoeringsorgaan aansprakelijk kan worden gesteld is de vraag. Enerzijds moet er op worden gewezen dat (ook) op decentrale organen de plicht rust rechtstreeks werkende bepalingen van gemeenschapsrecht toe te passen;[108] door met EG-recht strijdige nationale wetgeving toe te passen wordt deze verplichting geschonden zodat Francovich-aansprakelijkheid verdedigbaar is.[109] Anderzijds gaat het toch wat ver om een decentraal orgaan dat te goeder trouw Nederlandse wetgeving toepast aansprakelijk te stellen voor de EG-rechtelijke gebreken in deze wetgeving. Al met al lijkt het mij redelijk om mede-Francovich-aansprakelijk van decentrale overheden in de beschreven situatie alleen aan te nemen, indien is voldaan aan twee voorwaarden. In de eerste plaats moet door het Hof zijn uitgemaakt dat de nationale wetgeving in strijd is met rechtstreeks werkende bepalingen van EG-recht. In de tweede plaats dient op basis van deze uitspraak duidelijk te zijn hoe het betreffende gebrek moet worden hersteld. Met name wanneer is vastgesteld dat een rechtstreeks werkende bepaling van een richtlijn is geschonden is dit lang niet altijd het geval. Om het resultaat van een richtlijn te bereiken kunnen door de Lid-Staat immers meer middelen worden toegepast. Zo kan een schending van de gelijke-behandelingsrichtlijn worden opgeheven door de rechten van vrouwen naar het niveau van de mannen op te trekken, door de rechten van mannen te reduceren tot die van de vrouwen, maar ook door een geheel ander niveau te kiezen dat voor beide groepen gelijk is. Deze keuze moet mijns inziens door de centrale wetgever worden gemaakt en niet door allerlei decentrale uitvoeringsorganen. Gelet hierop ligt het tot het moment dat die keuze is gemaakt dan ook niet voor de hand om decentrale organen aansprakelijk te achten voor de uitvoering van de met de richtlijn strijdige nationale wetgeving.[110]

Uit het voorafgaande blijkt dat de drie doorwerkingsinstrumenten deels hun eigen toepassingsgebied hebben. Heeft een bepaling van EG-recht geen rechtstreekse werking dan is men voor een effectieve doorwerking hiervan veelal aangewezen op de gemeenschapsrechtconforme uitleg; eventueel kan, wanneer het EG-recht rechten toekent, daarnaast Francovich-aansprakelijkheid aan de orde zijn. Is een EG-bepaling niet rechtstreeks werkend en is, voorts, gemeenschapsrechtconforme uitleg niet mogelijk, bijvoorbeeld omdat een nationaal-wettelijk aanknopingspunt ontbreekt, dan is men geheel aangewezen op Francovich-aansprakelijkheid. Gaat het om de toepassing van rechtstreeks werkende richtlijnen in horizontale relaties bij niet tijdige omzetting dan kan doorwerking onder omstandigheden via richtlijnconforme uitleg geschieden. Bovendien kan een Francovich-aansprakelijkheidsactie tegen de Lid-Staat worden aangespannen.[111] Betreft het echter een

108 HvJEG 22 juni 1989, zaak 103/88, *Fratelli Costanzo*, Jur. 1989, p. 1839, r.o. 31.

109 In deze richting althans bij 'angeblich' met het EG-recht onverenigbare nationale wetten, A-G Tesauro in de gev. zaken *Brasserie de Pêcheur en Factortame III*, r.o. 42.

110 Ik ben het dan ook niet eens met de uitspraak van de Rb. Utrecht van 25 oktober 1995, JB 1995, nr. 305, m.nt. Lefevere, RAwb 1996, nr. 24, m.a. De Lange, die de gemeente Abcoude mede aansprakelijk achtte voor de nationaalrechtelijk correcte, maar met de gelijke-behandelingsrichtlijn strijdige, uitvoering van de WWV.

rechtstreeks werkende bepaling in de relatie overheid-burger dan kunnen in beginsel alle drie de doorwerkingsinstrumenten worden toegepast. Hierna wordt eerst aandacht besteed aan de verhouding tussen Francovich-aansprakelijkheid enerzijds en de andere twee instrumenten anderzijds (paragraaf 3.3). Vervolgens wordt ingegaan op de deels met de instrumenten rechtstreekse werking en gemeenschaprechtconforme uitleg samenhangende keuze tussen abstract-formele en concreet-inhoudelijke toetsing (paragraaf 3.4).

3.3 De plaats van de Francovich-aansprakelijkheid

Francovich-aansprakelijkheid heeft ten opzichte van de andere twee doorwerkingsmethoden in beginsel een subsidiair karakter.[112] Voorop staan de rechtstreekse werking en/of de gemeenschapsrechtconforme uitleg: hiermee kan het door het gemeenschapsrecht voorgeschreven resultaat zelf worden bereikt. Schieten deze methoden om een of andere reden in een bepaalde zaak te kort dan heeft de betrokkene, wanneer althans voldaan is aan de door het Hof gestelde voorwaarden voor het ontstaan van Francovich-aansprakelijkheid, recht op een plaatsvervangende schadevergoeding. Met het subsidiaire karakter van de Francovich-aansprakelijkheid zijn echter niet alle vragen over de verhouding met de andere twee doorwerkingsmethoden beantwoord. In de eerste plaats kan de vraag worden opgeworpen of er naast de directe toepassing van EG-recht met behulp van rechtstreekse werking of conforme uitleg überhaupt nog ruimte bestaat voor Francovich-aansprakelijkheid. Daarnaast is er de kwestie welke consequenties het subsidiaire karakter van de Francovich-aansprakelijkheid moet hebben voor particulieren die hebben nagelaten tevoren beschikbare nationale (bestuursrechtelijke) rechtswegen te volgen waarbinnen een beroep had kunnen worden gedaan op beide andere doorwerkingsinstrumenten.

Over de eerste vraag kunnen we kort zijn. In het Francovich-arrest heeft het Hof in algemene zin het beginsel van gemeenschapsrecht erkend, dat de Lid-Staten verplicht zijn tot vergoeding van de schade die particulieren lijden als gevolg van schendingen van EG-recht die hun kunnen worden toegerekend. Deze mogelijkheid van schadevergoeding doet zich – aldus het Hof – 'als bijzonder noodzakelijk gevoelen' wanneer particulieren de hun door het EG-recht toegekende rechten niet voor de nationale rechter kunnen doen gelden met behulp van rechtstreekse werking of gemeenschapsrechtconforme uitleg.[113] In die situatie is de Francovich-aansprakelijkheid een *alternatief* voor beide andere doorwerkings-

111 Vgl. Conclusie van A-G Tesauro van 28 november 1995, gev. zaken C-178 en 179/94, C-188 t/m 190/94, *Dillenköfer e.a.*, n.n.g.

112 S. Prechal, a.w. 1995, p. 341-343; vgl. de zaak *Faccini Dori*, r.o. 27, waaruit het subsidiaire karakter valt af te leiden: '(...) wanneer het door de richtlijn voorgeschreven resultaat niet via uitlegging kan worden bereikt, zijn de Lid-Staten (...) krachtens het gemeenschapsrecht gehouden tot vergoeding van de schade die aan particulieren is veroorzaakt doordat een richtlijn in nationaal recht is omgezet (...)'.

113 Zaak *Francovich*, r.o. 34.

instrumenten. Uit het feit dat het Hof Francovich-aansprakelijkheid hierbij als 'bijzonder noodzakelijk' aanmerkt, kan mijns inziens echter reeds worden afgeleid dat deze aansprakelijkheid niet beperkt is tot situaties waarin de andere doorwerkingsinstrumenten niet van toepassing zijn. De ruime formulering van het beginsel van overheidsaansprakelijkheid in het Francovich-arrest wijst eveneens in die richting. Wel zal de Francovich-aansprakelijkheid in de situatie dat (ook) een ander doorwerkingsinstrument van toepassing is, een *aanvullende functie* vervullen.[114] Als gevolg van de rechtstreekse werking of conforme uitleg kan een particulier zijn aan het EG-recht ontleende materiële rechten immers voor een deel, dan wel vanaf een bepaald moment reeds effectueren; in zoverre bestaat er geen behoefte meer aan een vervangende schadevergoeding. Voorzover deze instrumenten echter te kort schieten in die zin dat zij geen volledig rechtsherstel bieden heeft hij, mede gelet op het beginsel van effectieve rechtsbescherming, recht op aanvullende schadevergoeding. Hierbij kan men bijvoorbeeld denken aan de schade die ontstaat doordat een particulier als gevolg van een te late omzetting van een rechtstreeks werkende richtlijnbepaling zijn aan het EG-recht ontleende rechten te laat kan effectueren.[115] Daarnaast kan de schade worden genoemd die een bedrijf heeft geleden doordat een Lid-Staat jarenlang, in strijd met artikel 30 EG-Verdrag, de import van de produkten van dat bedrijf heeft verboden,[116] alsook schade die is geleden door visserijbedrijven doordat zij enige jaren zijn belemmerd in hun visserij-activiteiten als gevolg van nationale wetgeving die op een later moment door het Hof in strijd met een Verdragsbepaling is verklaard.[117]

Gelet op het subsidiaire karakter van de Francovich-aansprakelijkheid ligt het voor de hand dat er zekere consequenties worden verbonden aan het feit dat een particulier niet eerst de beschikbare nationale (bestuursrechtelijke) rechtswegen heeft doorlopen. Binnen deze rechtsgangen kan de onverenigbaarheid van een nationale handeling met het gemeenschapsrecht immers worden vastgesteld en met behulp van rechtstreekse werking of conforme uitleg zelfs geheel of gedeeltelijk worden 'hersteld'. Welke deze consequenties zijn, is echter moeilijker te bepalen. Twee systemen zijn in elk geval denkbaar.

In de eerste plaats kan de aansprakelijkheidsactie afhankelijk worden gesteld van het doorlopen van de in het nationale recht beschikbare beroepsgangen tegen

114 Vgl. A-G Tesauro, in de zaken *Brasserie de Pêcheur en Factortame III*, r.o. 34; S. Prechal, a.w. 1995, p. 342.

115 Zie bijv. de al genoemde uitspraak van de Rb. Utrecht, 25 oktober 1995, JB 1995, nr. 305, waarin op basis van het Francovich-arrest (aanvullende) renteschade wordt toegekend, nadat een particulier pas in 1989 haar aan het EG-recht ontleende WWV-uitkering voor de periode van december 1984 tot 1 juli 1986 was toegekend.

116 Vgl. de casuspositie in de zaak *Brasserie de Pêcheur* (C-46/93). Vanaf 1981 had dit Franse bedrijf geen bier meer kunnen invoeren omdat dit in strijd was met zogenaamde Reinheitsgebot. In 1987 verklaarde het Hof het Reinheitsgebot in strijd met artikel 30 EG-Verdrag. Het bedrijf vorderde schadevergoeding voor de zes jaar dat het ten onrechte geen bier had kunnen invoeren.

117 Vgl. de casuspositie in *Factortame III* (C-48/93).

het omstreden besluit. Een dergelijk systeem geldt in Nederland voor besluiten die bij de bestuursrechter kunnen worden aangevochten. Ten einde schadevergoeding te verkrijgen vanwege de onrechtmatigheid van zo'n besluit, is het in principe noodzakelijk dat binnen de geldende beroepstermijn eerst het besluit zelf wordt aangevochten bij de bestuursrechter. Doet men dat niet (tijdig) dan wordt het besluit rechtens onaantastbaar en heeft het in een daarop volgende schadeprocedure *formele rechtskracht*: het besluit wordt zowel wat zijn wijze van tot stand komen als wat zijn inhoud betreft geacht in beginsel in overeenstemming te zijn met de desbetreffende wettelijke voorschriften en de algemene rechtsbeginselen.[118] De schadevordering zal derhalve worden afgewezen. Toegepast op de Francovich-aansprakelijkheid zou dit systeem ertoe kunnen leiden dat een schadeverzoek niet wordt gehonoreerd, omdat men niet tijdig bij de bestuursrechter beroep heeft ingesteld tegen het besluit dat in strijd is met het gemeenschapsrecht. De Francovich-aansprakelijkheid stuit dan derhalve af op het gegeven dat men de nationale beroepsgangen niet heeft doorlopen. Dit ligt alleen anders wanneer de schending van het EG-recht de niet tijdige of incorrecte omzetting van richtlijnen betreft. Immers, op grond van de uitspraak van het Hof in de zaak Emmott kan de overheid in dat geval de overschrijding van nationale beroepstermijnen niet tegenwerpen aan een particulier.[119]

Daarnaast is een ander systeem denkbaar, waarin het subsidiaire karakter van de Francovich-aansprakelijkheid op een andere, minder ingrijpende wijze wordt verdisconteerd. Een dergelijk systeem sluit enigszins aan bij de wijze waarop het Hof zelf de verhouding tussen de buitencontractuele aansprakelijkheid van de gemeenschap op grond van de artikelen 178 juncto 215, tweede lid, EG-Verdrag en de beschikbare communautaire of nationale (nietigheids)beroepswegen benadert. In dit systeem wordt de zelfstandigheid van de Francovich-aansprakelijkheidsactie op zich erkend. Om het subsidiaire karakter hiervan tot zijn recht te laten komen, geldt echter een tweetal beperkingen. In de eerste plaats kan een schadevordering worden afgewezen, indien een particulier geen gebruik heeft gemaakt van een nationale rechtsweg, die hem effectieve bescherming had kunnen bieden doordat het volgen hiervan tot vergoeding van de gestelde schade had kunnen leiden.[120] In dit verband kan bijvoorbeeld worden gedacht aan de situatie dat iemand een aansprakelijkheidsactie instelt tegen een in strijd met het EG-recht opgelegde heffing, terwijl hij het beschikbare nietigheidsberoep bij de bestuursrechter niet heeft benut. Omdat met het nietigheidsberoep hetzelfde resultaat had kunnen worden bereikt als met de aansprakelijkheidsactie wordt beoogd, namelijk het krijgen van compensatie voor de heffing, wordt de laatstgenoemde actie afgewezen. In de tweede plaats kan ter beperking van de aansprakelijkheid het door het Hof erkende algemene rechtsbeginsel worden toegepast 'volgens hetwelk de benadeelde zich redelijke inspanningen moet getroosten om

118 HR 16 mei 1986, AB 1986, 573 (Heesch-Van den Akker), AB Klassiek, nr. 17, m.nt. Ten Berge.

119 HvJEG 25 juli 1991, zaak C-208/90, *Emmott*, Jur. 1991, p. I-4269, AB 1992, 1, m.nt. Meij.

120 Vgl. HvJEG 26 februari 1986, zaak 175/84, *Krohn*, Jur. 1986, p. 796, r.o. 27; HvJEG zaak 281/82, *Unifrex*, Jur. 1984, p. 1982, r.o. 11.

de omvang van de schade te beperken, omdat hij anders de schade zelf zal moeten betalen'.[121] Wanneer een particulier geen gebruik heeft gemaakt van een nationale rechtsweg waarbinnen de schending van het gemeenschapsrecht met behulp van de rechtstreekse werking of conforme uitleg geheel of gedeeltelijk had kunnen worden 'hersteld', schiet men in elk geval gedeeltelijk te kort in de *plicht tot schadebeperking*. Door dit niet-handelen is het causale verband tussen de schending van gemeenschapsrecht en de geleden schade deels doorbroken. Alsdan zal de hoogte van de toe te kennen schadevergoeding dienovereenkomstig worden beperkt.[122]

Of het Hof een van deze systemen, of wellicht een ander, zal voorschrijven aan de Lid-Staten is overigens de vraag. Mijns inziens is het zeker niet uitgesloten dat het Hof de vraag in hoeverre een Francovich-aansprakelijkheidsactie afhankelijk kan worden gesteld van het volgen van de beschikbare nationale beroepsgangen, aanmerkt als een van de formele condities die als een aangelegenheid van de nationale procesrechtsorde moeten worden beschouwd. Alsdan kunnen de Lid-Staten hun eigen systeem toepassen, zij het dat dit moet voldoen aan de vereisten van non-discriminatie en effectiviteit.[123] Wat betreft het laatste vereiste kan worden opgemerkt dat beide hier beschreven systemen mijns inziens in zoverre niet problematisch zijn, dat de effectieve doorwerking van gemeenschapsrecht met behulp van Francovich-aansprakelijkheid in algemene zin niet onmogelijk of uiterst moeilijk wordt gemaakt. Men zal alleen tijdig gebruik moeten maken van de openstaande nationale rechtsgangen. Is deze inschatting juist dan kunnen Nederlandse rechters – behalve in het geval van incorrecte of niet-omzetting van richtlijnen (vgl. Emmott) – gelet op het vereiste van non-discriminatie het beginsel van formele rechtskracht ook toepassen op Francovich-schadevorderingen. Deze kunnen dan worden afgewezen wanneer een particulier het onderliggende besluit dat in strijd is met het gemeenschapsrecht, niet tijdig heeft aangevochten in de beschikbare nationale rechtsgangen.[124]

---

121 HvJ 19 mei 1992, gev. zaken C-104/89 en C-37/90, *Mulder II*, Jur. 1992, p. I-3061, AB 1993, 170, m.nt. FHvdB, AB-Klassiek nr. 30, m.nt. Van Male. Vgl. ook artikel 6:101 BW.

122 Vgl. A.W.H. Meij, Rechtsbescherming bij gedeeld bestuur in de EG, NTB 1993, p. 75-87, i.h.b. p. 82-83.

123 Vgl. A-G Léger in de zaak *Hedley Lomas*, r.o. 201; zie ook A-G Tesauro in de gev. zaken *Brasserie de Pêcheur en Factortame III*, r.o. 104.

124 Vgl. CRvB 5 juli 1995, JB 1995, 266, waarin deze rechter alleen hen die zijn opgekomen tegen een met het EG-recht strijdig nationaal besluit in aanmerking laat komen voor – naar ik aanneem Francovich – compensatie. Niet aangevochten besluiten worden, althans voor wat betreft compensatie, als *onaantastbaar* aangemerkt. Opmerkelijk is overigens dat de Centrale Raad geen expliciete aandacht aan het Emmott-arrest besteedt, terwijl de schending van het EG-recht in casu het niet tijdig omzetten van een richtlijn betrof.

3.4 Abstract-formele versus concreet-inhoudelijke toetsing

3.4.1 Begripsbepaling

Nu de plaats van de Francovich-aansprakelijkheid is vastgesteld, moet de verhouding tussen beide andere doorwerkingsinstrumenten nader worden bepaald en wel voor het geval dat beide instrumenten in beginsel beschikbaar zijn, met andere woorden bij rechtstreeks werkende bepalingen van EG-recht. Centraal in deze exercitie staat de situatie dat de Nederlandse bestuursrechter een besluit moet beoordelen dat is gebaseerd op een nationale regeling die in strijd is met een rechtstreeks werkende bepaling, meer in het bijzonder met een rechtstreeks werkende richtlijnbepaling. Alsdan kan de rechter in beginsel twee methoden van toetsing hanteren, de formeel-abstracte en de concreet-inhoudelijke toetsing.[125]

De *formeel-abstracte* toetsingsmethode is nauw verbonden met het leerstuk van rechtstreekse werking en was tot voor kort nogal populair bij de rechtsprekende Afdelingen van de Raad van State.[126] Bij deze methode wordt niet gekeken of het bestreden besluit als zodanig in strijd is met de rechtstreeks werkende richtlijn, maar wordt de nationale regeling waarin de richtlijn omgezet zou zijn, in abstracto aan de 'onvoorwaardelijke en voldoende nauwkeurige' richtlijnbepaling getoetst. Voldoet de nationale regeling niet – doorgaans is het beoordelingscriterium in de nationale regeling ruimer geformuleerd dan in de richtlijn – dan wordt deze regeling wegens strijd met de richtlijn buiten toepassing gelaten en sneuvelt het daarop gebaseerde besluit wegens strijd met de wettelijke voorschriften. Omdat deze uitspraak is gebaseerd op een abstract oordeel over de (on)verenigbaarheid van de nationale regeling met de richtlijn, zal, zolang het omzettingsgebrek niet is hersteld, de nationale regeling in een rechtszaak tegen een ander hierop gebaseerd besluit, eveneens buiten toepassing moeten worden gelaten. In feite komt dit derhalve neer op onverbindendverklaring van de regeling. Het gevolg van deze wijze van toetsing is dat op basis van de omstreden nationale regeling geen besluiten meer kunnen worden genomen, ook niet indien een besluit in concreto in overeenstemming zou zijn met de richtlijn.

Naast de formeel-abstracte kunnen rechters de *concreet-inhoudelijke* methode toepassen. Vaak wordt deze methode gehanteerd in combinatie met het beginsel van richtlijn-conforme uitleg; ik duid haar hierna daarom ook wel aan als de concrete, richtlijnconforme toetsingsmethode. Alsdan wordt de te ruim geformuleerde nationale omzettingsregeling geïnterpreteerd conform de tekst en strekking

---

125 J.H. Jans, a.w. 1992, p. 12-25; van dezelfde auteur, a.w. 1994, p. 204-212; G.H. Addink, Preadvies Europese milieurechtspraak, Publikatie Vereniging voor Milieurecht 1996-I, p. 160-161. In algemene zin over beide toetsingsmethoden onder meer: A.J. Bok, a.w. 1991, p. 58-76.

126 Bijv. AGRS 17 februari 1993, *Eldim*, M en R 1993, nr. 36, m.nt. Addink, SEW 1993, p. 618-622, m.nt. Jans; AGRS 11 november 1991, *mer Geffen*, AB 1992, 50, m.nt. FM, BR 1992, p. 150-153, m.nt. Jans; ARRS 6 maart 1986, *Vogelrichtlijn*, tB/S 1986, nr. 46a, m.a. vD, M en R 1987, p. 16-19, m.nt. Jans; Vz ARRS 19 maart 1993, tB/S 1993, nr. 20, m.a. dzz.

van de richtlijn, waarna het bestreden besluit hieraan kan worden getoetst.[127] Voldoet het besluit in concreto aan de richtlijnconform geïnterpreteerde nationale regeling, dan blijft het in stand. Zo niet dan wordt het vernietigd. Behalve in combinatie met richtlijnconforme uitleg zijn er uitspraken van rechters waarin zij de concreet-inhoudelijk methode toepassen door het bestreden besluit direct aan een rechtstreeks werkende richtlijnbepaling te toetsen.[128] Een oordeel over de toepasselijke nationale wetsbepaling in die zin dat deze wegens strijd met de richtlijn buiten toepassing moet worden gelaten, dan wel richtlijnconform geïnterpreteerd moet worden, blijft hierbij achterwege. Qua resultaat komt deze directe toetsingsmethode overeen met de richtlijnconforme uitleg: bij beide wordt immers bekeken of het bestreden besluit in concreto in strijd is met de richtlijnbepaling.[129] Men zou de directe toetsing dan ook richtlijnconforme wetstoepassing kunnen noemen. Hierna wordt daarom tussen beide vormen van concrete toetsing geen scherp onderscheid gemaakt.

3.4.2 Nadere omlijning van de problematiek

Uit het voorafgaande zal duidelijk zijn, dat beide methoden tot geheel andere resultaten kunnen leiden. Besluiten die bij de abstract-formele toetsing worden vernietigd omdat de wettelijke grondslag als gevolg van de onjuiste omzetting van een richtlijn geheel is 'verdwenen', blijven bij de concreet-inhoudelijke toetsing in stand indien in het concrete geval maar is voldaan aan de richtlijncriteria. Over de vraag welke methode de voorkeur moet hebben lopen de opvattingen in de literatuur uiteen. Deze onenigheid heeft overigens *niet* betrekking op de situatie waarin een richtlijn aan de overheid *verplichtingen* oplegt en daarmee corresponderende rechten toekent aan particulieren. Alsdan moet in beginsel de concreet-inhoudelijke (richtlijnconforme) toetsingsmethode worden gehanteerd. Ter verduidelijking een voorbeeld.[130] In een richtlijn zijn emissiegrenswaarden

---

127 ARRS 10 september 1992, *Vogelrichtlijn*, tB/S 1993, nr. 111, m.a. dzz; AAe 1994, p. 600-605, m.nt. Drupsteen; ABRS 15 december 1994, *ATM*, RAwb 1994, nr. 32, m.a. dzz; M en R 1995, nr. 57, m.nt. Jans; AB 1996, 29, m.nt. ChB; CRvB 5 juli 1995, JB 1995, 266; CBB 23 maart 1990, UCB 1990, nr. 1.

128 AGRS 29 november 1991, *mer-plicht ATM*, BR 1992, p. 411; M en R 1992, p. 472, m.nt. Gilhuis; AGRS 17 maart 1989, *Alara*, M en R 1989, p. 520, m.nt. Jans; AGRS 25 april 1994, *Wvo*, AB 1994, 399, m.nt. Drupsteen; ABRS 16 juni 1995, *Dijkverzwaring*, RAwb 1995, nr. 91, m.a. Soppe; AAe 1995, p. 712 e.v., m.a. Drupsteen; M en R 1995/9, nr. 93, m.nt. B.M. Veltkamp.

129 Ten slotte is nog een vierde variant denkbaar, waarbij abstract-formeel wordt getoetst, maar vervolgens bij strijd met de richtlijn de nationale regeling wordt gesplitst in een onverbindend deel – namelijk voorzover de nationale regeling activiteiten toestaat die in strijd zijn met de richtlijn – en een verbindend deel. Op grond van dit laatste deel kunnen in de toekomst nog wel besluiten worden genomen. Qua resultaat komt deze methode overeen met de andere vormen van concrete toetsing. Voorzover ik weet wordt deze methode in de rechtspraak niet gebruikt; daarom wordt hierop in het vervolg niet verder ingegaan. Vgl. J.H. Jans, a.w. 1992, p. 13.

130 J.H. Jans, a.w. 1994, p. 191.

opgenomen, die blijkens het doel van de richtlijn, zowel de rechten van derden (tegen verontreiniging) beogen te beschermen, als die van de direct-belanghebbende: de richtlijn wenst milieubelastende activiteiten niet als zodanig onmogelijk te maken, maar alleen wanneer een bepaalde grens wordt overschreden. De direct-belanghebbende heeft met andere woorden recht op behandeling van een vergunningaanvraag conform de richtlijncriteria. Zou men bij incorrecte omzetting van deze richtlijn in casu de formeel-abstracte toetsingsmethode toepassen, dan zou, ook wanneer de aanvraag van de direct-belanghebbende zou voldoen aan de richtlijncriteria, deze vergunningaanvraag niet kunnen worden gehonoreerd; de grondslag voor de vergunningverlening zou dan immers abstract-formeel zijn 'weggetoetst'. Dit resultaat is echter in strijd met het doel van de richtlijn, die geen verbod van de betreffende milieubelastende activiteit beoogt, maar slechts regulering. Daarom moet in deze situatie de concrete, richtlijnconforme methode worden gehanteerd.

Waar de meningsverschillen zich op toespitsen is op de situatie dat een richtlijn slechts *bevoegdheden* verleent aan de nationale overheid, die bij de omzetting moeten worden geactiveerd. Als voorbeeld kan de Vogelrichtlijn worden genoemd.[131] Volgens deze richtlijn moeten Lid-Staten ter behoud van beschermde vogelsoorten allerlei verboden, waaronder een jachtverbod in hun wetgeving opnemen; deze verboden zijn rechtstreeks werkend. Op grond van artikel 9 van de richtlijn mogen de Lid-Staten om bijzondere in deze bepaling genoemde redenen – onder meer in het belang van het luchtverkeer of ter voorkoming van belangrijke schade aan gewassen, vee, bossen, visserij en wateren – van deze verboden afwijken. Deze ontheffingsbevoegdheid is op zich niet rechtstreeks werkend, maar kan door de Lid-Staten in hun nationale wetgeving worden opgenomen. Gaat een Lid-Staat hiertoe over dan moet de uitoefening van deze bevoegdheid wel worden gebonden aan de in de richtlijn genoemde, alsdan rechtstreeks werkende, bijzondere criteria. Een vergelijkbare constructie wordt gehanteerd in de mer-richtlijn die uitgaat van een ruime mer-plicht voor allerlei activiteiten, waarbij Lid-Staten wel de – in de nationale omzettingswetgeving te activeren – bevoegdheid hebben om onder bijzondere omstandigheden ontheffing te verlenen. Ten slotte kan de inmiddels niet meer in werking zijnde Richtlijn betreffende de grensoverschrijdende overbrenging van gevaarlijke afvalstoffen worden genoemd.[132] Deze richtlijn had als uitgangspunt dat het grensoverschrijdend vervoer van gevaarlijke afvalstoffen in beginsel vrij was; ingevolge artikel 4, zesde lid van de richtlijn hadden Lid-Staten de – in de nationale omzettingswetgeving te activeren – bevoegdheid om binnen specifieke criteria bezwaar te maken tegen de export van deze afvalstoffen.

Het probleem met de Nederlandse omzettingswetgeving ter zake van deze richtlijnen was, kort gezegd, dat de richtlijnbevoegdheden weliswaar in zoverre

---

131 Richtlijn 79/409/EEG, Pb 79/409, p. 159 e.v.

132 Richtlijn 84/631/EEG, Pb. nr. L 326/31. Inmiddels is deze richtlijn vervangen door de Vo EG nr. 259/93 betreffende de toepassing en controle op de overbrenging van afvalstoffen binnen, naar en uit de EG. Deze verordening is sinds 1 april 1994 (rechtstreeks) van toepassing in alle Lid-Staten.

waren geactiveerd dat aan nationale organen de bevoegdheid was verleend om de ontheffingsmogelijkheid uit Vogelrichtlijn en mer-richtlijn, casu quo de bezwaarmogelijkheid in gevaarlijke-afvalstoffenrichtlijn toe te passen; de in deze wetgeving opgenomen toepassingscriteria waren echter veel ruimer geformuleerd dan volgens deze richtlijnen was toegestaan. In deze situatie maakt het nogal wat uit of men abstract-formeel of concreet-inhoudelijk toetst. *Abstract-formele toetsing* heeft als gevolg dat de bevoegdheid om ontheffing te verlenen, casu quo bezwaar te maken geheel buiten toepassing moet worden gelaten, omdat de nationaalrechtelijke criteria in strijd zijn met de rechtstreeks werkende richtlijncriteria. Aangezien deze bevoegdheid hierdoor 'in abstracto' wordt weggetoetst, kunnen ook geen ontheffingen worden verleend, dan wel bezwaren gemaakt in situaties die geheel in overeenstemming zijn met de richtlijncriteria. Bij *concreet-inhoudelijke toetsing* worden de omstreden te ruim geformuleerde nationale bevoegdheden conform de richtlijncriteria toegepast. Is een bepaald besluit hiermee in overeenstemming dan kan het in stand blijven. Zo niet, dan wordt het vernietigd. Het gevolg hiervan is dat Nederlandse bestuursorganen ondanks de onjuiste omzetting van de richtlijnen gebruik kunnen blijven maken van hun bevoegdheden om ontheffing te verlenen of bezwaar te maken, zij het dat dit wel zal moeten geschieden binnen de criteria van de richtlijnen.

De in de onderhavige materies bevoegde rechtsprekende Afdelingen van de Raad van State gaven nog niet zo lang geleden in beginsel de voorkeur aan de abstract-formele toetsingsmethode. Het gevolg hiervan was dat Nederlandse bestuursorganen jarenlang geen jachtvergunning of ontheffing van de mer-plicht konden verlenen en voorts geen bezwaar konden maken tegen de export van gevaarlijke afvalstoffen.[133] In recente uitspraken lijkt de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State enigszins terug te komen van deze principe-voorkeur en ziet zij meer mogelijkheden voor concreet-inhoudelijke toetsing al dan niet in combinatie met richtlijnconforme uitleg. Een eerste aanwijzing biedt de uitspraak van de Afdeling van 15 december 1994 inzake ATM.[134] In deze zaak stond vast dat artikel 4, zesde lid van de Richtlijn grensoverschrijdende overbrenging van gevaarlijke afvalstoffen ook in het nieuwe artikel 10.36a, eerste lid, Wet milieubeheer niet op correcte wijze was omgezet: de criteria op grond waarvan de overheid bezwaar kon maken tegen de export van deze afvalstoffen waren te ruim geformuleerd. Het verschil tussen het nieuwe artikel en de richtlijn was echter beduidend minder groot dan dat tussen het daarvoor geldende artikel 16b Wet Chemische Afvalstoffen en de richtlijn. Gelet op de aard en (beperkte) omvang van de aan artikel 10.36a, eerste lid, Wm klevende onvolkomenheid, was de

133 Zie voor abstract-formele toetsing aan de Vogelrichtlijn ARRS 6 maart 1986, tB/S 1986, nr. 46a, m.a. vD, M en R 1987, p. 16-19, m.nt. Jans, en Vz ARRS 19 maart 1993, tB/S 1993, nr. 20, m.a. dzz.; aan de mer-richtlijn AGRS 11 november 1991, AB 1992, 50, m.nt. FM, BR 1992, p. 150-153, m.nt. Jans; aan de Richtlijn gevaarlijke afvalstoffen AGRS 17 februari 1993, M en R 1993, nr. 36, m.nt. Addink, SEW 1993, p. 618-622, m.nt. Jans en AGRS 20 januari 1994, M en R 1994, nr. 60, m.nt. Jans.

134 ABRS 15 december 1994, *ATM*, RAwb 1994, nr. 32, m.a. dzz.; M en R 1995, nr. 57, m.nt. Jans; AB 1996, 29, m.nt. ChB.

Afdeling van oordeel dat deze kon worden opgelost door het artikel conform de tekst en strekking van de toepasselijke richtlijn te interpreteren. Kennelijk is de Afdeling thans van mening dat kleine omzettingsfouten richtlijnconform kunnen worden 'gerepareerd'.

Een tweede aanwijzing is te vinden in de uitspraak van 16 juni 1995 inzake de Deltawet grote rivieren.[135,136] In deze zaak was aan de orde artikel 3, eerste lid, Dgr ingevolge waarvan alle projecten die op grond van de Dgr worden gerealiseerd, vrijgesteld worden van de communautaire mer-plicht. Deze algemene vrijstelling is gebaseerd op artikel 2, derde lid, van de mer-richtlijn op grond waarvan Lid-Staten 'in uitzonderlijke gevallen voor een welbepaald project' gehele of gedeeltelijke vrijstelling kunnen verlenen van bepalingen van de richtlijn. Opmerkelijk in deze uitspraak is dat de Afdeling zich bij de vraag naar de uitzonderlijkheid van het in casu omstreden dijkvak niet laat leiden door het door de regering tijdens de parlementaire behandeling ingenomen standpunt, dat de algemene vrijstelling gerechtvaardigd is, omdat alle onder de Dgr vallende projecten als uitzonderlijk moeten worden aangemerkt. Zij toetst daarentegen concreet-inhoudelijk of het specifieke dijkvak aan deze eis voldoet; gelet op onder meer het verhandelde ter zitting is dat inderdaad het geval. Uit het feit dat de Afdeling deze concrete toetsing nodig acht kan worden afgeleid dat zij van mening is dat de algemene vrijstelling van artikel 3, eerste lid, Dgr 'in abstracto' ruimer is dan de richtlijn toestaat. Dat de Afdeling in deze toch niet overging tot het abstract-formeel 'wegtoetsen' van deze vrijstellingsbepaling is overigens wel begrijpelijk. Het effect hiervan zou immers zijn geweest dat voor alle Dgr-projecten alsnog een mer zou moeten plaatsvinden. Politiek en maatschappelijk lijkt een dergelijke consequentie niet echt acceptabel.

3.4.3 Keuze voor concrete, richtlijnconforme toetsing

Nu het onderhavige keuzevraagstuk voldoende is omlijnd wordt het tijd om een standpunt in te nemen. Dit standpunt kan mijns inziens niet worden afgeleid uit het gemeenschapsrecht. Beide methoden zijn geschikt om de volle werking van de onderhavige richtlijnen in de nationale rechtsorde te verzekeren.[137] Beide methoden leiden voorts tot een resultaat dat past bij de *meervoudige doelstellin-*

---

135 ABRS 16 juni 1995, *Dijkverzwaring*, RAwb 1995, nr. 91, m.a. Soppe; AAe 1995, p. 712 e.v., m.a. Drupsteen; M en R 1995/9, nr. 93, m.nt. B.M. Veltkamp.

136 Zie ook: M.A.A. Soppe, Rivierversterking en milieu-effectrapportage, M en R 1996/1, p. 2-10.

137 Ik ben het dan ook niet eens met Jans (a.w. 1992, p. 14-16), die een gemeenschapsrechtelijke voorkeur voor abstract-formele toetsing meent te kunnen afleiden uit de op artikel 169 EG-Verdrag gebaseerde rechtspraak van het Hof over het correct omzetten van richtlijnen. Deze rechtspraak leert ons weliswaar veel over de eisen die het Hof aan correcte omzetting stelt, zij geeft geen antwoord op de vraag wat de nationale rechter moet doen wanneer hij wordt geconfronteerd met niet-correct omgezette richtlijnen. Voor die vraag is de rechtspraak over de (on)mogelijkheden van de drie doorwerkingsinstrumenten van belang. Voor het onderhavige vraagstuk laat deze, zoals in paragraaf 3.2. aangegeven, de nationale rechter de nodige ruimte.

gen van deze richtlijnen. Abstract-formele toetsing heeft, kort gezegd, een totaal jachtverbod, een vrijwel altijd geldende mer-plicht en een volledig vrij verkeer van gevaarlijke afvalstoffen tot gevolg. Dit is in overeenstemming met de uitgangspunten van deze richtlijnen. De concrete, richtlijnconforme toetsing leidt ertoe dat de Lid-Staten gebruik kunnen maken van de door deze richtlijnen welbewust en expliciet geboden mogelijkheden om binnen zekere grenzen ontheffingen te verlenen van het jachtverbod en de mer-plicht, dan wel bezwaar te maken tegen de export van gevaarlijke afvalstoffen.

Aangezien het gemeenschapsrecht de nationale rechter in het onderhavige keuzevraagstuk de vrijheid laat, zal de rechter zich moeten laten leiden door de kracht van de argumenten die voor beide methoden worden genoemd. Naar mijn opvatting zou hij op grond hiervan in beginsel moeten kiezen voor concreet-inhoudelijke toetsing door middel van conforme uitleg of toepassing van het nationale recht. Van dit uitgangspunt moet alleen dan worden afgeweken wanneer tegen richtlijnconforme toepassing ernstige bezwaren bestaan omdat de rechter hiertoe het kader van zijn rechterlijke bevoegdheden te ver moet overschrijden. Hierna wordt dit standpunt toegelicht, waarbij eerst de voordelen van abstract-formele toetsing en de daarmee samenhangende nadelen van concreet-inhoudelijke toetsing worden besproken.

Voorstanders van de abstract-formele toetsingsmethode noemen ter onderbouwing van hun standpunt doorgaans drie argumenten. In de eerste plaats heeft deze methode als voordeel dat de *wetgever onder druk* wordt gezet om richtlijnen op een correcte wijze om te zetten.[138] Zolang men daartoe niet is overgegaan, kunnen immers geen rechtmatige besluiten worden genomen op basis van de alsdan 'weggetoetste' nationale bevoegdheid. Bij concrete, richtlijnconforme toetsing wordt de onvolkomen nationale bevoegdheid door de rechter in overeenstemming gebracht met de criteria uit de richtlijn. Deze kan vervolgens door het bestuur worden gebruikt als ware de richtlijn wel correct omgezet. Voor de wetgever gaat zodoende de druk om de richtlijn ook daadwerkelijk om te zetten verloren. Bij dit argument kunnen twee kanttekeningen worden geplaatst. In de eerste plaats kan ernstig worden betwijfeld of het feitelijk wel juist is; in de hiervoor genoemde gevallen waarin de rechter de abstract-formele methode toepaste heeft de druk op de wetgever in elk geval niet veel effect gehad. Voorzover de omzettingsproblemen inmiddels al zijn hersteld, heeft dit jarenlang geduurd.[139] Veel belangrijker is echter dat dit argument eraan voorbijgaat dat richtlijnconforme uitleg als *remedial interpretation* niet kan worden beschouwd als een correcte wijze van omzetting.[140] Zoals in paragraaf 3.2.2 reeds aangegeven kunnen de diverse

---

138 Vgl. J.H. Jans, a.w. 1992, p. 15-16; van dezelfde auteur, a.w. 1994, p. 210.

139 Zie voor de lijdensweg van de correcte omzetting van de Vogelrichtlijn, V.J.J.M. Bekker, J.M. Bonnes, A.J.C. de Moor-van Vugt en W.J.M. Voermans, Brussel en Nederland: tegenliggers, spookrijders of reisgenoten, Zwolle 1993, p. 165-185. Dat vele jaren abstract-formele toetsing aan de Richtlijn gevaarlijke afvalstoffen de wetgever niet echt heeft aangespoord tot correcte omzetting blijkt uit de hiervoor vermelde ATM-uitspraak van ABRS van 15 december 1995: ook in Wm was deze richtlijn niet correct omgezet.

140 Zaak *Steenhorst-Neerings*, r.o. 32. Zie J. Jans, a.w. 1994, Konijnenbelt-bundel, p. 252.

sancties die het EG-recht kent in geval van onjuiste omzetting – veroordeling door het Hof inclusief een financiële sanctie, Francovich-aansprakelijkheid en, waarschijnlijk, het niet kunnen tegenwerpen van beroepstermijnen – ondanks deze praktijk in beginsel nog steeds worden toegepast. Mijns inziens bestaat er dan ook geen behoefte aan abstract-formele toetsing als extra sanctie in de nationale sfeer.

Een tweede argument voor abstracte toetsing is dat richtlijnconforme uitleg ertoe zou leiden dat de overheid, die in gebreke is gebleven bij het correct omzetten van een richtlijn, toch in staat wordt gesteld van zijn richtlijnbevoegdheden gebruik te maken en dit zelfs onder omstandigheden ten nadele van een burger. Er zou derhalve sprake zijn van strijd met het *beginsel van estoppel* (het beginsel dat de overheid niet mag profiteren van zijn eigen fouten).[141] Dit verwijt geldt met name voor het maken van bezwaar tegen de export van gevaarlijke afvalstoffen ingevolge artikel 4, zesde lid, van de Richtlijn overbrenging gevaarlijke afvalstoffen. Volgens de abstract-formele methode verliest de overheid bij incorrecte omzetting hiertoe zijn bevoegdheid; bij richtlijnconforme toepassing kan de overheid wel ten nadele van een exporteur bezwaar maken, zij het binnen de criteria van de richtlijn. Tegen dit argument kan worden ingebracht dat, voorzover al moet worden aangenomen dat het beginsel van estoppel bij richtlijnconforme toepassing van nationale bepalingen dezelfde betekenis heeft als in het leerstuk van rechtstreekse werking,[142] de hierin verwoorde denkwijze alleen hout snijdt wanneer men de abstract-formele toetsing als vertrekpunt neemt. Alsdan heeft het er inderdaad veel van weg dat de overheid door het 'lapmiddel' van richtlijnconforme uitleg in staat wordt gesteld een bevoegdheid, die zij als gevolg van incorrecte omzetting eigenlijk al had verspeeld, toch toe te passen. Neemt men de concrete toetsing en richtlijnconforme uitleg als vertrekpunt dan is de nationale bevoegdheid echter nooit verspeeld en wordt deze bevoegdheid door de uitoefening conform de richtlijncriteria juist beperkt.[143] Van op een of andere wijze profiteren van omzettingsfouten is vanuit deze optiek geen sprake: de overheid is bij het uitoefenen van een bestaande nationale bevoegdheid immers gebonden aan de strakke richtlijncriteria.

In de derde plaats heeft abstract-formele toetsing ten opzichte van concrete,

---

141 J.H. Jans, a.w. 1994, Konijnenbelt-bundel, i.h.b. 254-256; G.H. Addink, a.w. 1996, p. 161.

142 Op dit punt bestaat tenminste enige twijfel, vgl. S. Prechal, a.w. 1995, p. 244-245. In het leerstuk van rechtstreekse werking is het beginsel van estoppel vooral van belang omdat hiermee kan worden beargumenteerd dat rechtstreeks werkende bepalingen van richtlijnen omgekeerde verticale werking noch horizontale werking kunnen hebben. Bij richtlijnconforme uitleg gaat het niet om de toepassing van een rechtstreeks werkende bepaling van een richtlijn, maar om de toepassing van nationaal recht. Deze methode kan – zoals reeds aangegeven in paragraaf 3.2.2 – nu juist wel in horizontale verhoudingen worden toegepast, ook al leidt dat ertoe dat de facto aan een van beide particulieren een verplichting wordt opgelegd. Zie verder mijn aantekening 7 onder ABRS 15 december 1994, RAwb 1995, nr. 32.

143 Zie voor een vergelijkbare opvatting, L.A.D. Keus, Europees privaatrecht, een bonte lappendeken, Preadviezen, uitgebracht voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht en de Nederlandse Vereniging voor Europees Recht, Lelystad 1993, p. 68.

richtlijnconforme toetsing voordelen uit het oogpunt van *rechtszekerheid*. Bij richtlijnconforme interpretatie ontstaat immers een meer of minder grote discrepantie tussen de nationale wetsbepaling en de richtlijnconforme toepassing hiervan. Dit kan tot rechtsonzekerheid leiden. Hoewel dit argument op zich juist is – ik kom er in paragraaf 3.4.4 op terug – zie ik hierin onvoldoende reden voor een in-beginsel-voorkeur voor abstract-formele toetsing. Deze toetsingsmethode heeft namelijk een belangrijk nadeel dat mijns inziens zwaarder weegt dan het onderhavige voordeel.

Het nadeel van abstract-formele toetsing aan rechtstreeks werkende richtlijnbepalingen is dat hierdoor aan het niet correct omzetten van richtlijnen consequenties worden verbonden, die verder gaan dan vanuit EG-rechtelijke optiek noodzakelijk is en die vanuit nationaal-rechtelijke optiek niet gewenst zijn. Anders gezegd: de consequenties van deze toetsingsmethode voor de nationale rechtsorde zijn *onevenredig* gelet op het ermee beoogde doel, het verzekeren van een effectieve doorwerking van EG-recht. Met abstract-formele toetsing wordt evenals met concrete, richtlijnconforme toepassing bereikt dat er in geval van incorrecte omzetting geen besluiten meer kunnen worden genomen die in strijd zijn met de betrokken richtlijn: bezien vanuit het belang van de EG zijn beide instrumenten derhalve geëigend. Abstract-formele toetsing heeft daarenboven echter als gevolg dat ook besluiten die op zichzelf wel in overeenstemming zijn met de richtlijncriteria, niet meer kunnen worden genomen. De nationale wetgeving wordt daarmee meer dan noodzakelijk aangetast, waarbij voorts te kort wordt gedaan aan de belangen die met het nemen van de desbetreffende besluiten zijn gediend. Gelet op deze ongewenste consequenties heeft de concrete, richtlijnconforme toetsingsmethode in beginsel mijn voorkeur.[144]

Daarnaast heeft deze voorkeur ook een min of meer ideologische achtergrond. Zoals in paragraaf 1.1 reeds aangegeven, moeten de met elkaar verweven zijnde communautaire en nationale rechtsorden mijns inziens worden beschouwd als *één geïntegreerde rechtsorde*. In dit beeld past een toetsingsmethode die eventuele verschillen tussen de nationale en communautaire rechtsorde zo veel mogelijk met elkaar 'verzoent': de concrete, richtlijnconforme methode. In de abstract-formele methode worden tegenstellingen tussen beide rechtsorden juist aangescherpt en zelfs uitvergroot: ook besluiten die in concreto in overeenstemming zijn met het EG-recht moeten immers worden vernietigd. Zodoende wordt de Europese rechtsorde als het ware tegenover de nationale geplaatst: niet verzoening van conflicten, maar conflictvergroting staat voorop.[145] Dat kan niet de bedoeling zijn.

---

144 Met deze opvatting sta ik niet alleen. Zie verder: S. Prechal, a.w. 1995, p. 200 e.v, i.h.b. p. 229; R.H. Lauwaars en C.W.A. Timmermans, a.w. 1991, p. 82; G. Betlem, a.w. 1994, p. 104 e.v; Ch. Backes, Implementatie van de Habitatrichtlijn in het Nederlandse (natuurbeschermings)recht, M en R 1995, p. 220; Th.G. Drupsteen, Omgaan met Europees recht, AAe 1994, p. 605; L.A.D. Keus, a.w. 1993, p. 67-69.

145 Vgl. G.H. Addink, Europese milieurechtspraak en (milieu)belangen: conflict of verzoening?, in: Europese milieurechtspraak, Preadvies VMR, a.w. 1996.

3.4.4 Grenzen aan concrete, richtlijnconforme toetsing

De in-beginsel-voorkeur voor concreet-inhoudelijke, richtlijnconforme toetsing betekent niet dat deze methode in alle situaties van incorrecte omzetting kan worden toegepast. Zoals in paragraaf 3.2.2 aangegeven kent de techniek van richtlijnconforme uitleg drie deels samenhangende grenzen. In de eerste plaats moeten de nationale bepalingen zich *qua formulering* ervoor lenen richtlijnconform te worden uitgelegd. Gelet op de ruime, flexibele formuleringen die in de omstreden regelgeving doorgaans zijn opgenomen, levert deze grens geen belemmering op: het richtlijnconform beperken van deze ruim geformuleerde bevoegdheden is volgens de geldende juridische interpretatietechnieken zeer wel mogelijk. In de tweede plaats wordt richtlijnconforme interpretatie beperkt door de algemene communautaire rechtsbeginselen, waaronder het rechtszekerheidsbeginsel. Over het *rechtszekerheidsbeginsel* is in paragraaf 3.4.3 al een opmerking gemaakt. Concrete, richtlijnconforme toepassing van nationaal recht is vanuit de optiek van dit beginsel minder mooi dan abstract-formele toetsing, omdat er een meer of minder grote discrepantie ontstaat tussen de nationale wetsbepaling en de richtlijnconforme toepassing hiervan. Een absolute belemmering voor toepassing van dit doorwerkingsinstrument levert dit beginsel echter niet op.

De derde grens, de *rechterlijke bevoegdheid*, kan mijns inziens een meer serieuze belemmering vormen voor het richtlijnconform interpreteren van nationale bepalingen door de rechter. Dit is met name het geval wanneer het voor de toepassing van een richtlijn noodzakelijk is dat nadere voorzieningen worden getroffen. Ter illustratie kan worden gewezen op de Richtlijn overbrenging gevaarlijke afvalstoffen. Zoals in paragraaf 3.4.2 aangegeven biedt artikel 4, zesde lid, van deze Richtlijn aan de Lid-Staten de bevoegdheid om bezwaar te maken tegen de export van gevaarlijke afvalstoffen. Als bezwaar kan echter alleen worden aangevoerd dat de export de uitvoering van programma's die krachtens een tweetal andere met name genoemde richtlijnen zijn opgesteld, in gevaar brengt. Iets vergelijkbaars is aan de hand in artikel 9 van de Vogelrichtlijn: in de onder omstandigheden te verlenen ontheffing van het jachtverbod op beschermde vogels zullen aspecten als de toegestane jachtmethoden en -middelen, de tijd en plaats et cetera, moeten worden vermeld. Wanneer de rechter bepalingen als deze richtlijnconform wil toepassen loopt hij al snel tegen praktische en principiële grenzen aan. Zolang bijvoorbeeld de overheid geen programma's in de zin van artikel 4, zesde lid, van de Richtlijn overbrenging gevaarlijke afvalstoffen heeft vastgesteld, mist de rechter een handvat om de rechtmatigheid van een door de overheid gemaakt bezwaar in een concreet geval richtlijnconform te kunnen toetsen. Weet hij dit praktische obstakel op een of andere wijze te omzeilen, dan loopt hij het gevaar dat hem het verwijt zal worden gemaakt dat hij optreedt als wetgever-plaatsvervanger.

Gelet op het voorafgaande worden de mogelijkheden van concrete, richtlijnconforme toepassing in gevallen als hier aan de orde vooral begrensd door de beperkingen die voortvloeien uit de rechterlijke functie. Waar deze grens precies ligt, zal in het concrete geval moeten worden uitgemaakt. De Afdeling bestuurs-

rechtspraak maakt in zijn in paragraaf 3.4.2 vermelde uitspraak van 15 december 1994 inzake ATM in dit verband onderscheid tussen onvolkomenheden die naar hun 'aard en omvang' beperkt zijn en meer substantiële omzettingsfouten.[146] Alleen kleine omzettingsfouten zouden met behulp van richtlijnconforme uitleg kunnen worden opgelost. Nu lijkt dit onderscheid mij in zoverre inderdaad relevant, dat kleine onvolkomenheden zich, gelet op de rechterlijke functie, in het algemeen beter lenen voor richtlijnconforme oplossingen dan grote fouten. Toch zou ik de mogelijkheid van richtlijnconforme interpretatie bij grotere omzettingsfouten niet zonder meer willen afwijzen. De rechter kan hiertoe mijns inziens namelijk wel overgaan in de situatie dat het bestuur naar aanleiding van een rechterlijke uitspraak waarin deze fout is gesignaleerd, *richtlijnconforme beleidsregels* heeft vastgesteld. Ter toelichting het volgende.

Wanneer een richtlijn incorrect blijkt te zijn omgezet in nationale wetgeving onderneemt de overheid doorgaans twee activiteiten. In de eerste plaats wordt een wijziging van de wetgeving voorbereid. Om redenen die hier in het midden kunnen blijven, duurt deze activiteit vaak vele jaren. Daarnaast stelt de overheid doorgaans reeds op korte termijn beleidsregels vast op grond waarvan – gedurende de periode dat de wetswijziging aanhangig is – de bestaande nationale wetgeving reeds richtlijnconform kan worden toegepast. Bij rechters die met besluiten op basis van dit richtlijnconforme beleid worden geconfronteerd ziet men verschillende reacties. De Raad van State stelt voorop dat beleidsregels niet kunnen worden beschouwd als een geoorloofd middel voor het omzetten van richtlijnen, omdat zij geen dwingende bepalingen van intern recht zijn; vervolgens wordt het daarop gebaseerde besluit vernietigd met behulp van de abstractformele toetsingsmethode.[147] Bij de CRvB en het CBB wordt daarentegen bekeken of de desbetreffende beleidsregels materieel in overeenstemming met de richtlijn zijn.[148] Is dit het geval en is het beleid voorts in het concrete geval correct toegepast, dan kan het daarop gebaseerde besluit in stand blijven. Zij passen derhalve de concrete, richtlijnconforme toetsingsmethode toe.

Naar mijn mening zou de Raad van State op dit punt de lijn van het CBB en de CRvB moeten volgen. Deze opvatting hangt in de eerste plaats samen met mijn algemene voorkeur voor richtlijnconforme uitleg. Daar komt bij dat de rechter zijn beoordeling in casu kan baseren op een door het bestuur vastgestelde beleidsregel. Het potentiële bezwaar tegen richtlijnconforme uitleg dat de rechter hierdoor te zeer rechtsvormend zou optreden, wordt derhalve ondervangen. Tenslotte bieden deze beleidsregels voor betrokken particulieren de zo noodzakelijke rechtszekerheid. Tegen deze opvatting zal wellicht worden ingebracht dat aldus richtlijnen in feite worden omgezet met behulp van beleidsregels. Volgens vaste rechtspraak van het Hof is dat niet toegestaan.[149] Deze tegenwerping is

146 ABRS 15 december 1994, *ATM*, RAwb 1994, nr. 32, m.a. dzz; M en R 1995, nr. 57, m.nt. Jans; AB 1996, 29, m.nt. ChB.

147 Zie bijv. ARRS 6 maart 1986, tB/S 1986, nr. 46a, m.a. vD, M en R 1987, p. 16-19, m.nt. Jans, en Vz ARRS 19 maart 1993, tB/S 1993, nr. 20, m.a. dzz.

148 CRvB 5 juli 1995, JB 1995, 266; CBB 23 maart 1990, UCB 1990, nr. 1.

149 Vgl. paragraaf 3.2.2 in het preadvies van E. Steyger.

echter niet relevant, omdat het in casu helemaal niet gaat om omzetting van een richtlijn met behulp van beleidsregels. Wat er wel gebeurt, is dat het bestuur, geconfronteerd met het gegeven dat een bepaalde richtlijn onjuist is omgezet, de daardoor veroorzaakte leemte in de nationale wetgeving tijdelijk repareert met behulp van richtlijnconform beleid. De rechter wordt hierdoor in staat gesteld om geschillen met behulp van de concrete, richtlijnconforme toetsing op te lossen. De nationale wetgever blijft ondanks dit richtlijnconforme beleid echter verplicht om de desbetreffende richtlijn correct om te zetten met behulp van dwingende bepalingen. Zoals al meermalen opgemerkt – onder meer in paragraaf 3.2.2 – is richtlijnconforme uitleg als *remedial interpretation* immers geen correcte wijze van omzetting.

3.5 Conclusies

De nationale rechter heeft de gemeenschapsrechtelijke taak om de rechten die particulieren aan het gemeenschapsrecht kunnen ontlenen te beschermen en aldus de volle werking van het gemeenschapsrecht te verzekeren. Voor het geval een Lid-Staat het EG-recht heeft geschonden beschikt de nationale rechter over drie instrumenten om niettemin een effectieve doorwerking van het EG-recht te verzekeren: rechtstreekse werking, gemeenschapsrechtconforme uitleg en Francovich-aansprakelijkheid. Deze instrumenten kennen deels hun eigen toepassingsgebied. Gaat het echter om rechtstreeks werkende bepalingen in de relatie overheid-burger dan kunnen zij in beginsel alle drie worden toegepast. Alsdan is de vraag relevant hoe het zit met de hiërarchie van deze instrumenten. Naar mijn opvatting moet de concrete toetsing door middel van *richtlijnconforme uitleg* in beginsel voorop worden gesteld. Hiermee kunnen in elk geval kleine en, onder omstandigheden, ook grote omzettingsfouten worden opgelost op een wijze die het meest past in het concept van de geïntegreerde communautair-nationale rechtsorde. Pas wanneer deze methode geen soelaas biedt, met name omdat de rechter hiertoe buiten de grenzen van zijn bevoegdheid zou moeten treden, komt het leerstuk van de *rechtstreekse werking* en de daarmee samenhangende abstract-formele toetsingsmethode aan de orde. *Francovich-aansprakelijkheid* heeft ten opzichte van de hiervoor genoemde doorwerkingsinstrumenten een subsidiair karakter. Dit betekent in de eerste plaats dat een particulier alvorens hij schadevergoeding kan vragen wegens schending van EG-recht, eerst de beschikbare nationale rechtswegen waarin hij beroep kan doen op de beide andere doorwerkingsinstrumenten, moet benutten. Doet hij dit niet dan kan zijn Francovich-actie afstuiten op het nationale beginsel van formele rechtskracht. In de tweede plaats zal de toe te kennen schadevergoeding in de hier bedoelde situatie doorgaans een aanvullend karakter hebben: met behulp van conforme uitleg of rechtstreekse werking kan de particulier zijn aan het EG-recht ontleende materiële rechten immers voor een deel reeds effectueren.

4 Ambtshalve toepassing van het EG-recht

4.1 Inleiding

Een onderwerp waarbij reeds enige tijd wordt gezocht naar het juiste evenwicht tussen communautarisering en nationale procesrechtelijke autonomie is de ambtshalve toepassing van gemeenschapsrecht door de nationale rechter.[150] Vanuit het gezichtspunt van een effectieve en uniforme doorwerking van EG-recht is het natuurlijk 'handig' als de nationale rechter een plicht zou hebben het EG-recht uit eigen beweging toe te passen ook indien partijen daarop geen beroep hebben gedaan: nationale bepalingen die de ambtshalve toepassing belemmeren, zouden voor wat betreft het EG-recht buiten toepassing moeten worden gelaten. Duidelijk is echter ook dat een plicht tot ambtshalve toepassing vanuit de optiek van een effectieve doorwerking van EG-recht niet absoluut noodzakelijk is. Immers, ook zonder die plicht is de toepassing van het gemeenschapsrecht alleszins mogelijk zolang partijen daarop maar tijdig beroep doen. Tegen een plicht tot ambtshalve toepassing van EG-recht kan verder worden aangevoerd dat deze in strijd kan zijn met algemene principes van nationaal procesrecht. Zo kent het civiele procesrecht in veel Lid-Staten het principe van rechterlijke lijdelijkheid dat forse grenzen stelt aan de ambtshalve activiteiten van de rechter. Ook voor het bestuursprocesrecht worden in Nederland beperkingen van de ambtshalve toetsing door de rechter verdedigd.[151]

Al met al is er voldoende reden om het vraagstuk van de ambtshalve toepassing van EG-recht in dit preadvies aan de orde te stellen. Ook om redenen van actualiteit is deze aandacht gerechtvaardigd. Niet alleen is door het Hof in zijn recente uitspraken in de zaken *Van Schijndel* en *Peterbroeck* enig inzicht verschaft in de wijze waarop tegen deze problematiek moet worden aangekeken.[152] Bo-

---

150 Vgl. de in paragraaf 1.2 vermelde discussie tussen Ter Kuile en Mok c.s. naar aanleiding van B.H. ter Kuile, Het verband tussen artikel 177 EG, aalscholvers en pursers, NJB 1993, p. 1136-1141. Zie verder: S. Prechal. a.w. 1995, p. 177-180; M. Schreuder-Vlasblom, Heroriëntatie bestuursrechtspraak, in: Het nieuwe bestuursprocesrecht, VAR-reeks 112, p. 41-42; Th.G. Drupsteen in zijn noot onder AR 10 september 1992, AAe 1994, p. 600-605.

151 Vgl. de MvT bij artikel 8:69 Awb en de discussies daaromtrent naar aanleiding van de VAR-preadviezen 1994, VAR-reeks 112. Op deze problematiek wordt in par. 4.4 nader ingegaan.

152 HvJEG 14 december 1995, gev. zaken C-430/93 en C-431/93, *Van Schijndel en Van Veen*,

vendien heeft de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State in de zaak *Kraaijeveld* de kwestie van de plicht tot ambtshalve toepassing van gemeenschapsrecht in bestuursrechtelijke zaken onlangs op de agenda van het Hof gezet.[153] Hoewel zij niet over ambtshalve toepassing als zodanig gaat is voor de onderhavige problematiek ten slotte de recente Conclusie van advocaat-generaal bij de Hoge Raad, Loeb in de belastingzaak *EKOZ* interessant.[154] In deze Conclusie verdedigt Loeb de stelling dat belanghebbenden niet eerst in cassatie beroep kunnen doen op artikel 93, derde lid, EG-Verdrag; voor ambtshalve toetsing door de belastingkamer van de Hoge Raad aan deze bepaling is a fortiori geen plaats.

4.2 Ambtshalve toepassing van EG-recht: twee opvattingen

In de discussies omtrent ambtshalve toepassing van EG-recht stonden voor de uitspraken van het Hof in de al genoemde zaken Van Schijndel en Peterbroeck grosso modo twee opvattingen tegenover elkaar.[155] Voor het gemak worden deze in het vervolg de communautaire en nationale opvatting genoemd.

De *communautaire* opvatting staat vooral in het teken van het beginsel van voorrang van het EG-recht en de noodzaak van een effectieve en uniforme doorwerking hiervan.[156] Zoals in de zaken *Simmenthal* en *Factortame* is bepaald, is de nationale rechter met het oog hierop verplicht het gemeenschapsrecht integraal toe te passen, daarbij buiten toepassing latende elke eventueel strijdige bepaling van de nationale wet. Met deze plicht is onverenigbaar elke bepaling van een nationale rechtsorde die ertoe zou leiden de uitwerking van het gemeenschapsrecht te verminderen doordat aan de nationale 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 het gemeenschapsrecht.[157] Uit de plicht tot integrale toepassing van EG-recht wordt in deze opvatting tevens een plicht tot ambtshalve toepassing afgeleid; nationale bepalingen die aan de mogelijkheid hiervan beperkingen

---

n.n.g., NJB-katern, 1996, p. 63, nr. 4, en HvJEG 14 december 1995, zaak C-312/93, *Peterbroeck, Van Campenhout & Cie. GVC*, n.n.g., NJB-katern, 1996, p. 40, nr. 3.

153 ABRS 8 maart 1995, NJB-katern 1995, p. 284-286, nr. 22.

154 Conclusie mr. Loeb in de zaak EKOZ bv tegen de Minister van LNV, 21 november 1995, nr. 29.868, n.n.g.

155 De opvatting van het Hof in deze was tot nu toe onduidelijk. In de enige zaak waarin de onderhavige problematiek expliciet aan de orde kwam, verklaarde het Hof dat de nationale rechter *bevoegd* is om ambtshalve aan het gemeenschapsrecht te toetsen. Vgl. HvJEG 11 juli 1991, gev. zaken C-87/90, C88/90 en C89/90, *Verholen, van Wetten-Uden en Heiderijk*, Jur. 1991, p. I-3757, SEW 1993, p. 163-169, m.nt. Prechal.

156 Zie voor auteurs die deze opvatting aanhangen, S. Prechal, Directives in European Community Law, Oxford 1995, p. 178, i.h.b. noot 175.

157 HvJEG 9 maart 1978, zaak 106/77, *Simmenthal*, Jur. 1978, p. 121, i.h.b. r.o. 21-22 en 24; HvJEG 19 juni 1990, zaak C-213/89, *Factortame*, Jur. 1990, p. I-2433, r.o. 18-20. Zie reeds paragraaf 2.5.

opleggen zouden voor wat betreft het EG-recht derhalve buiten toepassing moeten worden gelaten. De uniforme toepassing van het gemeenschapsrecht zou anders in gevaar worden gebracht.

Tegenover de communautaire staat de *nationale opvatting*. Deze opvatting – die met name wordt aangehangen door Advocaat-Generaal Jacobs in zijn Conclusies onder de zaken Van Schijndel en Peterbroeck en, zij het in iets minder mate, ook door Prechal – stelt de *Rewe/Comet-rechtspraak* van het Hof voorop.[158] Op grond van deze rechtspraak mag het nationaal procesrecht worden toegepast op aan het EG-recht ontleende vorderingen, zolang het maar voldoet aan de vereisten van non-discriminatie en effectiviteit. Naar het oordeel van Jacobs is een nationale bepaling die de ambtshalve toepassing van (ook) EG-recht verbiedt niet in strijd met het effectiviteitsvereiste, omdat – kort gezegd – de bescherming van deze door het EG-recht toegekende rechten hierdoor niet onmogelijk of uiterst moeilijk werd gemaakt: deze bescherming is immers mogelijk zolang partijen op deze rechten maar tijdig beroep doen. Indien ook het vereiste van non-discriminatie niet wordt geschonden, geldt het betreffende verbod derhalve voor het EG-recht. Gelet op dit standpunt wekt het geen verbazing dat Jacobs een onvoorwaardelijke plicht tot ambtshalve toepassing van gemeenschapsrecht afwijst. Zo'n plicht gaat veel verder dan noodzakelijk is voor het verzekeren van een effectieve rechtsbescherming.[159] Bovendien zou dit een te vergaande inbreuk op de stelsels van nationaal procesrecht betekenen.[160] In dit verband wijst Jacobs erop dat in de Lid-Staten op het punt van ambtshalve toetsing door de rechter een grote variëteit bestaat, waarbij bijvoorbeeld verschillende regels gelden voor civiele en bestuursrechtspraak, voor de eerste aanleg en voor hoger beroep/cassatie, et cetera. Ook in de diverse rechtsbeschermingsprocedures bij het Hof zelf loopt de mate waarin ambtshalve wordt getoetst uiteen. Om principiële en praktische redenen concludeert Jacobs dat een nationale rechter een gemeenschapsrechtelijke bepaling alleen dan ambtshalve moet toepassen, indien hij een overeenkomstige bepaling van nationaal recht eveneens ambtshalve zou moeten toepassen. Dit kan weliswaar leiden tot een ongelijke toepassing van gemeenschapsrecht, doch deze is een consequentie van de verscheidenheid van de nationale rechtsstelsels.[161]

Wat betreft zijn afwijzing van een onvoorwaardelijke plicht tot ambtshalve toepassing van EG-recht vindt Jacobs Prechal aan zijn zijde.[162] Zij wijst er terecht op dat deze verplichting in haar uiterste consequenties praktisch niet uitvoerbaar is: men kan van de nationale rechter immers niet verwachten dat hij in elke zaak onderzoekt of wellicht een of andere regel van gemeenschapsrecht toepasselijk is. Daarom kiest Prechal voor een 'balanced approach', waarbij alleen sommige

---

158 Vgl. Conclusies van A-G Jacobs, 15 juni 1995, gev. zaken C-430/93 en C-431/93, *Van Schijndel* r.o. 17, en van 4 mei 1994, zaak C-312/93, *Peterbroeck*, r.o. 17.

159 Conclusie A-G Jacobs in de zaak *Van Schijndel*, r.o. 24-30.

160 Conclusie A-G Jacobs in de zaak *Van Schijndel*, r.o. 33-44; in de zaak *Peterbroeck*, r.o. 37-39.

161 Conclusie A-G Jacobs in de zaak *Van Schijndel*, r.o. 38.

162 S. Prechal. a.w. 1995, p. 178-179.

bepalingen van EG-recht voor verplichte ambtshalve toepassing in aanmerking moeten komen. Bepalend in dit verband zouden factoren als de aard van de bepaling en het belang hiervan in het systeem van het EG-recht kunnen zijn. Als voorbeelden van bepalingen waarvan op grond van deze criteria verdedigbaar is dat zij altijd ambtshalve door de nationale rechter moeten worden toegepast, noemt zij de artikelen 119 en 85-86 EG-Verdrag.

4.3 Het standpunt van het Hof: de derde weg

De zaken Van Schijndel en Peterbroeck: aanleiding
Hoe het Hof over de onderhavige kwestie denkt blijkt uit zijn recente uitspraken in de zaken Van Schijndel en Peterbroeck. De *zaak Van Schijndel* betrof de ambtshalve toepassing van EG-recht, meer in het bijzonder van de artikelen 3(f), 5, 85-86 en 90 EG-Verdrag, door (onder meer) feitelijke instanties van burgerlijke rechtspraak.[163] Ingevolge artikel 48 Rv moet de feitenrechter voorzover nodig de rechtsgronden aanvullen. Het – in het Nederlandse civiele procesrecht geldende – beginsel van lijdelijkheid van de burgerlijke rechter in gedingen die betrekking hebben op ter vrijer beschikking van partijen staande burgerlijke rechten en verplichtingen, brengt echter mede dat de rechter bij het aanvullen van rechtsgronden niet mag treden buiten de grenzen van de rechtsstrijd van partijen en zich evenmin mag baseren op andere feiten en omstandigheden dan die welke de partij te wier behoeve die ambtshalve aanvulling van rechtsgronden moet plaatsvinden, aan haar vordering ten grondslag heeft gelegd. Met het oog hierop werd door de Hoge Raad aan het Hof de vraag voorgelegd of de burgerlijke rechter verplicht is de vermelde Verdragsbepalingen ambtshalve toe te passen, (ook) indien dit ertoe zou leiden dat hij de hem in beginsel passende lijdelijkheid zou moeten verzaken.

De *zaak Peterbroeck* had betrekking op een bepaling uit de Belgische belastingwetgeving op grond waarvan een belastingplichtige die bij het Hof van Beroep in beroep gaat tegen een beslissing van de directeur van de belastingen, bij het Hof geen nieuwe bezwaren kan opwerpen, wanneer een termijn van zestig dagen na neerlegging, door de directeur, van de eensluidend verklaarde uitgifte van de bestreden beslissing is verstreken. Volgens vaste rechtspraak van het Belgische Hof van Cassatie was het aan het Hof van Beroep voorts niet toegestaan ambtshalve het bezwaar op te werpen dat de belastingplichtige, vanwege de overschrijding van de zestig-dagentermijn, voor het Hof niet meer mag formuleren. In casu hadden Peterbroeck c.s. na afloop van de termijn beroep gedaan op artikel 52 EG-Verdrag. Gelet op het geldende recht kon het Hof van Beroep deze grond derhalve niet (ambtshalve) in zijn beoordeling betrekken. Het Hof van Beroep stelde vervolgens in een prejudiciële vraag aan de orde of het gemeenschapsrecht zich verzet tegen de toepassing van een nationale procedureregel die de nationale rechter verbiedt ambtshalve de verenigbaarheid van een handeling

163 Zie het verwijzingsarrest 22 oktober 1993, NJ 1994, 94; AB 1994, 135, m.nt. FHvdB.

van nationaal recht met een bepaling van gemeenschapsrecht te beoordelen, wanneer niet binnen een bepaalde termijn door de justitiabele een beroep op laatstbedoelde bepaling is gedaan.

Het oordeel van het Hof
Het Hof benadert de onderhavige kwestie – conform de Conclusie van Advocaat-Generaal Jacobs – met behulp van de uitgangspunten uit de Rewe/Comet-rechtspraak.[164] Voorop staat derhalve dat de aan het EG-recht ontleende vorderingen volgens regels van nationaal procesrecht moeten worden beoordeeld, waarbij deze regels wel moeten voldoen aan de vereisten van non-discriminatie en effectiviteit. Bij de toetsing aan deze vereisten wijkt het Hof echter van de Conclusie van Jacobs af.

a. *Het vereiste van non-discriminatie*: uit dit vereiste volgt volgens het Hof in de zaak Van Schijndel dat, indien de nationale rechter ingevolge het nationale recht verplicht is ambtshalve de aan een interne regel van dwingende aard ontleende rechtsgronden in het geding te brengen, dezelfde verplichting ook geldt voor de aan de orde zijnde dwingende en rechtstreeks toepasselijke bepalingen van gemeenschapsrecht.[165] Hieraan voegt het Hof toe dat de verplichting tot ambtshalve toepassing van dwingend EG-recht ook geldt indien het nationale recht de *mogelijkheid* geeft, deze dwingende rechtsregels ambtshalve toe te passen. Met deze toevoeging legt het Hof de nationale rechter een verdergaande verplichting tot ambtshalve toepassing op dan waartoe het vereiste van non-discriminatie noopt. Deze verdergaande verplichting wordt onderbouwd met een verwijzing naar het in artikel 5 EG-Verdrag neergelegde samenwerkingsbeginsel op grond waarvan de nationale rechter 'de rechtsbescherming moet verzekeren welke voor justitiabelen voortvloeit uit de rechtstreekse werking van gemeenschapsrechtelijke bepalingen'.[166]

b. *Het effectiviteitsvereiste*: volgens het Hof in zowel Van Schijndel als Peterbroeck moet de vraag of een nationale procesregel aan dit vereiste voldoet 'worden onderzocht met in aanmerking nemen van de plaats van die bepaling in de gehele procedure, en van het verloop en de bijzondere kenmerken ervan, voor de verschillende nationale instanties. In voorkomend geval moet rekening worden gehouden met de beginselen die aan het nationale stelsel van rechtspraak ten grondslag liggen, zoals de bescherming van de rechten van de verdediging, het rechtszekerheidsbeginsel en het goede verloop van de procedure'.[167] Deze criteria worden vervolgens toegepast op de nationale procesregels in beide zaken.

---

164 Zaak *Van Schijndel*, r.o. 17; zaak *Peterbroeck*, r.o. 12.

165 Zaak *Van Schijndel*, r.o. 13 t/m 15. In de zaak *Peterbroeck* blijft toetsing aan dit vereiste achterwege, omdat reeds op basis van het effectiviteitsvereiste een plicht tot ambtshalve toetsing wordt aangenomen.

166 Zaak *Van Schijndel*, r.o. 14, met verwijzing naar de zaak Factortame.

- In de *zaak Van Schijndel* overweegt het Hof, dat 'het beginsel van nationaal recht, dat de rechter in een civiele procedure ambtshalve gronden in het geding moet of kan brengen, wordt beperkt door de verplichting van deze rechter, zich te houden aan het voorwerp van het geschil en zijn beslissing te baseren op de hem voorgelegde feiten. Deze beperking vindt haar rechtvaardiging in het beginsel, dat het initiatief van een procedure bij de partijen ligt en de rechter alleen ambtshalve kan optreden in uitzonderingsgevallen, waarin het openbare belang zijn ingrijpen vereist. Dit beginsel geeft uitdrukking aan de in de meeste Lid-Staten bestaande opvattingen over de verhouding tussen de Staat en de particulier, het beschermt de rechten van de verdediging en verzekert een goed verloop van de procedure, met name doordat de vertraging waartoe de beoordeling van nieuwe rechtsgronden leidt, wordt voorkomen'.[168] De conclusie van het Hof is dat de burgerlijke rechter niet verplicht is het EG-recht ambtshalve toe te passen.
- In de *zaak Peterbroeck* stelt het Hof voorop, dat de aan de justitiabele gestelde termijn van zestig dagen waarbinnen nieuwe bezwaren kunnen worden ingediend op zich geen aanleiding geeft tot kritiek. Toch moet worden gewezen op de bijzondere kenmerken van de betrokken procedure. Vervolgens passeert een aantal bijzondere kenmerken de revue.[169] Het Hof stelt vast dat het Hof van Beroep in de onderhavige procedure door het verstrijken van de zestigdagentermijn niet meer de mogelijkheid had om de beoordeling van de nieuwe, aan het EG-recht ontleende, bezwaren ambtshalve te verrichten. Voorts is niet gebleken dat een andere nationale rechterlijke instantie tijdens een verdere procedure ambtshalve de verenigbaarheid van een nationale handeling met het gemeenschapsrecht kan beoordelen. Ten slotte lijkt, aldus het Hof, deze onmogelijkheid voor de nationale rechterlijke instanties om ambtshalve aan het gemeenschapsrecht ontleende gronden op te werpen, geen redelijke rechtvaardiging te vinden in beginselen als dat van de rechtszekerheid of het goede verloop van de procedure. Mitsdien verzet het gemeenschapsrecht zich tegen het onderhavige Belgische verbod om ambtshalve een bepaling van gemeenschapsrecht toe te passen.

Uit deze overwegingen omtrent het effectiviteitsvereiste kan mijns inziens een drietal conclusies worden getrokken. *Ten eerste*, op zichzelf bestaat er geen bezwaar tegen nationale bepalingen die het inbrengen van nieuwe, aan het EG-recht ontleende, bezwaren door justitiabelen binden aan een redelijke (fatale) termijn. Dit mag echter niet zonder meer betekenen dat rechterlijke instanties de desbetreffende grond niet ambtshalve in hun beoordeling mogen meenemen (Peterbroeck). *Ten tweede*, of de nationale rechter een nationaal 'verbod' om ambtshalve te toetsen ook mag toepassen op het EG-recht hangt af van de totale

167 Zaak *Van Schijndel*, r.o. 19; zaak *Peterbroeck*, r.o. 14.

168 Zaak *Van Schijndel*, r.o. 20-21.

169 Zaak *Peterbroeck*, r.o. 16 t/m 21. Als bijzonder kenmerk vermeldt het Hof ook nog dat het Hof van Beroep de eerste rechterlijke instantie is die het Hof van Justitie een prejudiciële vraag kan stellen (zaak Peterbroeck, r.o. 17).

beroepsprocedure. Wordt dit verbod gecombineerd met een beperkte mogelijkheid voor partijen om nieuwe gronden in te brengen en is voorts geen andere rechter in de procedure bevoegd om het EG-recht ambtshalve toe te passen, dan is het in elk geval problematisch (Peterbroeck). Of het 'verbod' wel door de beugel kan wanneer één van deze factoren ontbreekt – partijen kunnen bijvoorbeeld tot op een laat tijdstip in de procedure nieuwe gronden inbrengen, dan wel een hogere rechter kan ambtshalve de verenigbaarheid van een nationale bepaling met het EG-recht beoordelen – is niet geheel duidelijk. Wel kan uit de overwegingen van het Hof worden afgeleid, dat niet alle rechters in de beroepsprocedure bevoegd behoeven te zijn om het EG-recht ambtshalve toe te passen. *Ten derde*, geldt het 'verbod' om ambtshalve te toetsen voor alle rechters binnen de nationale procedure dan zal het voor wat betreft de toepassing van EG-recht opzij moeten worden gezet, tenzij het in voldoende mate kan worden gerechtvaardigd door de beginselen die aan het nationale stelsel van rechtspraak ten grondslag liggen, zoals de bescherming van de rechten van de verdediging, het rechtszekerheidsbeginsel en het goede verloop van de procedure. Gelet hierop hoeft de civiele rechter het EG-recht niet ambtshalve toe te passen als hij hierdoor de, in de meeste Lid-Staten erkende, beginselen van lijdelijkheid en partij-autonomie zou moeten verzaken (Van Schijndel). Of ook in de (feitelijke) belasting- en andere bestuursrechtspraak een voldoende rechtvaardiging kan bestaan voor een volledig verbod van ambtshalve toetsing wordt uit de uitspraken van het Hof niet geheel duidelijk. Voorzover dit al mogelijk is, zullen hiervoor, gelet op de zaak Peterbroeck, in elk geval goede redenen ontleend aan de bedoelde beginselen moeten worden aangevoerd.

Ten slotte nog het volgende. Hetgeen hiervoor is opgemerkt over ambtshalve toetsing geldt – blijkens de zaak Van Schijndel – in de eerste plaats voor dwingende, rechtstreeks toepasselijke Verdragsbepalingen.[170]. Een onderscheid tussen Verdragsbepalingen die altijd ambtshalve moeten worden toegepast en regels waarvoor deze verplichting niet geldt – zoals bepleit door Prechal (par. 4.2) – wordt door het Hof niet gemaakt. Hoewel het Hof zich hierover niet expliciet heeft uitgesproken, neem ik aan dat de communautaire eisen omtrent ambtshalve toetsing in beginsel evenzeer gelden voor bepalingen uit verordeningen en rechtstreeks werkende bepalingen van richtlijnen.

Evaluatie en beoordeling

Het Hof kiest voor een *derde weg* tussen de communautaire en nationale opvatting. Enerzijds benadert het, conform de nationale opvatting, de onderhavige problematiek met behulp van de Rewe/Comet-rechtspraak. De nationale procesrechtelijke autonomie staat, althans in beginsel, voorop. Een onvoorwaardelijk plicht voor de nationale rechter om het EG-recht altijd ambtshalve toe te passen, die op grond van de Simmenthal/Factortame-rechtspraak in de communautaire opvatting wordt verdedigd, wordt dan ook niet aangenomen.

Anderzijds brengt het Hof twee nuanceringen aan op de nationale opvatting. In de eerste plaats wordt in het kader van het vereiste van non-discriminatie

170 Zaak *Van Schijndel*, r.o. 13.

bepaald dat regels van dwingend EG-recht niet alleen ambtshalve moeten worden toegepast in het geval nationaalrechtelijk voor overeenkomstige regels een verplichting hiertoe bestaat, maar ook in het geval het nationale recht slechts de mogelijkheid (bevoegdheid) biedt om dwingende bepalingen ambtshalve toe te passen. Met deze uitbreiding van de verplichting om dwingend EG-recht ambtshalve toe te passen, die gemotiveerd wordt met een verwijzing naar het Factortame-arrest, gaat het Hof meer in de richting van de communautaire opvatting. Een tweede nuancering van de nationale opvatting ziet men bij de toepassing van het effectiviteitsvereiste. Het Hof kiest bij de toetsing aan dit vereiste niet voor de wat afstandelijke benadering van Advocaat-Generaal Jacobs, waarbij wordt bekeken of de onderhavige nationale 'verboden' om ambtshalve het EG-recht toe te passen de doorwerking van het EG-recht *in algemene zin* onmogelijk of uiterst moeilijk maken; zou het Hof dat wel hebben gedaan dan zou de omstreden Belgische bepaling in de zaak Peterbroeck niet in strijd met het gemeenschapsrecht zijn verklaard. Daarentegen formuleert het Hof diverse factoren – zoals de plaats van deze 'verboden' in de gehele procedure en diverse procesrechtelijke beginselen – die in het kader van de effectiviteitstest moeten worden gewogen. Hiermee kan het Hof een op het concrete geval toegespitste beoordeling van de omstreden bepalingen verrichten. Ook op dit punt gaat het standpunt van het Hof meer in de richting van de communautaire opvatting: de betreffende factoren bieden het Hof immers een handvat om, desgewenst, in te grijpen in het nationale procesrecht. Door beide nuanceringen wordt het uitgangspunt van de Rewe/Comet-rechtspraak gerelativeerd.

De derde weg van het Hof heeft als voordeel boven de nationale opvatting van Advocaat-Generaal Jacobs dat het Hof een zekere controle kan uitoefenen op nationale beperkingen van de rechterlijke mogelijkheden om ambtshalve te toetsen. Hierdoor kan het Hof, zoals geschiedde in de zaak Peterbroeck, ingrijpen wanneer door een combinatie van in het nationaal recht geldende beperkingen de rechtsbescherming te zeer dreigt te worden aangetast. Enigszins problematisch is wel dat de criteria die in verband met het effectiviteitsvereiste moeten worden getoetst rijkelijk vaag zijn. Voor de nationale rechter is het niet eenvoudig om op basis hiervan te bepalen of nationale beperkingen van de ambtshalve toetsing ook kunnen worden toegepast op dwingend EG-recht.

4.4 Ambtshalve toepassing van EG-recht door de Nederlandse bestuursrechter

4.4.1 Inleiding

In het vervolg van dit hoofdstuk wordt bekeken hoe het zit met de ambtshalve toepassing van gemeenschapsrecht door de Nederlandse bestuursrechter in een aantal veel voorkomende situaties. Voordat hiertoe kan worden overgegaan is eerst enige algemene aandacht voor nationaal procesrecht ter zake van de ambtshalve toetsing door de rechter noodzakelijk. Zoals uit het voorafgaande immers

is gebleken wordt het vraagstuk van ambtshalve toepassing van gemeenschapsrecht, als gevolg van het feit dat het Hof dit benadert vanuit de Rewe/Comet-rechtspraak, niet alleen bepaald door het gemeenschapsrecht, maar evenzeer door de regels van nationaal procesrecht. Vooral om de consequenties van het vereiste van non-discriminatie te kunnen bepalen moeten de (on)mogelijkheden van ambtshalve toetsing door de Nederlandse rechter volgens het Awb-procesrecht nader worden geanalyseerd.

Hoe het Nederlandse bestuursrecht inzake ambtshalve toetsing door de rechter luidt, was nog niet eens zo lang geleden relatief eenvoudig vast te stellen. Primaire functie van het bestuursprocesrecht was de handhaving van het objectieve recht (recours objectif).[171] Daarin paste het dat de bestuursrechter niet alleen bevoegd was om ambtshalve de rechtsgronden aan te vullen, maar ook buiten de vordering van appellant kon treden (ultra petita gaan) en zelfs een reformatio in peius kon treffen. Gelet op het vereiste van non-discriminatie was de ambtshalve toepassing van EG-recht niet erg problematisch: nu de nationale rechter bevoegd was dwingende rechtsregels van nationaal recht ambtshalve toe te passen, bestond voor wat betreft dwingende regels van EG-recht op dit punt een verplichting. Zoals bekend hebben de inzichten omtrent doel en functie van het bestuursproces in de loop der jaren echter een wijziging ondergaan. Deze wijziging is door de formele wetgever in de Awb is bevestigd.[172] Primaire functie van het bestuursproces is niet langer de handhaving van het objectieve recht, maar het verlenen van individuele rechtsbescherming (recours subjectif). Deze ontwikkeling betekent een beperking van de ambtshalve mogelijkheden van de rechter; bijvoorbeeld is er in beginsel geen ruimte voor instrumenten die uitsluitend dienstbaar zijn aan de handhaving van het objectieve publiekrecht, zoals het ultra petita gaan en de reformatio in peius. Hoever deze beperking precies gaat is echter minder duidelijk, omdat – zoals twee jaar geleden in de VAR-vergadering overtuigend aangetoond – de ontwikkeling naar het recours subjectif in de Awb niet consequent is doorgevoerd.[173] Deze onduidelijkheid werkt vanwege het vereiste van non-discriminatie door in het vraagstuk van de ambtshalve toepassing van EG-recht. Voor de oplossing van die vraag moeten derhalve niet geheel heldere EG-maatstaven worden toegepast op een onduidelijk nationaal procesrecht, een weinig aantrekkelijke exercitie. Niettemin waag ik hierna een poging om voor een aantal concrete situaties een antwoord te geven.

---

171 Vgl. zeer uitgesproken: F.A.M. Stroink, Administratieve rechtspraak en de rechterlijke macht, Zwolle 1985, p. 14-17.

172 Vgl. de MvT bij het wetsvoorstel-VEF, TK 1991-1992, 22 495, nr. 3, p. 30-38; zie voorts M. Schreuder-Vlasblom, Tussen dominus litis en knecht van twee partijen, NTB 1991, p. 68-82, i.h.b. p. 70-71.

173 Het nieuwe bestuursprocesrecht, VAR-reeks 112. Zie vooral de preadviezen van M. Schreuder-Vlasblom, a.w., en D. Allewijn, Beschikkingsprocesrecht. Vgl. voorts R.J.G.M. Widdershoven, Het nieuwe bestuursprocesrecht, Het paarse gevoel van de VAR, NTB 1994/8, p. 217-226.

4.4.2 *Te laat inbrengen van aan dwingend EG-recht ontleende gronden*

Deze eerste situatie heeft (nog) niet betrekking op de ambtshalve toepassing van EG-recht door de rechter, maar kan – zoals ook bleek in de zaak Peterbroeck – eraan vooraf gaan: de appellant/justitiabele heeft een, aan dwingend EG-recht ontleende beroepsgrond (twistpunt) te laat ingebracht. In de zaak Peterbroeck heeft het Hof vastgesteld dat vanuit gemeenschapsrechtelijke optiek nationale bepalingen, die het inbrengen van nieuwe bezwaren door justitiabelen binden aan een redelijke termijn, geen aanleiding geven tot kritiek.[174] Als het Nederlands procesrecht derhalve dergelijke termijnen zou kennen, zouden deze ook kunnen worden toegepast op te laat ingebrachte, aan het EG-recht ontleende, beroepsgronden.

In het Awb-procesrecht zijn echter voor het inbrengen van nieuwe gronden geen fatale termijnen opgenomen.[175] In de praktijk heeft de Nederlandse bestuursrechter op dit punt de nodige beoordelingsvrijheid, die door de diverse rechterlijke colleges heel wisselend wordt ingevuld.[176] Sommige volgen in verband met de rechten van verdediging van de wederpartij en het beginsel van een goede procesorde een strenge koers. Andere stellen zich daarentegen, om redenen van proceseconomie en ter voorkoming van hoger beroep, zelfs bij nogal fundamentele wijzigingen van het twistpunt tamelijk soepel op; ten einde de rechten van verdediging van de wederpartij te waarborgen, wordt de zitting eventueel verdaagd, zodat men zich adequaat kan verweren tegen de nieuwe beroepsgrond. Wat wel vaststaat, is dat alle bestuursrechters op zich de mogelijkheid hebben om ook (te) laat ingebrachte nationale nieuwe gronden toe te laten. Gelet op het vereiste van non-discriminatie geldt zulks dan ook voor (te) laat ingebrachte aan het EG-recht ontleende gronden. Wel zullen zij ervoor moeten waken dat het ook in het EG-recht erkende beginsel van de rechten van verdediging van de wederpartij niet wordt geschaad; met het oog hierop kan een verdaging van de zitting noodzakelijk zijn.

Ten slotte moet erop worden gewezen, dat zelfs wanneer in Nederland wel fatale, redelijke termijnen zouden gelden voor het inbrengen van nieuwe gronden, dit niet automatisch betekent dat de rechter te laat ingebrachte, aan het EG-recht ontleende, gronden niet ambtshalve zou mogen toetsen. Zoals in Peterbroeck is vastgesteld moet de kwestie van de ambtshalve toepassing door de rechter van gemeenschapsrecht, onafhankelijk van deze termijn, worden getoetst aan de in dat arrest genoemde factoren. Op deze toetsing wordt hierna ingegaan.

---

174 Zaak *Peterbroeck*, r.o. 16.

175 Artikel 8:58, eerste lid, Awb, op grond waarvan partijen nadere stukken tot tien dagen voor de zitting kunnen indienen, is veeleer een termijn van orde. In de praktijk plegen bestuursrechters ook na die termijn ingediende stukken toe te laten, zolang de rechten van de verdediging van de wederpartij niet worden geschaad.

176 Zie J.B.J.M. ten Berge, Bescherming tegen de overheid, Zwolle 1995, derde druk, p. 156-158 en 165-166, en Commentaar Awb, artikel 8:69, aantekening 6 (B.W.N. de Waard).

4.4.3 *Ambtshalve toepassing van EG-recht ten gunste van appellant*

De tweede situatie is die waarin de rechter voor de vraag staat of hij een aan rechtstreeks werkend en dwingend EG-recht ontleende grond uit eigen beweging kan toepassen ten gunste van appellant. Deze situatie is bijvoorbeeld aan de orde in de prejudiciële verwijzingsbeslissing van de Afdeling bestuursrechtspraak in de zaak Kraaijeveld.[177] In deze zaak hadden Kraaijeveld c.s. bij de Afdeling beroep ingesteld tegen het goedkeuringsbesluit van GS van Zuid-Holland van een partiële herziening van bestemmingsplannen in het kader van de dijkversterking in de gemeente Sliedrecht. In deze beroepszaak voerden zij niet aan dat in casu ten onrechte – namelijk in strijd met Richtlijn 85/337/ EEG inzake de milieu-effectrapportage (de mer-richtlijn) – een milieu-effectrapportage achterwege was gelaten. Wel meenden zij dat de vaststelling van het nieuwe dijktracé niet met de nodige zorgvuldigheid had plaatsgevonden. In haar uitspraak gaat de Afdeling niettemin wel in op de verenigbaarheid van het besluit met de mer-richtlijn en stelt daaromtrent een aantal prejudiciële vragen. In de vierde vraag werpt de Afdeling de vraag op die in casu van belang is: indien ingevolge de mer-richtlijn een verplichting bestaat om het onderhavige project aan een mer te onderwerpen, 'heeft deze verplichting dan rechtstreekse werking, dat wil zeggen kan zij door een particulier voor de nationale rechter worden ingeroepen en *moet zij, ook al is zij in het voor de rechter aanhangige geschilpunt in feite niet ingeroepen, toch door de rechter worden toegepast* (curs. RW)?' Opmerkelijk is dat de Afdeling de onderhavige kwestie lijkt te beschouwen als een louter communautaire aangelegenheid en niet aangeeft of naar maatstaven van Nederlands recht een vergelijkbare dwingendrechtelijke nationale bepaling in casu door de rechter ambtshalve zou kunnen/moeten worden toegepast.[178] Bij de toetsing aan het vereiste van non-discriminatie is dit echter wel degelijk een belangrijke vraag. Vandaar het volgende korte overzicht van het ter zake geldende nationale recht.

Ingevolge artikel 8:69, tweede lid, Awb vult de rechter ambtshalve de rechtsgronden aan. Deze plicht wordt op grond van het eerste lid van artikel 8:69 Awb echter beperkt: de rechter moet namelijk uitspraak doen 'op grondslag van het beroepschrift, de overgelegde stukken, het verhandelde tijdens het vooronderzoek en het onderzoek ter zitting'. Deze beperking tot het punt van geschil hangt – aldus de MvT – samen met de ontwikkeling naar het recours subjectif. Bovendien 'zou het uit het oogpunt van rechtszekerheid van de bij het besluit betrokkenen ongelukkig zijn, als de rechter buiten de grenzen van het hem gepresenteerde geschil zou kunnen treden'.[179] Tijdens de parlementaire behandeling van de Awb is de beperking tot het punt van geschil echter nogal gerelativeerd. Zo mag de

---

177 ABRS 8 maart 1995, NJB-katern 1995, p. 284-286, nr. 22.

178 De toelichting op vraag 4 bevat geen informatie over het ter zake geldende Nederlands recht. Volgens de Afdeling is de vraag met name relevant omdat het Hof in de – in noot 155 vermelde – zaak *Verholen*, slechts de bevoegdheid en geen verplichting tot het ambtshalve toepassen door de nationale rechter van EG-recht heeft vastgesteld.

179 Dit citaat en de navolgende parafrasen zijn afkomstig uit de MvT en MvA het Wetsvoorstel VEF, artikel 8:69, PG Awb II, p. 463-464. Zie uitvoerig: D. Allewijn, a.w. 1994, p. 96-106.

rechter hierbij niet zonder meer afgaan op de in het beroepschrift geformuleerde grieven: uit het ontbreken van bepaalde stellingen in het beroepsschrift kan men immers niet zonder meer afleiden dat de appellant welbewust bepaalde gebreken niet aan de orde heeft willen stellen en derhalve in deze gebreken zou willen berusten. Het past – volgens de regering in de MvT – goed bij de actieve rol die de rechter in de procedure heeft, dat deze de appellant in de gelegenheid stelt zich hieromtrent nader uit te laten. Verder moet de rechter regels inzake bevoegdheid en ontvankelijkheid als regels van openbare orde die niet ter vrije beschikking van partijen staan, ambtshalve toepassen. Over de vraag hoe de rechter moet omgaan met andere bepalingen van dwingend publiekrecht (die niet ter vrije beschikking van partijen staan) biedt de parlementaire behandeling van artikel 8:69 Awb geen uitsluitsel. Naar mijn indruk wordt ook thans op dit punt in de doctrine en in de rechtspraak verschillend gedacht. Grosso modo wordt een ruime mate van ambtshalve toepassing van dwingend publiekrecht verdedigd door sommige (ex-)sociale-zekerheidsrechters en ook in kringen van het CBB.[180] Daarnaast ziet men in recente rechtspraak ook een meer beperkte benadering.[181] Al met al lijkt deze materie nog niet echt uitgekristalliseerd. Wat mijns inziens echter wel kan worden vastgesteld – en de uiteenlopende opvattingen tonen dit ook aan – is, dat de rechter als gevolg van de niet erg heldere stellingname van de wetgever tamelijk veel vrijheid heeft om op het punt van ambtshalve toetsing aan dwingend publiekrecht een eigen koers te varen. De *bevoegdheid* van de rechter om, onder omstandigheden, hiertoe over te gaan, is door invoering van de Awb niet verloren gegaan.

Gegeven deze nationaal-rechtelijke bevoegdheid om dwingend recht ambtshalve toe te passen is de vraag naar de ambtshalve toetsing van gemeenschapsrecht ten gunste van een appellant, zoals dat aan de orde is in de Kraaijeveld-zaak, eenvoudig te beantwoorden. In verband met het vereiste van non-discriminatie zoals dat is 'opgerekt' in de zaak Van Schijndel, *moet* de Afdeling, aangezien zij de mogelijkheid heeft soortgelijke dwingende regels van nationaal recht ambtshalve toe te passen, de bepalingen uit de mer-richtlijn ambtshalve toepassen; althans indien deze door het Hof als rechtstreeks werkend wordt aangemerkt. Daarbij zal de rechter partijen wel in de gelegenheid moeten stellen zich over deze nieuwe beroepsgrond nader uit te laten. Deze actieve opstelling is in casu bovendien aangewezen in verband met het – ook onder het regime van de Awb erkende – uitgangspunt van ongelijkheidscompensatie.[182] Gelet hierop is het mij

---

180 Vgl. D. Allewijn, a.w. 1994, p. 106-107 en de interventie van Boesjes, NTB 1994, p. 219-220; C. de Gooijer, Geregelde rechtspraak, Kanttekeningen van een deelnemer, RM Themis 1995/5, p. 229-231. Zie verder J.B.J.M. ten Berge, a.w. 1995, p. 156, R.M. van Male, Onvoltooid recht, Zwolle 1993, p. 24-31; Commentaar Awb, artikel 8:69, aantekening 6 (B.W.N. de Waard).

181 In navolging van het betoog van M. Schreuder, a.w. 1994, p. 53-54; zie bijv. Rb. Rotterdam 1 februari 1994, JB 1994, nr. 11; Rb. Assen, 17 mei 1994, JB 1994, nr. 141; Rb. Assen, 27 december 1994, Nieuwsbrief Awb 1995, 151 en in hoger beroep CRvB 20 december 1994, JB 1995, nr. 26; ABRS 29 juni 1995, JB 1995, nr. 206. Zie voor jurisprudentie voorts: H.J. Simon, Handleiding Awb-praktijk, 's-Gravenhage 1995, p. 275-278.

niet geheel duidelijk waarom de Afdeling uit het ontbreken van stellingen in het beroepschrift van Kraaijeveld omtrent strijdigheid met de mer-richtlijn heeft afgeleid dat appellant welbewust in deze gebreken heeft willen berusten. Aangezien appellant wel in algemene zin bezwaren omtrent de zorgvuldigheid van de procedure naar voren heeft gebracht, had het mijns inziens – nationaalrechtelijk en dus ook EG-rechtelijk – voor de hand gelegen, dat de Afdeling de rechtsgronden onder dit bezwaar conform artikel 8:69, tweede lid, Awb ambtshalve had aangevuld.

Iets anders is of, in het geval in de Nederlandse rechtspraak een *serieuze beperking* van de ambtshalve toetsing van dwingend nationaal recht zou worden doorgevoerd, deze ook kan worden toegepast op dwingend gemeenschapsrecht. Een voorstel met die strekking is bijvoorbeeld gedaan door M. Schreuder.[183] Gelet op de kennelijke bedoeling van de wetgever om de rechterlijke beoordeling te beperken tot de aangevoerde bezwaren en in verband met de beperkte capaciteit van de rechter zou zij het ambtshalve toetsen willen beperken 'tot inbreuken op normen die zeer kwetsbare belangen beschermen of die als structuurelementen van de rechtsstaat moeten worden beschouwd, zoals grondrechten en andere uit democratisch en rechtsstatelijk oogpunt essentiële voorschriften en voor het openbaar bestuur geldende integriteitsnormen'. Gegeven het feit dat gemeenschapsregels lang niet altijd normen bevatten die kwetsbare belangen beschermen of als structuurelement van de rechtsstaat kunnen worden beschouwd, zou deze beperking ook betrekking hebben op dwingend EG-recht. De vraag is: kan de rechter dan de ambtshalve toepassing hiervan achterwege laten?

Deze vraag moet worden beantwoord in het licht van de vereisten van non-discriminatie en effectiviteit. Gelet op het eerste vereiste kan de ambtshalve toepassing van een dwingende gemeenschapsregel alleen achterwege blijven, wanneer het nationaal recht, casu quo de jurisprudentie, zodanig worden gewijzigd dat de nationale bestuursrechter zichzelf als het ware de bevoegdheid ontneemt om – behalve eventueel de door Schreuder genoemde voorschriften – nationale bepalingen van dwingend publiekrecht nog langer ambtshalve toe te passen. Verder zal deze beperking in verband met het vereiste van effectiviteit in voldoende mate gerechtvaardigd moeten kunnen worden door de beginselen die aan het nationale stelsel van rechtspraak ten grondslag liggen, zoals de bescherming van de rechten van de verdediging, het rechtszekerheidsbeginsel en het goede verloop van de procedure. Gelet op de zaak Peterbroeck is zo'n rechtvaardiging voor bestuursrechtspraak niet eenvoudig te construeren. Zal het construeren van zo'n rechtvaardiging ten minste enige hoofdbrekens kosten,[184] de vraag is verder of de in verband met het vereiste van non-discriminatie noodzakelijke introductie van een algemene, imperatieve en duidelijk omlijnde beperking van de rechterlijke mogelijkheden van ambtshalve toetsing, wenselijk is. Zeker voor

182 TK 1991-1992, 22 495, nr. 3, p. 37.

183 M. Schreuder-Vlasblom, a.w. 1994, p. 53-54.

184 In elk geval zal deze onderbouwing stelliger en eenduidiger moeten zijn dan thans in de MvT bij het nieuwe bestuursprocesrecht is geschied. Zoals met name door Allewijn is aangetoond, a.w. 1994, p. 94-107, kan men hiermee alle kanten op.

de bestuursrechtspraak in eerste aanleg kan men over de wenselijkheid van een dergelijke verregaande 'civilisering' twijfels hebben; daarbij zal het gelet op de ter zake levende uiteenlopende opvattingen bij de diverse bestuursrechtelijke colleges (zie hiervoor) allerminst eenvoudig zijn om zo'n beperkte benadering over de hele linie van de bestuursrechtspraak door te voeren. Al met al schat ik daarom de mogelijkheden om de gesuggereerde beperking van de ambtshalve toetsing ook toe te passen op dwingend EG-recht althans voor de rechtspraak in eerste aanleg niet hoog in. Op de vraag of dit wellicht wel zou kunnen worden overwogen voor het hoger beroep wordt in paragraaf 4.4.5 ingegaan.

4.4.4 Ambtshalve toepassing van gemeenschapsrecht leidend tot reformatio in peius

Denkbaar is dat een appellant in beroep gaat tegen een aan een begunstigend besluit verbonden voorschrift en dat in de loop van de procedure blijkt dat het gehele besluit in strijd is met dwingend gemeenschapsrecht. Ambtshalve toepassing van het EG-recht zou dan tot gevolg hebben dat de uitspraak voor appellant minder gunstig is dan de in beroep aangevochten beslissing, met andere woorden er zou sprake zijn van een reformatio in peius. Om te bepalen hoe de rechter in deze situatie moet handelen, moet eerst het nationale recht inzake de reformatio in peius nader worden beschouwd.

Volgens de MvT bij artikel 8:69 Awb is het de rechter verboden te komen tot een reformatio in peius 'in strikte zin'.[185] Dit verbod moet conceptueel worden geplaatst in de enkelvoudige relatie bestuursorgaan-burger en geldt bijvoorbeeld niet voor de situatie dat een appellant door de uitspraak van de rechter in een minder gunstige positie terecht komt doordat het beroep van een derde-belanghebbende wordt gehonoreerd. Het in het kader van de Awb afgekondigde verbod van reformatio in peius is het sluitstuk op een ontwikkeling waarin rechters, ook voor de inwerkingtreding van de Awb, steeds terughoudender werden bij het opleggen hiervan. De reformatio in peius werd vrij algemeen onwenselijk geacht omdat deze in strijd was met de rechtszekerheid, de eerlijke procesvoering en gelijkwaardigheid van procespartijen.[186] Hoewel toepassing van reformatio in peius voor uitzonderingsgevallen in de literatuur nog wel wordt verdedigd,[187] lijkt mij althans de 'strikte' vorm in de praktijk thans volledig 'exit'. In dit verband kan bijvoorbeeld worden gewezen op een recente uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak, waarin de toetsing aan een dwingendrechtelijk bepaling van milieurecht achterwege werd gelaten, omdat dit zou leiden tot reformatio in peius. De Afdeling achtte dit niet aanvaardbaar 'in het licht van de algemene beginselen van behoorlijk procesrecht'.[188]

---

185 PG Awb II, p. 463-464.

186 Vgl. CRvB 8 januari 1992, AB 1992, 317.

187 Commentaar Awb, artikel 8:69, aantekening 5, p. 14 (B.W.N. de Waard); R.M. van Male, a.w. 1993, p. 30. Met name moet worden gedacht aan de situatie dat 'aan de opstelling van de belanghebbende bezwaren kleven'.

188 ABRS 27 oktober 1994, RAwb 1995, nr. 74, m.nt. GHA, Gem.stem 7007, nr. 7, m.nt.

Is mijn weergave van het geldend nationaal recht juist, dan behoeft op grond van het vereiste van non-discriminatie dwingend EG-recht niet ambtshalve te worden toegepast wanneer dit zou leiden tot reformatio in peius. Vervolgens moet worden bepaald of ambtshalve toepassing alsdan wellicht toch is aangewezen op grond van het effectiviteitsvereiste. Gelet op de rechtspraak van het Hof moet in dit verband worden beoordeeld of het verbod van reformatio in peius in voldoende mate gerechtvaardigd kan worden door 'de beginselen die aan het nationale stelsel van rechtspraak ten grondslag liggen, zoals de bescherming van de rechten van de verdediging, het rechtszekerheidsbeginsel en het goede verloop van de procedure'.[189] Hiervoor is aangegeven dat de afwijzing van reformatio in peius inderdaad samenhangt met beginselen van behoorlijk procesrecht als de rechtszekerheid en het verdedigingsbeginsel. Het lijkt mij, gelet hierop, verdedigbaar dat het verbod van reformatio in peius 'in strikte zin' voor wat betreft dwingende bepalingen van gemeenschapsrecht niet in strijd is met het effectiviteitsvereiste. Alsdan is de nationale rechter niet verplicht het EG-recht ambtshalve toe te passen wanneer dit zou leiden tot reformatio in peius.[190]

4.4.5 Ambtshalve toepassing van gemeenschapsrecht in hoger beroep en cassatie

De vraag die ten slotte kan worden opgeworpen is of hetgeen in het voorafgaande is geconcludeerd ook opgaat voor procedures van hoger beroep en cassatie in het bestuursrecht. Voor wat betreft *cassatierechtspraak* in belastingzaken speelt deze problematiek in de Conclusie van advocaat-generaal bij de Hoge Raad, Loeb, in de zaak EKOZ.[191] In casu hadden belanghebbenden pas in cassatie aan de orde gesteld dat een bepaalde mestverwerkingsmaatregel onrechtmatig was, omdat deze als een met artikel 92-93 EG-Verdrag strijdige steunmaatregel moest worden beschouwd. Volgens het Nederlands recht mogen nieuwe stellingen in cassatie alleen worden aangevoerd, indien zij van zuiver juridische aard zijn, dat wil zeggen niet een onderzoek van feitelijke aard vergen en bovendien onder alle omstandigheden opgaan:[192] volgens nationale maatstaven kon de onderhavige

---

Uylenburg; zie ook ABRS 5 juli 1994, Bestuursrechtspraak Cremers, vermeld in H.J. Simon, a.w. 1995, p. 277.

189 Zaak *Van Schijndel*, r.o. 19; zaak *Peterbroeck*, r.o. 14.

190 In geval de in casu ambtshalve toe te passen gemeenschapsregel een niet (tijdig) geïmplementeerde rechtstreeks werkende richtlijnbepaling betreft is het treffen van een reformatio in peius bovendien niet toegestaan omdat, volgens vaste rechtspraak van het Hof, een richtlijn op zichzelf geen verplichtingen kan opleggen aan particulieren; zulks is pas mogelijk door correcte omzetting in de nationale rechtsorde. Vgl. HvJEG 26 februari 1986, zaak 152/84, *Marshall I*, Jur. 1986, p. 723 en S. Prechal, a.w. 1995, p. 62 e.v. Zie paragraaf 3.2.1.

191 Conclusie mr. Loeb in de zaak *EKOZ* bv tegen de Minister van LNV, 21 november 1995, nr. 29.868, n.n.g.

192 HR 22 oktober 1993, NJ 1994, 94; AB 1994, 135, m.nt. FHvdB; vgl. P. Meyjes, Fiscaal procesrecht, 3e druk bewerkt door J. van Soest en J.W. van den Berge, hoofdstuk 4, nrs. 10 en 12.

stelling in het cassatieberoep derhalve niet worden meegenomen. In zijn betoog oriënteert Loeb zich geheel op de Conclusie van Advocaat-Generaal Jacobs in de zaak Van Schijndel. Zoals in paragraaf 4.2 aangegeven had deze – conform de *nationale opvatting* – ervoor gepleit de nationale procesrechtelijke autonomie op het punt van de ambtshalve toetsing te respecteren: alleen indien overeenkomstige bepalingen van nationaal recht ambtshalve zouden moeten worden toegepast, zou dit eveneens moeten geschieden ten aanzien van bepalingen van gemeenschapsrecht. Naar het oordeel van Jacobs geldt dit standpunt in versterkte mate voor hoger-beroepsprocedures en met name voor cassatieprocedures. Jacobs overweegt in dit verband:[193] '(...) in beroepsprocedures zijn gewoonlijk beperkingen gesteld aan het recht van een appellant of geïntimeerde om nieuwe vragen op te werpen die het voorwerp van het geding verruimen. Indien deze beperkingen niet golden, zou de aard van de beroepsprocedure worden ontwricht en zou deze de vorm aannemen van een hernieuwde behandeling. Dergelijk overwegingen gelden met name in cassatieprocedures in de Lid-Staten, aangezien de bevoegdheid van de rechter in die procedures zich gewoonlijk beperkt tot de vraag, of de lagere instantie bij haar beslissing heeft gedwaald ten aanzien van het recht, zodat partijen noch de rechter nieuwe rechtsvragen kunnen opwerpen'. Uit dit betoog leidt Loeb af, dat de vraag of een belanghebbende eerst in cassatie een beroep kan doen op het EG-recht moet worden beantwoord naar Nederlandse procedureregels, nu die regels zonder onderscheid gelden voor op het nationale recht en op het gemeenschapsrecht gebaseerde vorderingen. Het betreffende cassatiemiddel is daarom tevergeefs voorgesteld.

De vraag die thans moet worden beantwoord is of de conclusie van Loeb ook past in de *derde weg*, die het Hof in de zaken Van Schijndel en Peterbroeck heeft gevolgd (par. 4.3). In deze visie moet niet alleen het vereiste van non-discriminatie in acht worden genomen, maar moeten de betrokken beperkingen om aan het EG-recht ontleende gronden (ambtshalve) op te werpen, voorts worden beoordeeld aan de hand van de door het Hof geformuleerde factoren betreffende het effectiviteitsvereiste. Hoewel men, voordat het Hof heeft gesproken, altijd een slag om de arm moet houden, lijkt het mij wel zeer waarschijnlijk dat de betreffende beperkingen bij deze beoordeling overeind zullen blijven. Bij dit oordeel spelen een rol de bijzondere plaats van de cassatierechtspraak in de totale rechterlijke procedure en het feit dat deze beperkingen kunnen worden gerechtvaardigd door de beginselen die aan het nationale stelsel van rechtspraak ten grondslag liggen, zoals het rechtszekerheidsbeginsel en het goede verloop van de procedure. Alsdan hoeft de Hoge Raad eerst in cassatie opgeworpen op dwingend EG-recht gebaseerde gronden ook in de belastingrechtspraak niet (ambtshalve) in zijn beoordeling mee te nemen.

Behalve in het belastingrecht heeft men in het bestuursprocesrecht niet te maken met cassatierechtspraak, maar met *hoger beroep* bij de Afdeling bestuursrechtspraak of bij de Centrale Raad van Beroep. Dit roept de vraag op of hoe het zit met de ambtshalve toetsing van dwingend EG-recht in hoger beroep. In het

193 Conclusie Advocaat-Generaal Jacobs in de zaak *Van Schijndel*, r.o. 39-40.

Awb-procesrecht geldt voor wat betreft de omvang van het hoger beroep het beginsel van de devolutieve werking: de gehele zaak wordt van de lagere op de hogere rechter afgewenteld.[194] Die hogere rechter moet de zaak in volle omvang opnieuw behandelen en is daarbij in grote lijnen gebonden aan dezelfde bevoegdheden als de rechter in eerste aanleg, onder meer aan artikel 8:69 Awb. Zo bezien geldt hetgeen in het voorafgaande is vermeld over bestuursrechtspraak in algemene zin derhalve ook voor het hoger beroep: tenzij dit zou leiden tot een reformatio in peius zijn de mogelijkheden om het EG-recht in hoger beroep niet ambtshalve toe te passen thans beperkt. De vraag kan wel worden opgeworpen of het EG-recht eraan in de weg zou staan, dat een door de Nederlandse hoger-beroepsrechters door te voeren beperking van de omvang van het hoger beroep ook zou worden toegepast op dwingend gemeenschapsrecht. Hierbij kan worden gedacht aan de introductie van een met het civiele recht vergelijkbaar grievenstelsel of van een 'hoger beroep-min'-variant.[195] Naar ik vermoed, is dit niet het geval. In dit verband zij er op gewezen dat uit de zaak Peterbroeck kan worden afgeleid dat het Hof het waarschijnlijk voldoende acht, dat binnen de nationale rechterlijke organisatie het EG-recht door één rechterlijk college ambtshalve wordt toegepast.[196] Wanneer nu de rechter in eerste aanleg daartoe verplicht is, bestaat mijns inziens de ruimte om een beperking van de omvang van het hoger beroep, bijvoorbeeld met behulp van een grievenstelsel, ook toe te passen op dwingend gemeenschapsrecht. Uiteraard zal deze beperking ook van toepassing moeten zijn op soortgelijke dwingende bepalingen van nationaal recht.

4.5 Conclusie

In de kwestie van de ambtshalve toepassing van gemeenschapsrecht door de nationale rechter neemt het Hof in de zaken Van Schijndel en Peterbroeck een tussenpositie in tussen de nationale opvatting, die hierbij de toepassing van het nationale procesrecht verdedigde, en de communautaire opvatting die uit de voorrang van het EG-recht een plicht tot ambtshalve toetsing afleidde. Deze derde weg leidt ertoe dat dwingende bepalingen van EG-recht eerder door de nationale rechter ambtshalve zullen moeten worden toegepast dan soortgelijke nationale bepalingen: met name is in dit verband van belang dat nationale rechters verplicht zijn dwingend EG-recht ambtshalve toe te passen indien zij nationaal-rechtelijk de bevoegdheid hebben dwingende rechtsregels ambtshalve toe te passen. Voor de Nederlandse bestuursrechter betekent de opstelling van het Hof, dat deze in de regel het gemeenschapsrecht ambtshalve zal moeten toepassen. Dit ligt alleen

---

194 J.B.J.M. ten Berge, a.w. 1995, p. 295-296. Zie de MvT bij artikel 39 Wet RvS, PG Awb II, p. 545-546.

195 Aanzetten voor zo'n ontwikkeling ziet men bijv. in CRvB 29 september 1994, TAR 1994, 237, CRvB 24 december 1994, Gem.stem 7011, nr. 8 m.nt. Goorden; CRvB 20 december 1994, JB 1995, nr. 26 en ABRS 29 juni 1995, JB 1995, nr. 206. Vgl. H.J. Simon, a.w. 1995, p. 359-360.

196 Zaak *Peterbroeck*, r.o. 18-19. Zie paragraaf 4.3.

anders wanneer ambtshalve toepassing zou leiden tot een reformatio in peius en, voor wat betreft het belastingrecht, voor de cassatierechtspraak. Ten slotte biedt de rechtspraak van het Hof mijns inziens ruimte om ook in het bestuursrechtelijk hoger beroep een beperking van de ambtshalve toetsing door te voeren die kan gelden voor dwingend gemeenschapsrecht; de beperking van de omvang van het hoger beroep zal dan overigens wel over de gehele linie moeten worden doorgevoerd.

5 Voorlopige rechtsbescherming in geldigheidskwesties

5.1 Inleiding

Het derde en laatste thema dat als illustratie van het spanningsveld tussen communautaire oplossingen en nationale procesrechtelijke autonomie aan de orde komt is de voorlopige rechtsbescherming. De bespreking van dit thema wordt toegespitst op de zogenaamde *geldigheidskwesties*. Bij deze kwesties wordt voorlopige rechtsbescherming verzocht ten aanzien van een nationaal besluit omdat dit is gebaseerd op een gemeenschapshandeling waarvan de geldigheid wordt betwist. Indirect staat derhalve de rechtmatigheid van een produkt van een EG-instelling (verordening, beschikking, richtlijn) ter discussie.

Behalve de geldigheidsheidskwesties zijn er de *interpretatiekwesties*. Bij deze kwesties staat de verenigbaarheid van het nationale recht met het communautaire recht ter beoordeling. Voorlopige rechtsbescherming wordt alsdan verzocht, omdat (de toepassing van) een nationale regeling beweerdelijk in strijd is met het EG-Verdrag of met een regel van secundair gemeenschapsrecht. In het in paragraaf 2.3 vermelde *Factortame-arrest* is door het Hof in 1990 uitgemaakt dat de nationale rechter bij interpretatievragen de bevoegdheid moet hebben om voorlopige maatregelen te nemen.[197] Voor Nederland was deze uitspraak, anders dan voor Engeland, niet echt opzienbarend. Ook voor 1990 werd door Nederlandse bestuursrechtelijke en civiele kort-gedingrechters reeds voorlopige rechtsbescherming verleend in het kader van interpretatiekwesties.[198] In Factortame worden geen specifieke, communautaire eisen aan de nationale voorlopige-voorzieningsprocedures gesteld. Voor wat betreft toetsingscriteria en andere procesrechtelijke aspecten geldt derhalve het procesrecht van de lidstaten. Al met al bestaat er derhalve weinig reden voor uitgebreide nadere beschouwingen.

Voor de voorlopige rechtsbescherming in geldigheidskwesties ligt dit anders, omdat juist op dit terrein het Hof van Justitie zeer diep heeft ingegrepen in de

---

197 HvJEG, 19 juni 1990, zaak C-213/89, *Factortame*, Jur. 1990, p. I-2433, SEW 1991, p. 474 e.v., m.nt. Lauwaars.

198 Bijv. Vz AGRS 11 december 1989, KG 1990, 72; Vz ARRS RvS 14 oktober 1992, tB/S 1992, nr. 122, m.a. dzz.; Pres. Rb. Den Haag, 7 juni 1985, KG 1985, nr. 182; Pres. Rb. Den Haag, 29 januari 1986, KG 1986, nr. 108. Vgl. R.J.G.M. Widdershoven, Europa en het Nederlandse bestuursrecht, Hoofdstuk XV, Praktijkboek Bestuursrecht, p. 95-97.

procesrechtelijke autonomie van de Lid-Staten. Hierna wordt in de eerste plaats ingegaan op de wijze waarop dit communautaire ingrijpen vorm heeft gekregen en op de ratio hiervan. Daarna worden enige consequenties voor de nationale rechtsorde besproken.

5.2 Van Foto-Frost naar Zuckerfabrik en Atlanta

Inleiding

Bij de verlening van voorlopige rechtsbescherming door de nationale rechter in geldigheidskwesties bestaat een spanningsveld. Enerzijds staat (indirect) de geldigheid van een gemeenschapshandeling ter discussie; deze vraag betreft de uniforme toepassing van het EG-recht en moet uiteindelijk – na een prejudiciële verwijzing – worden beantwoord door het Hof. Anderzijds bevat het EG-Verdrag geen voorzieningen waarmee in deze een effectieve, onmiddellijke rechtsbescherming wordt gegarandeerd. De beantwoording van een prejudiciële vraag door het Hof neemt doorgaans nogal wat tijd in beslag. Wil men nu voorkomen dat als gevolg van dit tijdsverloop reeds onomkeerbare situaties ontstaan, dan zal men de bevoegdheid van de nationale rechter om op dit punt voorlopige rechtsbescherming te bieden moeten erkennen. Alsdan is echter vanwege de uiteenlopende criteria voor voorlopige rechtsbescherming in de Lid-Staten een uniforme toepassing van gemeenschapsrecht allerminst gegarandeerd. Het Hof moest derhalve op zoek naar een oplossing waarbij enerzijds het beginsel van onmiddellijke rechtsbescherming wordt geëffectueerd en anderzijds de uniforme toepassing van EG-recht zoveel mogelijk wordt gewaarborgd.

In deze zoektocht is in de eerste plaats het arrest in de zaak *Foto-Frost* van belang.[199] Het Hof stelde in deze uitspraak voorop dat de nationale rechter niet de bevoegdheid heeft om in een hoofdzaak zelfstandig een handeling van een gemeenschapsinstelling ongeldig te verklaren. Deze bevoegdheid komt exclusief toe aan het Hof zelf. Het Hof beriep zich in dit verband op het primaire doel van de prejudiciële procedure, de uniforme toepassing van het gemeenschapsrecht, en op de noodzakelijke samenhang van het door het Verdrag geschapen stelsel van rechtsbescherming. In een overweging ten overvloede voegde het Hof echter toe, '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'.[200] Aan welke omstandigheden het Hof dacht werd niet nader aangeduid, omdat deze kwestie door de verwijzende rechter niet ter sprake was gebracht.

Door de mogelijkheid van aantasting van een communautaire handeling in een nationale procedure van voorlopige rechtsbescherming in beginsel te erkennen, maar geen nadere voorschriften te geven voor de toepassing hiervan, gaf het Hof de (rechters in de) Lid-Staten de ruimte om eigen criteria te hanteren.[201] Waartoe

199 HvJEG 22 oktober 1987, zaak 314/85, *Foto-Frost*, Jur. 1987, p. 4199.
200 Zaak *Foto-Frost*, r.o. 19.

dit kon leiden, kwam naar voren in de zaak *Commissie tegen Duitsland* inzake het distilleren van tafelwijn.[202] Aanleiding was het bezwaar dat enige wijnboeren hadden gemaakt tegen de krachtens een communautaire verordening opgelegde verplichting om tafelwijn te destilleren. In Duitsland heeft het Widerspruchsverfahren voorafgaand aan een *Anfechtungsklage* schorsende werking, tenzij het bestuursorgaan de onmiddellijke tenuitvoerlegging van het besluit heeft bevolen. In casu was zulks niet geschied omdat naar Duits recht ernstige bezwaren zouden bestaan tegen een dergelijk bevel. Het gevolg was dat de in de verordening genoemde uitvoeringstermijn werd overschreden. Duitsland werd vervolgens door de Commissie ter verantwoording geroepen in een procedure ex artikel 169 EG-Verdrag. In deze procedure kwam het Hof tot een veroordeling. Door geen onmiddellijke tenuitvoerlegging van de beschikkingen te bevelen had Duitsland niet voldaan aan de verplichting om alle noodzakelijke maatregelen te treffen ten einde de uitvoering van de verordening binnen de gestelde termijn te garanderen. Dat er naar Duits recht ernstige bezwaren zouden bestaan tegen een bevel tot onmiddellijke tenuitvoerlegging maakte op het Hof weinig indruk: volgens vaste jurisprudentie kan een Lid-Staat zich niet beroepen op nationale bepalingen, praktijken of situaties ter rechtvaardiging van de niet-nakoming van uit het EG-recht voortvloeiende verplichtingen. Hoewel het Hof derhalve wel raad wist met de manier waarop men in Duitsland de werking van communautaire regels (tijdelijk) meende te kunnen blokkeren, maakt de zaak wel duidelijk dat een nadere regulering van de bevoegdheid om de tenuitvoerlegging van handelingen van gemeenschapsinstellingen op te schorten wenselijk was.

Het oordeel van het Hof in Zuckerfabrik en Atlanta

Deze nadere regulering is door het Hof gegeven in, ten eerste, de gevoegde zaken *Zuckerfabrik Süderdithmarschen en Soest* en, vervolgens, in de zaak *Atlanta*.[203] In de zaak Zuckerfabrik verzochten twee suikerfabrieken de Duitse rechter de schorsing van de, op een gemeenschapsverordening inzake compensatieheffingen in de sector suiker gebaseerde, heffingsbeschikkingen omdat de verordening ongeldig zou zijn. Het Hof werd gevraagd of de nationale rechter in casu de

---

201 Zie ook Vz CBB 14 maart 1990, AB 1990, 367, UCB 1990, 22 m.nt. HZ en Vz CBB 3 april 1990, AB 1990, 368, UCB 1990, nr. 24. In casu schorste de Vz. een nationaal besluit dat was genomen ter uitvoering van Verordening (EEG) nr. 1101/89 betreffende structurele sanering van de binnenvaart, omdat hij twijfelde aan de geldigheid van de in de Verordening opgenomen overgangsregeling. Opmerkelijk is dat de criteria die de Vz. CBB in casu toepaste in grote lijnen overeenstemmen met de criteria die het Hof in 1991 in het hierna te bespreken Zuckerfabrik-arrest zou formuleren. Vgl. R.J.G.M. Widdershoven, a.w., Praktijkboek Bestuursrecht, p. 103.

202 HvJEG 10 juli 1990, zaak C-217/88, *Tafelwijn*, Jur. 1990, p. I-2879; zie hierover P. Oliver, Interim measures: some recent developments, CMLR 1992, p. 7-27, i.h.b. p. 21-22.

203 HvJEG 21 februari 1991, gev. zaken C-143/88 en C-92/89, *Zuckerfabrik*, Jur. 1991, p. I-534 e.v.; AB 1991, 328, m.nt. FhvdB; SEW 1991, p. 670 e.v., m.nt. K.J.M. Mortelmans; Publiek Domein 1991, p. 239-245, met noot A.W.H. Meij; HvJEG 9 november 1995, zaak C-465/93, *Atlanta I*, n.n.g., SEW-katern, Jurisprudentie EG 1 (1996), p. 1, EuZW, Heft 24/1995, p. 837-841, m.a. F. Burmeister en G. Miersch.

bevoegdheid toekwam om bij wege van voorlopige maatregel de werking van de heffingsbeschikkingen op te schorten.

In de zaak Atlanta ging het om een Raadsverordening houdende een gemeenschappelijke ordening der markten in de sector bananen (de bananenverordening).[204] Krachtens deze verordening worden op de invoer van bananen uit derde landen en niet-traditionele ACS-bananen, die een bepaald tariefcontingent te boven gaat, zeer hoge rechten ('straftarief') geheven. Atlanta, een traditionele importeur van bananen uit derde landen, werd hierdoor geconfronteerd met een forse beperking van zijn invoermogelijkheden. Omdat het bedrijf twijfels had over de geldigheid van de bananenverordening stelde het beroep in bij het Verwaltungsgericht te Frankfurt. Voorts verzocht het deze rechter om het nationale uitvoeringsorgaan te gelasten bij wege van voorlopige maatregel (extra) certificaten voor de invoer van bananen onder een gunstig tarief af te geven. In een prejudiciële vraag stelde het Verwaltungsgericht in de eerste plaats de geldigheid van de verordening aan de orde.[205] Bovendien vroeg het gerecht of in een geval als het onderhavige een voorlopige maatregel als gevraagd kon worden toegewezen.

In beide zaken gaat het Hof op zoek naar de balans tussen het garanderen van effectieve, onmiddellijke rechtsbescherming enerzijds en de uniforme toepassing van gemeenschapsrecht anderzijds. Voor wat betreft het eerste aspect komt het Hof tot het oordeel dat de nationale kort-gedingrechter inderdaad bevoegd is de toepassing van gemeenschapsverordeningen in de Lid-Staat tijdelijk op te schorten (Zuckerfabrik), alsook om een positieve maatregel te treffen die de toepassing van een verordening voorlopig opheft (Atlanta). Het *recht op rechtsbescherming* dat particulieren hebben om bij wege van incident de wettigheid van een gemeenschapsverordening voor de nationale rechter te betwisten en hem te verzoeken het Hof een prejudiciële vraag te stellen, zou in gevaar worden gebracht wanneer niet in afwachting van een arrest van het Hof een voorlopige voorziening zou kunnen worden getroffen.[206] In dit verband wijst het Hof op zijn eigen bevoegdheid ingevolge de artikelen 185 en 186 EG-Verdrag om in het kader van een beroep tot nietigverklaring van een gemeenschapshandeling de bestreden handeling op te schorten, dan wel de noodzakelijke voorlopige maatregelen te treffen. Nu deze bepalingen niet van toepassing zijn op de prejudiciële procedure verlangt de samenhang van het stelsel van voorlopige rechtsbescherming dat de nationale rechter deze kort-gedingbevoegdheden uitoefent.[207]

Om echter te voorkomen dat de *uniforme toepassing* van het EG-recht in gevaar zou komen tengevolge van de uiteenlopende voorwaarden die in de Lid-Staten (volgens maatstaven van nationaal recht) gelden voor de opschorting van bestuurshandelingen, formuleerde het Hof wel een aantal uniforme, communautaire criteria die de nationale rechter in geval van opschorting van de tenuit-

---

204 Vo EG, nr. 404/93 van 13 februari 1993, Pb. 1993, 147/1. De 'bananenaffaire' kwam reeds ter sprake in par. 1.2.

205 VG Frankfurt a.M., 1 december 1993, EuZW 1994, p. 157-159.

206 Zaak *Zuckerfabrik*, r.o. 16; zaak *Atlanta*, r.o. 20.

207 Zaak *Zuckerfabrik*, r.o. 18; zaak *Atlanta*, r.o. 22 en 27-28.

voerlegging van een verordening in acht moest nemen. Deze voorwaarden zijn dezelfde als degene die gelden voor het kort geding voor het Hof ingevolge de artikelen 185 en 186 EG-Verdrag. Op grond hiervan is opschorting alleen mogelijk, indien:[208]

a. de nationale rechter ernstige twijfel omtrent de geldigheid van de verordening koestert;
b. de opschorting een voorlopig karakter draagt, namelijk totdat het Hof de geldigheidsvraag heeft beantwoord. Wanneer de vraag nog niet is voorgelegd aan het Hof moet de nationale rechter deze vraag zelf verwijzen;
c. de zaak spoedeisend is en voor de verzoeker ernstige en onherstelbare schade dreigt. Zuiver geldelijke schade wordt in beginsel niet als onomkeerbaar beschouwd, zij het dat de nationale rechter de bijzonderheden van iedere afzonderlijke zaak moet onderzoeken en moet beoordelen of niet-opschorting voor de verzoeker onomkeerbare nadelen meebrengt, die niet kunnen worden hersteld indien de verordening ongeldig wordt verklaard;
d. de nationale rechter naar behoren rekening houdt met het belang van de Gemeenschap, hetgeen betekent dat hij verordeningen niet overhaast buiten toepassing mag laten en dat hij moet nagaan of aan de betrokken verordening niet elke nuttige werking wordt ontnomen, wanneer zij niet onmiddellijk wordt toegepast. Wanneer de opschorting financiële risico's voor de Gemeenschap kan meebrengen, dient de nationale rechter voorts de mogelijkheid te hebben om van de verzoeker toereikende zekerheden te verlangen, zoals borgstelling en sequestratie;
e. de nationale rechter bij de beoordeling van de voorwaarden van het treffen van de maatregel in kort geding de uitspraken van het Hof of het Gerecht van eerste aanleg over de wettigheid van de verordening eerbiedigt.[209] Wanneer het Hof een beroep tot nietigverklaring van de betrokken verordening ten gronde heeft verworpen of wanneer het in het kader van een prejudiciële procedure geen feiten en omstandigheden heeft vastgesteld die de geldigheid van de verordening kunnen aantasten, mag de nationale rechter geen voorlopige maatregelen meer treffen of dient hij deze te beëindigen, tenzij voor hem andere gronden worden aangevoerd dan in de nietigheids- of prejudiciële procedure door het Hof zijn afgewezen.

Evaluatie en beoordeling

Nationale kort-gedingprocedures in geldigheidskwesties zijn in hoge mate ge-

---

208 De eerste vier criteria worden genoemd in de zaak *Zuckerfabrik*, r.o. 27-33 en bevestigd in de zaak *Atlanta*, r.o. 32; het vijfde criterium komt uit de zaak *Atlanta*, r.o. 46-51.

209 Deze toevoeging heeft alles te maken met de specifieke omstandigheden van de zaak *Atlanta*. De gronden waarom de Duitse rechter twijfelde aan de geldigheidheid van de bananenverordening waren vrijwel alle reeds aangevoerd door Duitsland in een procedure tegen de betreffende verordening en waren door het Hof zowel in kort geding als in de hoofdzaak afgewezen. Vgl. Beschikking HvJEG 29 juni 1993, zaak C-280/93 R, *Duitsland/Raad*, Jur. 1993, p. I-3667 en arrest HvJ 5 oktober 1994, zaak C-280/93, *Duitsland/Raad*, Jur. 1994, p. I-4973, EuZW 1994, p. 688.

communautariseerd. Alleen aspecten van formeel procesrecht, zoals het aanwijzen van de bevoegde rechter en de formele procedureregels worden nog door het nationale recht bepaald.[210] De nationale rechter moet echter communautaire beoordelingscriteria toepassen, namelijk de criteria die gelden voor het kort geding bij het Hof. De ratio voor het opleggen van deze communautaire criteria is, in algemene zin, het verzekeren van een uniforme toepassing van EG-recht. Dat het communautaire ingrijpen juist bij geldigheidskwesties zo ver gaat heeft alles te maken met de bijzondere positie van de nationale kort-gedingrechter. In geldigheidskwesties staat (indirect) de wetmatigheid van een handeling van een gemeenschapsinstelling ter discussie. Het oordeel hierover wordt na prejudiciële verwijzing uiteindelijk exclusief gegeven door het Hof. De wetmatigheid van gemeenschapshandelingen kan onder zekere voorwaarden ook door middel van een beroep tot nietigverklaring bij het Hof aan de orde worden gesteld; in het kader van dit beroep kunnen justiabelen ingevolge de artikelen 185 en 186 EG-Verdrag een kort geding aanspannen bij het Hof. In de prejudiciële procedure ontbreekt op communautair niveau de mogelijkheid van voorlopige rechtsbescherming. Deze leemte mag op grond van de zaken Zuckerfabrik en Atlanta worden opgevuld door de nationale rechter. Alsdan treedt deze echter wel op als *plaatsvervanger van het Hof in kort geding*, als communautaire kort-gedingrechter. Of zoals het Hof het zelf stelt: de bevoegdheid van de nationale rechter om in casu voorlopige rechtsbescherming te verlenen 'komt overeen met de bij de artikelen 185 en 186 EG-Verdrag toegekende bevoegdheid van het Hof'.[211] Gelet hierop is het niet zo vreemd dat hij ook de criteria die het Hof in kort geding heeft ontwikkeld, moet toepassen.[212]

Het voorafgaande verklaart voorts waarom het communautaire ingrijpen in de onderhavige materie zoveel verder gaat en kan gaan dan bij andere procesrechtelijke thema's. Bij deze andere thema's oefent de nationale rechter zijn taak als *juge de droit commun* uit binnen het kader van het nationale procesrecht; wel is dit nationale procesrecht meer of minder verregaand door het Hof gecommunautariseerd ten einde een effectieve rechtsbescherming van de aan particulieren door het EG-recht toegekende rechten en daarmee een effectieve doorwerking van EG-recht te verzekeren. In geldigheidskwesties treedt de nationale kort-gedingrechter op als ware hij communautaire rechter. In deze rol moet hij communautaire criteria toepassen en niet, meer of minder verregaand gecommunautariseerde, nationale criteria.

---

210 Het Hof spreekt in deze van de 'indiening en instructie van het verzoek (om voorlopige rechtsbescherming)'. vgl. zaak *Zuckerfabrik*, r.o. 26.

211 Zaak *Zuckerfabrik*. r.o. 27 en zaak *Atlanta*, r.o. 39.

212 De kritiek van Mortelmans in zijn noot onder de zaak *Zuckerfabrik*, SEW 1991, p. 677 e.v., dat het Hof de taak van de nationale kort-gedingrechter in casu te verplichtend inkadert, deel ik dan ook niet.

5.3 De nationale kort-gedingrechter als communautaire rechter

5.3.1 Communautaire criteria in de nationale rechtsorde

De communautaire criteria zijn in paragraaf 5.2 bij de zaken Zuckerfabrik en Atlanta vermeld en behoeven geen uitvoerige bespreking.[213] Het eerste en belangrijkste criterium is dat de nationale rechter ernstige twijfel omtrent de geldigheid van de verordening moet koesteren. In de literatuur omtrent voorlopige rechtsbescherming bij het Hof wordt deze voorwaarde het *fumus boni iuris* genoemd:[214] de voorlopige maatregel moet prima facie gerechtvaardigd voorkomen. Op grond hiervan moet er een juridische band bestaan tussen kort geding en hoofdzaak. Alleen als voldoende waarschijnlijk is dat een particulier in de hoofdzaak gelijk zal krijgen, is er in beginsel reden voor het treffen van een voorlopige voorziening. Bij de beoordeling van de vraag hoe de uitspraak in de hoofdzaak waarschijnlijk zal luiden moet de kort-gedingrechter de jurisprudentie van het Hof als richtsnoer nemen: dit betekent dat de nationale rechter rekening moet houden met de omvang van de beoordelingsmarge die volgens deze rechtspraak afhankelijk van de betrokken sector aan de gemeenschapsinstellingen moet worden gelaten.[215] De mate waarin de fumus boni iuris bepalend is voor de uitkomst van het kort geding kan overigens in het concrete geval variëren. Hoe ingrijpender de verlangde voorlopige voorziening hoe groter de fumus boni iuris: gaat het om louter conservatoire en instructiemaatregelen dan zal de rechter zich milder tonen.

De andere criteria voor het toewijzen van een voorlopige voorziening moeten mede in het licht van de fumus boni iuris worden beoordeeld. Zo is de dreiging van ernstige en door de latere uitspraak in de hoofdzaak niet meer te herstellen schade voor de betrokken particulier – denk vooral aan een dreigend faillissement – weliswaar een noodzakelijke voorwaarde voor de toewijzing van een verzoek om een voorlopige voorziening, het is echter geen voldoende voorwaarde. Dreigende en onherstelbare schade zal in het algemeen alleen dan tot toewijzing leiden indien voorts voldoende waarschijnlijk is dat de gemeenschapshandeling in de hoofdzaak ongeldig zal worden verklaard. Ten slotte moet het belang dat de verzoeker in kort geding beschermd wil zien, worden afgewogen tegen de nadelen van de verlangde voorlopige maatregel voor het *algemene belang van de Gemeen-*

---

213 Vgl. in dit verband de diverse noten onder de zaak *Zuckerfabrik*, zie noot 7; zie voorts R. Widdershoven en R. de Lange, Tendencies towards European standards in national administrative law in the Netherlands, Utrecht 1995, p. 99-101.

214 J.P. Mertens De Wilmars, Het kort geding voor het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen, SEW 1986, p. 32-54, i.h.b. p. 42-48; Kapteyn-Verloren van Themaat, Inleiding tot het recht van de Europese Gemeenschappen na Maastricht, Deventer 1995, vijfde druk, p. 168-171.

215 Zaak *Atlanta*, r.o. 37. Op veel communautaire beleidsterreinen zijn de bestuurlijke appreciatiemarges ruim en is de toetsing van het bestuurlijk handelen door het Hof derhalve nogal marginaal. Vgl. R. Barentz, De communautaire rechter tegenover burocratie en politiek, RM Themis 1995/5, p. 219-226.

schap. Wanneer een voorlopige voorziening door zijn draagwijdte en mogelijke gevolgen het belang van de Gemeenschap verregaand aantast, worden zeer hoge eisen aan het individuele belang gesteld. Voor een nationale kort-gedingrechter kan deze eis een forse barrière betekenen om in een geldigheidskwestie een voorlopige voorziening te treffen. Opschorting van een communautaire rechtsregeling grijpt in het algemeen immers diep in in het belang van de Gemeenschap en betekent een aantasting van de nuttige werking van de betreffende regeling. Omgekeerd is er meer ruimte voor het treffen van een voorlopige maatregel naarmate dit oordeel meer kan worden gerelateerd aan de specifieke situatie van de verzoeker.[216]

Vergeleken met het toetsingskader van de Nederlandse bestuursrechter in kort geding ingevolge artikel 8:81 Awb ('onverwijlde spoed, gelet op de betrokken belangen') doen de communautaire beoordelingscriteria nogal streng aan. Niettemin lijkt mij de toepassing van deze strenge criteria voor de Nederlandse bestuursrechter niet al te problematisch, omdat de afstand tot de Nederlandse bestuursrechtelijke kort-gedingpraktijk niet zo groot is. Weliswaar suggereert artikel 8:81 Awb dat het in voorlopige-voorzieningsprocedures uitsluitend zou gaan om een belangenafweging, in de praktijk speelt de *voorlopige rechtmatigheidstoetsing* ook in louter nationale gedingen een belangrijke rol: het voorlopige oordeel van de President over de hoofdzaak is in veel gevallen bepalend voor het al dan niet treffen van een voorlopige voorziening.[217] Het fumus boni iuris wordt aldus in de nationale bestuursrechtpraktijk reeds toegepast.

Daaraan kan nog het volgende worden toegevoegd. Geldigheidskwesties voor de nationale kort-gedingrechter hebben veelal betrekking op financiële communautaire aanspraken. In nationale geschillen omtrent *financiële aanspraken* zijn Nederlandse bestuursrechtelijke kort-gedingrechters in het algemeen terughoudend bij het toewijzen van een verzoek om voorlopige voorziening. Illustratief in deze zijn de overwegingen van de President van de Utrechtse rechtbank die voor het treffen van een voorlopige voorziening in een geschil omtrent de intrekking van een uitkering slechts ruimte zag, indien 'op grond van de beschikbare gegevens met een grote mate van waarschijnlijkheid moet worden aangenomen dat het bestreden besluit in rechte geen stand kan houden en bovendien feiten en omstandigheden aanwijsbaar zijn die meebrengen dat uit hoofde van onverwijlde spoed een onmiddellijke voorziening is vereist'. Voorts moet de president in de afweging van belangen betrekken de vraag naar 'het risico van onmogelijkheid van terugbetaling door de verzoeker', indien de uitspraak in hoofdzaak daartoe

---

216 Vgl. in dit verband de zaak *Atlanta*, r.o.: bij de beoordeling van het belang van de Gemeenschap moet de nationale rechter 'rekening houden met de afbreuk die de maatregel in kort geding kan doen aan de rechtsregeling die die verordening in de gehele Gemeenschap tot stand heeft gebracht. Hij dient enerzijds het cumulatief effect dat ontstaat indien tal van rechters om dezelfde redenen eveneens maatregelen in kort geding treffen, en anderzijds de specifieke situatie die de verzoeker van de andere betrokken marktdeelnemers onderscheidt, in aanmerking te nemen'.

217 J.B.J.M. ten Berge, Bescherming tegen de overheid, Zwolle 1995, derde druk, p. 285; Commentaar Awb, artikel 8:81 (P.M. Langbroek), aantekening 6.

noopt.[218] Deze criteria vertonen duidelijke overeenkomsten met de criteria die het Hof in de zaak Zuckerfabrik voorschrijft aan de nationale kort-gedingrechter. Al met al kan de Nederlandse bestuursrechter zijn rol als communautaire kort-gedingrechter in geldigheidskwesties spelen zonder dat hij al te veel hoeft af te wijken van de wijze waarop hij vergelijkbare nationale gedingen beoordeelt.

Voor de Duitse bestuursrechtspraak ligt dit anders. Zoals blijkt uit het, in paragraaf 1.2 reeds vermelde, arrest van het Bundesverfassungsgericht van 25 januari 1995 inzake de toepassing van de communautaire bananenverordening heeft dit gerecht zich nog niet neergelegd bij de visie van het Hof dat de nationale kort-gedingrechter in geldigheidskwesties optreedt als communautaire rechter die de tamelijk strenge criteria voor het kort geding bij het Hof moet toepassen. Het Bundesverfassungsgericht gaat er daarentegen van uit dat de taak van de Duitse kort-gedingrechter ook in geldigheidskwesties eerst en vooral wordt bepaald door het in artikel 19 IV Grundgesetz neergelegde *Gebot eines effektiven Rechtsschutzes*.[219] Dit brengt onder meer met zich dat een verzoek om voorlopige voorziening in het kader van een Verpflichtungsklage tegen een afwijzende Verwaltungsakt in beginsel moet worden gehonoreerd, indien bij niet toewijzing een ernstige schending van een grondrecht dreigt die in de hoofdzaak niet meer kan worden hersteld. Niet het fumus boni iuris, maar de dreiging van onherstelbare schade staat in deze benadering derhalve voorop. In de concrete zaak had de toetsing aan artikel 19 IV Grundgesetz tot gevolg dat de Duitse kort-gedingrechter een verzoek om bij voorlopige voorziening extra importcontingenten voor bananen met een gunstig douanetarief toe te kennen, moest honoreren dat volgens de communautaire Zuckerfabrik-criteria hoogst waarschijnlijk zou zijn afgewezen (vgl. paragraaf 1.2). Zie ik het goed dan biedt de onderhavige casus een goed voorbeeld van de aanvullende grondrechtenbescherming die het Bundesverfassungsgericht ingevolge zijn Maastricht-Urteil meent te kunnen verlenen bij de uitvoering van EG-recht op Duits grondgebied. Uit de casus blijkt voorts tot welke botsingen op hoog niveau dit Urteil kan leiden.

5.3.2 Diversiteit in de toepassing van uniforme criteria

De Japanse visaffaire

Ook op wat meer 'down to earth-niveau' roept de rol van de nationale kort-gedingrechter in geldigheidskwesties overigens interessante juridische vragen op. Illustratief in dit verband is de Japanse visproduktenaffaire.[220] In april 1995

---

218 Pres. Rb. Utrecht 9 juni 1995, JB 1995, nr. 213. In zijn noot stelt Stroink (terecht) dat deze criteria zich lenen voor algemene toepassing in voorlopige-voorzieningsprocedures tegen financiële beschikkingen.

219 BVerfG 25 januari 1995, EuZW 1995, 126. Kritisch hierover M. Nettesheim, Art. 23 GG, Nationale Grundrechte und EU-Recht, NJW 1995, p. 2083-2085. Zie over Duitse schorsingsprocedures in algemene zin A.J. Bok, Rechtsbescherming in Frankrijk en Duitsland, Deventer 1992, tweede druk, p. 164-168.

220 Hierover: R. de Lange en S. Prechal, De glibberigheid van geloofwaardigheid: over EG-recht en nationale rechtspraak, in: De geloofwaardigheid van de rechter, RAIO-Con-

vaardigt de Commissie op basis van artikel 19 van Richtlijn 90/675/EEG een Beschikking uit op grond waarvan de Lid-Staten verplicht zijn over te gaan tot een verbod van de import van alle Japanse visprodukten. De Beschikking is gebaseerd op de bevindingen van een namens de Commissie in Japan uitgevoerde deskundigenmissie waarbij is vastgesteld dat er tekortkomingen zijn op het gebied van de hygiëne bij de produktie, verwerking en opslag van visprodukten. Meer in het bijzonder blijkt het Japanse controle-systeem van de hygiëne in visinrichtingen niet te voldoen aan de maatstaven die zijn vermeld in Richtlijn 91/493/EEG. De Beschikking wordt in alle Lid-Staten en dus ook in Nederland, Engeland en Spanje uitgevoerd. Dit roept de nodige reactie op. Een Spaans bedrijf stelt rechtstreeks beroep in tegen de Beschikking bij het Gerecht van Eerste Aanleg.[221] Op dit beroep is nog geen uitspraak gedaan. In Nederland en Engeland spannen visbedrijven een kort geding aan bij de nationale rechter tegen de op de Beschikking gebaseerde weigeringen van de import van partijen Japanse visprodukten door de respectievelijke nationale uitvoeringsorganen. De Nederlandse zaak betreft de import van partijen Japanse visprodukten door het bedrijf Affish; tot tweemaal toe verzoekt dit bedrijf de President van het CBB een voorlopige voorziening te treffen.[222] In de Engelse zaak wordt het kort geding aangespannen door het bedrijf MacRae Seafoods bij het High Court of Justice, Queens Bench Division.[223] In beide kort gedingen wordt de opschorting van de Commissie-beschikking gevorderd.

Het valt op dat beide rechters, hoewel zij vergelijkbare verzoeken beoordelen aan de hand van de uniforme Zuckerfabrik-criteria, komen tot een geheel verschillend oordeel. De President van het CBB schort de tenuitvoerlegging van de Beschikking tijdelijk op wegens ernstige twijfel over de geldigheid hiervan, waarbij hij een prejudiciële vraag stelt aan het Hof.[224] De Engelse rechter wijst het verzoek af. Het hanteren van uniforme criteria garandeert kennelijk geen uniforme resultaten. De uiteenlopende uitkomsten van beide procedures worden deels veroorzaakt door het feit dat men uitgaat van een ander relevant juridische kader. Omdat dit wel een erg specifiek punt is voor een algemeen preadvies ga ik hier verder niet op in.[225] Van meer algemeen belang is het verschil in benadering

---

gres-bundel 1996, n.n.g.

221 Zaak T-136/95, Industria del Frio Auxiliar Conservera SA v. Commissie (actie tot vernietiging en schadevergoeding).

222 Pres. CBB 24 mei 1995, *Affish I*, RAwb 1995, nr. 73, m.a. dzz ; JB 1995, 195, m.nt. De Lange en Lugt; SEW 1996, p. 31-32, m.nt. R.H. van Ooik. Zie voorts de vervolgprocedure Pres. CBB 24 augustus 1995, *Affish II*, RAwb 1995, nr. 96, m.a. dzz.

223 Queens Bench Division (Justice Laws), 12 juni 1995, The Queen v. Secretary of State ex p. MacRae Seafoods & Anr, Cas nr. CO/1615/95.

224 Zaak C-183/95, Pb. 1995, C 208/12.

225 Kort gezegd stelt de Pres. CBB de grondslag van de omstreden Beschikking, artikel 19 Richtlijn 90/675/EEG, centraal. Het invoerverbod wordt vervolgens getoetst aan het hierin verwoorde evenredigheidsbeginsel hetgeen leidt tot het oordeel dat er ernstige twijfel over de geldigheid hiervan bestaat. Met name kan een invoerverbod van *alle* visprodukten uit *alle* delen van Japan onvoldoende worden gerechtvaardigd door een deskundigenmissie die slechts enkele van de vele tientallen Japanse visbedrijven, die bovendien alle gesitueerd

tussen beide rechters van het vierde Zuckerfabrik-criterium *rekening houden met het EG-belang* en het daarmee samenhangende verschil in de mate van indringendheid waarmee de Commissie-Beschikking wordt getoetst.

Voor de President van het CBB is dit criterium als het ware het sluitstuk van de uitspraak. De President van het CBB stelt eerst vast dat er gelet op het beperkte karakter van de deskundigenmissie ernstige twijfel bestaat over de evenredigheid van het totale invoerverbod van alle Japanse vis. Nadat vervolgens ook het spoedeisend belang van Affish is aangetoond, wijdt de President enige overwegingen aan de te treffen voorlopige voorziening. Hieruit blijkt dat de schorsing van de toepassing van de Commissie-Beschikking slechts betrekking zal hebben op vier door Affish in te voeren partijen visprodukten en dat bij voorlopige voorziening bovendien een zeer strenge controle op de invoer hiervan zal worden voorgeschreven. Gelet op het beperkte karakter van deze voorziening oordeelt de President vervolgens dat geen onnodige afbreuk wordt gedaan aan het communautaire belang inzake de volle werking van het gemeenschapsrecht. Bovendien zijn financiële belangen van de EG, die aan toewijzing in de weg zouden kunnen staan, in dit geding niet aan de orde. In het oordeel van de Engelse rechter wordt het communautaire belang van de bescherming van de volksgezondheid reeds meegewogen bij de beantwoording van de vraag of er ernstige twijfel over de geldigheid van de Beschikking bestaat. Het eerste en vierde Zuckerfabrik-criterium worden derhalve in samenhang besproken. Mede in verband met het EG-belang concludeert de rechter dat voor het opschorten van Commissie-Beschikking alleen plaats is in uitzonderlijke gevallen waarin 'clear and strong grounds' bestaan om aan de geldigheid van dit besluit te twijfelen. Daarom kan het beroep op het evenredigheidsbeginsel alleen worden gehonoreerd als de eiser een *apparant disproportionality* in de Commissie-Beschikking kan aantonen. Dit lukt eiser geenszins.[226] De maatstaf 'klaarblijkelijke onevenredigheid' die de Engelse rechter aanlegt voor het ongeldig verklaren van de Beschikking is beduidend strenger dan die van de President van het CBB, waarmee de toetsing van de Engelse rechter veel terughoudender wordt dan die van zijn Nederlandse collega.

Welke benadering het meest in overeenstemming is met kort-gedingrechtspraak van het Hof is moeilijk te bepalen. Enerzijds wordt – conform de aanpak van de President van het CBB – ook in de rechtspraak van het Hof een verzoek om voorlopige voorziening eerder toegewezen indien de strekking daarvan

---

zijn in het noord-oosten van Japan, heeft bezocht. In de uitspraak van de Engelse rechter komt artikel 19 Richtlijn 90/675/EEG überhaupt niet ter sprake. Hij oriënteert zich daarentegen geheel op de eisen van Richtlijn 91/493/EEG. Omdat ook op basis van een beperkte deskundigenmissie kan worden vastgesteld dat het Japanse controlesysteem *as such* niet voldoet aan de eisen van deze richtlijn heeft het beroep op het evenredigheidsbeginsel geen enkele kans. Het niet-functioneren van een controle-systeem kan immers ook op basis van een beperkte steekproef worden vastgesteld.

226 Daarnaast deed MacRae Seafoods nog een beroep op het vertrouwensbeginsel, omdat de omstreden partijen Japanse vis reeds onderweg waren naar Engeland toen het invoerverbod werd afgekondigd. Ook dit beroep werd afgewezen.

beperkt is. Anderzijds moet de Engelse rechter worden toegegeven dat het belang van de volksgezondheid in het algemeen als een zeer 'gewichtig' EG-belang moet worden beschouwd. Bovendien heeft toewijzing van het onderhavige verzoek onmiskenbaar een zeker concurrentievervalsend effect, hetgeen vanuit EG-optiek uiteraard niet wenselijk is. Gelet hierop lijkt de meer terughoudende toetsing door de Engelse rechter zeker ook verdedigbaar. Wat hier verder van zij, achter het verschil in benadering zou mijns inziens ook een verschil in nationale rechtstraditie schuil kunnen gaan. In dit verband kan erop worden gewezen dat de Nederlandse kort-gedingrechters reeds een lange traditie van voorlopige-voorzieningsprocedures tegen de overheid hebben, terwijl het de Engelse rechter tot het Factortame-arrest van het Hof van Justitie in 1990 verboden was een voorlopige maatregel te gelasten tegen de Crown. De meer terughoudende benadering van de Engelse rechter en het grote gewicht dat hij toekent aan het (communautaire) overheidsbelang zou mede met dit verschil in traditie kunnen samenhangen. Dat beide rechters in casu optreden als communautaire kortgedingrechters die communautaire criteria toepassen doet hieraan niet af. Bij de toepassing van de uniforme communautaire criteria op een concreet geval hebben nationale rechters altijd een zekere beoordelingsruimte; het is onvermijdelijk dat bij de invulling hiervan de nationale tradities en gewoonten een meer of minder grote rol spelen.

Consequenties van uiteenlopende rechtspraak

De uitspraak van de President van het CBB heeft als gevolg dat Affish in Nederland onder omstandigheden Japanse visprodukten kan invoeren, terwijl dit aan importeurs in andere landen, onder meer MacRae Seafoods in Engeland, niet is toegestaan. In deze Lid-Staten heeft het door de Commissie uitgevaardigde invoerverbod immers nog wel volledige gelding. Dit roept twee vragen op: hoe zit het met de grensoverschrijdende werking van de uitspraak van de President van het CBB? En, in hoeverre moeten voor zaken als de onderhavige nadere institutionele voorzieningen worden getroffen?

De problematiek van de *grensoverschrijdende werking* van de uitspraak van de President heeft de volgende achtergrond. Zeer wel denkbaar is dat Affish de op grond van deze uitspraak geïmporteerde Japanse visprodukten doorvoert naar andere Lid-Staten. De vraag die in deze landen kan worden opgeworpen is of zij deze visprodukten die niet voldoen aan de communautaire gezondheidsmaatstaven en die via havens in hun land ook niet rechtmatig hadden kunnen worden ingevoerd vanwege het geldende invoerverbod van de Commissie, toch moeten toelaten nu Affish deze in Nederland rechtmatig heeft ingevoerd. Anders gezegd: heeft het oordeel van de President grensoverschrijdende betekenis of geldt het alleen op Nederlands grondgebied? Mijns inzien moet het vertrekpunt voor de beantwoording van deze vraag zijn het gegeven dat de President van het CBB in geldigheidskwesties als de Affish-zaak optreedt als communautaire kort-gedingrechter, als plaatsvervanger van het Hof in kort geding. In die rol heeft de President de tenuitvoerlegging van de Commissie-Beschikking in een specifiek geval opgeschort, omdat hij in het licht van het (hogere) communautaire recht –

namelijk het in artikel 19 Richtlijn 90/675 geïncorporeerde evenredigheidsbeginsel – ernstige twijfel heeft over de geldigheid van de Beschikking. Aangezien de President in een kort geding over geldigheidskwesties in hoogste instantie optreedt, moet voorlopig, totdat uit Luxemburg een andersluidend oordeel komt,[227] worden aangenomen dat het oordeel van de President voor het concrete geval meer in overeenstemming is met het communautaire recht dan de Commissie-Beschikking. De import van de desbetreffende partijen Japanse visprodukten door Affish moet derhalve voorlopig als communautair-rechtmatig worden aangemerkt. Nu de betrokken visprodukten op rechtmatige wijze Nederland zijn binnengekomen is er geen enkele reden waarom zij niet naar andere Lid-Staten zouden mogen worden uitgevoerd. Volgt men deze redenering dan heeft de uitspraak van de President in zoverre binnen de Europese Gemeenschap inderdaad grensoverschrijdende werking: deze uitspraak moet ook door de autoriteiten van andere Lid-Staten worden gerespecteerd.

Als gevolg van de Affish-uitspraak bestaat in Europa een onwenselijke situatie van rechtsongelijkheid: Affish wordt bevoordeeld ten opzichte van importeurs van Japanse vis in andere Lid-Staten. Deze situatie kan er zelfs toe leiden dat handelsstromen worden verlegd en ook andere importeurs hun Japanse visprodukten via Rotterdam gaan aanvoeren. Dit roept de vraag op of voor zaken als onderhavige geen *nadere institutionele voorzieningen* moeten worden getroffen. Hierbij denk ik niet zozeer aan een verdere aanscherping van de criteria uit de zaken Zuckerfabrik en Atlanta. In de eerste plaats zijn deze criteria al behoorlijk streng. Daarbij is het ook bij nog strengere criteria niet uitgesloten, dat de toepassing hiervan door allerlei nationale kort-gedingrechters in de Lid-Staten tot uiteenlopende oordelen zal leiden. Eerder zou men moeten denken aan maatregelen waardoor de uitspraak van het Hof in de prejudiciële procedure kan worden bespoedigd; aldus wordt aan de situatie van rechtsongelijkheid op korte termijn een einde gemaakt. Het Hof zou in deze een bijdrage kunnen leveren door de zaken als hier aan de orde, waarin de nationale kort-gedingrechter ernstige twijfel over de geldigheid van een gemeenschapshandeling koestert, met voorrang te behandelen. Daarnaast zou men op communautair niveau wellicht kunnen overwegen om voor de geldigheidskwesties bij het Hof de mogelijkheid van een kort-gedingprocedure hangende de prejudiciële procedure in te voeren.

---

227 Dit antwoord kan worden gegeven door het Hof naar aanleiding van de prejudiciële vraag van de Pres. CBB. De President moet daarnaast het beroep van het Spaanse bedrijf Industria del Frio Auxaliar Conservera SA tegen de omstreden Beschikking bij het GEA in de gaten houden (zaak T-136/95, zie noot 221). Gelet op het oordeel van het Hof in de zaak Atlanta moet de nationale rechter (ook) een in kracht van gewijsde gegaan arrest van het GEA waarbij een beroep tot nietigverklaring van de Beschikking is afgewezen eerbiedigen (r.o. 46). Komt het GEA in de Spaanse zaak tot een afwijzing dan zal de President de in Affish getroffen voorlopige maatregel moeten beëindigen, tenzij de door het GEA afgewezen onwettigheidsgronden andere zijn dan die in de Affish-zaak.

5.3.3 *Enige procesrechtelijke complicaties*

De rol van de Nederlandse kort-gedingrechter in geldigheidskwesties geeft ten slotte aanleiding tot twee opmerkingen van procesrechtelijke aard. De eerste opmerking betreft de Zuckerfabrik-eis, dat, wanneer de opschorting van een gemeenschapshandeling door de nationale rechter financiële risico's voor de Gemeenschap kan meebrengen, de nationale rechter de mogelijkheid dient te hebben om van de verzoeker toereikende *zekerheden* te verlangen.[228] In de regeling van de voorlopige voorziening van titel 8.3 Awb wordt deze bevoegdheid aan de President niet toegekend; artikel 8:84 Awb geeft slechts de mogelijkheid om een verzoek om voorlopige voorziening geheel of gedeeltelijk toe te wijzen. Het gaat mijns inziens te ver deze bepaling zodanig te interpreteren dat zij ruimte zou bieden voor het onder voorwaarde van het storten van een financiële waarborg schorsen van een besluit.[229] Voor het opleggen van een financiële verplichting door de rechter is een expliciete nationale wettelijke grondslag nodig. De Awb-wetgever zou op dit punt actie moeten ondernemen.

De tweede opmerking betreft de procespositie in de nationale kort-gedingprocedure van de gemeenschapsinstelling die de handeling heeft verricht waarvan de geldigheid wordt bestreden. Hoewel daaromtrent geen eisen worden gesteld in Zuckerfabrik of Atlanta wordt in de literatuur de stelling verdedigd, dat een nationale rechter die te maken krijgt met een kansrijk verzoek om de tenuitvoerlegging van een gemeenschapshandeling op te schorten, de betrokken gemeenschapsinstelling in de gelegenheid moet stellen om te worden gehoord.[230] Hoewel op dit punt waarschijnlijk geen harde verplichting kan worden aangenomen, omdat de nationale verweerder wordt verondersteld het EG-belang te vertegenwoordigen, zijn er naar mijn opvatting goede argumenten om hiertoe inderdaad over te gaan. In de eerste plaats kan worden gewezen op het in artikel 5 EG-Verdrag neergelegde samenwerkingsbeginsel op grond waarvan gemeenschapsinstellingen en Lid-Staten over en weer *loyaal* moeten samenwerken (beginsel van wederkerige loyaliteit): dit beginsel is van bijzonder belang in de betrekkingen met de gerechtelijke autoriteiten van de Lid-Staten.[231] Daarnaast kan het *verdedigingsbeginsel* als basis dienen. In geldigheidskwesties staat (indirect) de rechtmatigheid van een produkt van een EG-instelling ter discussie. De taak van de nationale rechter in deze komt overeen met die van het Hof in kort

---

228 Zie voor deze kritiek reeds Van der Burg in zijn noot onder de zaak Zuckerfabrik in de AB, p. 882, en A.J.C. de Moor-van Vugt en K.J.M. Mortelmans, Europees bestuursrecht: de oude en de nieuwe agenda, NTB 1993, p. 14.

229 Terzijde kan in dit verband worden gewezen op de storm van kritiek die losbarstte toen de Vz AR in een voorlopige-voorzieningsprocedure een waarborgsom verhoogde: Vz AR, 10 augustus 1989, Gem.stem 6899, p. 209-210, met kritische noot van Hennekens, tB/S 1989, nr. 123, met dito noot van Ten Berge.

230 Bijv. Mortelmans en Meij in hun noten onder het Zuckerfabrik-arrest in respectievelijk SEW 1991, p. 670 e.v. en Publiek Domein 1991, p. 239-245.

231 HvJEG 13 juli 1990, zaak C-2/88 Imm., *Zwartveld*, Jur. 1990, p. I-3665, SEW 1990. p. 824-830, m.nt. Lauwaars.

geding: hij verleent voorlopige rechtsbescherming terwijl de hoofdzaak wordt beslist in een prejudiciële procedure door het Hof. Aangezien de betrokken EG-instelling in deze hoofdzaak verweer kan voeren, ligt dit ook voor de hand in het daarmee samenhangende kort geding bij de nationale rechter. Daar komt bij dat de betrokken gemeenschapsinstelling beter in staat kan zijn om het EG-belang adequaat te verdedigen dan de nationale verweerder.[232]

Thans bevat de Awb-regeling van de voorlopige voorzieningsprocedure geen bepaling op grond waarvan de nationale rechter de betrokken gemeenschapsinstelling in de gelegenheid dient te stellen te worden gehoord.[233] In de praktijk wordt de instelling, althans door de President van het CBB in de Affish-zaak, wel in de procedure betrokken. De constructie die hierbij wordt gehanteerd is dat de EG-instelling bijstand verleent aan de nationale verweerder; de instelling wordt dan ook, op verzoek van de President, door *verweerder* uitgenodigd.[234] Het is de vraag op deze indirecte benadering voldoende recht doet aan de bijzondere positie die de desbetreffende instelling ingevolge het verdedigingsbeginsel in de procedure zou behoren in te nemen. Een praktisch nadeel is voorts dat door deze omweg kostbare tijd verloren gaat die de betrokken gemeenschapsinstelling juist in een spoedeisende kort-gedingprocedure goed zou kunnen gebruiken om zijn verdediging naar behoren voor te bereiden. Wellicht verdient het dan ook aanbeveling om een speciale voorziening voor deze EG-instellingen in de Awb te creëren.[235]

5.4 Conclusie

De door de nationale rechter te verlenen voorlopige rechtsbescherming in geldigheidskwesties is in hoge mate gecommunautariseerd. Achtergrond hiervan is dat in deze (indirect) de wetmatigheid van een handeling van een gemeenschapsinstelling ter discussie staat. Het oordeel hierover wordt na prejudiciële verwijzing uiteindelijk exclusief gegeven door het Hof. In de zaken Zuckerfabrik en Atlanta heeft het Hof uitgemaakt dat de nationale rechter bevoegd is om in deze voorlopige rechtsbescherming te verlenen door de toepassing van de gemeenschapshandeling voorlopig op te schorten, dan wel een voorlopige maatregel te treffen. Deze taak komt overeen met de in de artikelen 185 en 186 EG-Verdrag toegekende

232 Met name in Affish I was de verdediging van de nationale verweerder nogal mager. Zie mijn aantekening 5 onder deze uitspraak in RAwb 1995, nr. 73.

233 Als getuige of deskundige in de zin van artikel 8:83, eerste lid, juncto 8:60 Awb kan een gemeenschapsinstelling niet worden opgevat. Uitnodiging via artikel 8:26 Awb is, voorzover een gemeenschapsinstelling al als belanghebbende in de zin van deze bepaling kan worden beschouwd, niet mogelijk omdat deze bepaling niet van toepassing is in voorlopige-voorzieningsprocedures.

234 Aldus geschiedde in de zaken Affish I en II, Pres. CBB 24 mei 1995, RAwb 1995, nr. 73, m.a. dzz; JB 1995, 195, m.nt. De Lange en Lugt, respectievelijk Pres. CBB 24 augustus 1995, RAwb 1995, nr. 96, m.a. dzz. In Affish I kwam de Commissie overigens niet opdagen, maar volstond zij met een zeer korte fax. Dit gebrek aan medewerking werd door de President ten nadele van de Commissie uitgelegd.

235 Zo ook: R. de Lange en S. Prechal, a.w. 1996, n.n.g.

(kort-geding)bevoegdheid van het Hof. Omdat deze taak in wezen een communautaire is moet de nationale rechter wel de door het Hof als kort-gedingrechter ontwikkelde criteria toepassen. In de zaak Zuckerfabrik heeft het Hof deze overzichtelijk opgesomd, waarna in de zaak Atlanta een nadere precisering is gegeven. De toepassing van deze uniforme, communautaire, tamelijk strenge criteria levert, naar mijn inschatting, voor de Nederlandse rechter niet al te veel problemen op: het belangrijkste criterium, het fumus boni iuris, is ook in Nederland immers niet onbekend ook al spreekt men in deze doorgaans van voorlopige rechtmatigheidstoets. Voor Duitsland leveren de communautaire criteria veel meer problemen op omdat op grond van artikel 19 IV Grundgesetz voor de toewijzing van een kort geding eerst en vooral het criterium van de dreigende onherstelbare schade bepalend is.

Het toepassen van uniforme criteria door de nationale kort-gedingrechters levert overigens niet zonder meer uniforme resultaten op. De Japanse-visproduktenaffaire spreekt op dit punt boekdelen. Deze verschillen, hoe onwenselijk ook, zijn mijns inziens onvermijdelijk. Ook uniforme criteria laten de nationale rechter altijd enige beoordelingsruimte. De invulling hiervan wordt mede bepaald door de kort-gedingtraditie in de betreffende Lid-Staat.

6 Structuurkenmerken van een gemeenschappelijk Europees bestuurs(proces)recht

6.1 Inleiding

In het voorafgaande is de ontwikkeling geschetst waarbij *algemene onderdelen* van het nationale bestuursprocesrecht meer of minder vergaand zijn gecommunautariseerd. Meer in het bijzonder is ingegaan op de overheidsaansprakelijkheid (paragraaf 3.2.. en 3.3), de ambtshalve toetsing door de rechter (hoofdstuk 4) en de voorlopige-voorzieningsprocedure (hoofdstuk 5). In hoofdstuk 2 zijn bovendien, maar dan vrij summier, enige Europese invloeden op de beroepstermijnen (paragraaf 2.2 en 2.3) en de kring van beroepsgerechtigden (paragraaf 2.3) aangeduid. In het vervolg van dit hoofdstuk zal de kring van beroepsgerechtigden nogmaals aan de orde komen (paragraaf 6.5) en zal bovendien nog aandacht worden besteed aan de communautarisering van algemene rechtsbeginselen (paragraaf 6.4). Bij al deze onderdelen is het nationale bestuurs(proces)recht steeds meer verweven geraakt met het gemeenschapsrecht. Omdat zich in andere Lid-Staten vergelijkbare ontwikkelingen voordoen, groeien de nationale rechtsstelsels naar elkaar toe en ontstaat er in de geïntegreerde communautair-nationale rechtsorde langzaam maar zeker een *bestuurs(proces)rechtelijk ius commune*.

Behalve vanuit zijn algemene onderdelen kan het bestuurs(proces)rechtelijke ius commune in wording ook worden beschreven vanuit zijn *structuurkenmerken*. In het vervolg van dit hoofdstuk passeert een aantal hiervan de revue. Achtereenvolgens zijn dat het verschijnsel van de gedeelde maar samenwerkende rechtsbescherming, de centrale plaats van de remedies, de prominente rol van de algemene rechtsbeginselen, het gemengde subjectieve en objectieve karakter van het ius commune en de grensoverschrijdende betekenis hiervan. Meer nog dan bij de bespreking van de diverse onderdelen, past hierbij de opmerking dat deze algemene kenmerken niet uniek zijn voor het bestuurs(proces)rechtelijke ius commune. Zoals in paragraaf 1.3 gesteld is de communautarisering van het nationale recht van belang voor alle mede door het EG-recht bepaalde rechtsbetrekkingen tussen overheid en burger. Hierbij maakt het niet zoveel uit of deze rechtsbetrekkingen in de nationale rechtsorde worden beheerst door het bestuursrecht, het privaatrecht of het strafrecht. Gelet op de invalshoek van dit preadvies

worden de algemene karakteristieken en kenmerken wel beschreven vanuit de optiek van het bestuurs(proces)recht.

6.2 Gedeelde maar samenwerkende rechtsbescherming

In de geïntegreerde communautair-nationale rechtsorde hebben particulieren te maken met een gedeelde, maar samenwerkende rechtsbescherming. *Gedeeld* is de rechtsbescherming omdat voor hen op twee niveaus rechtswegen open kunnen staan: op het communautaire niveau bij de gemeenschapsrechters, het Gerecht van eerste aanleg en het Hof, en op het nationale niveau bij de nationale rechter. Wordt het gemeenschapsrecht, zoals meestal het geval is, ten uitvoer gelegd door nationale bestuursorganen, dan wordt de rechtsbescherming vrijwel altijd verleend door de nationale rechter. Een belangrijke uitzondering op deze regel vormen de aansprakelijkheidsacties bij gebonden, mechanische uitvoering van onrechtmatig gemeenschapsrecht door nationale organen; omdat het onrechtmatig handelen hierbij moet worden toegerekend aan de betrokken EG-instelling moeten deze acties ingevolge de artikelen 178 juncto 215 EG-Verdrag aanhangig worden gemaakt bij het Hof.[236] Een uitzondering met een beperkte strekking is verder aan de orde in een uitspraak van het Hof van 9 maart 1994.[237] In deze zaak had de Commissie Duitsland bij beschikking gelast de onrechtmatig aan het bedrijf TWD verstrekte steun terug te vorderen. Hoewel TWD door de Duitse regering was gewezen op de mogelijkheid om tegen deze beschikking nietigheidsberoep ex artikel 173 EG-Verdrag bij het Hof in te stellen en dit beroep gelet op de vaste jurisprudentie van het Hof ook ontvankelijk zou zijn geweest, had TWD hiervan geen gebruik gemaakt. Nu het bedrijf deze beroepsmogelijkheid niet tijdig had benut kon het in de omstandigheden van het geval in de nationale terugvorderingsprocedure bij de nationale rechter de wettigheid van de Commissie-beschikking niet meer aanvechten. Anders zou het bedrijf, naar het oordeel van het Hof, kunnen ontkomen aan het onherroepelijke karakter van de beschikking van de Commissie. Het beginsel van formele rechtskracht kan derhalve ook betekenis hebben in de nationaal-communautaire verhoudingen.

Doorgaans is echter de nationale rechter als *juge de droit commun* belast met de bescherming van de rechten die particulieren aan het EG-recht kunnen ontlenen. De in de geïntegreerde rechtsorde noodzakelijke *samenwerking* krijgt dan eerst en vooral gestalte in de prejudiciële procedure van artikel 177 EG-Verdrag. Deze procedure vervult de centrale schakelfunctie tussen de communautaire en

---

236 Zaak C-175/84, *Krohn*, Jur. 1986, p. 768; gev. zaken C-106-120/87, *Asteris II*, Jur. 1988, p. 5538, AB 1991, 314, m.nt. Van der Meulen en Simon. Vgl. A.M. Rijs en H.R.B.M. Kummeling, Europese integratie en aspecten van rechtsbescherming, Zwolle 1993, p. 103 e.v.; A.W.H. Meij, Rechtsbescherming bij gedeeld bestuur in de EG, NTB 1993, p. 75-87. Vgl. CBB 15 januari 1992, AB 1992, 162, m.nt. RMvM; CBB 30 november 1988, UCB 1988, 84, m.nt. HJS en BvM; CBB 6 december 1995, JB 1996, nr. 9.

237 HvJEG 9 maart 1994, zaak C-188/92, *Textilwerke Deggendorf*, Jur. 1994, p. I-833, CMLR 1994, p. 1399-1408, m.nt. Hoskins, ZfRV 1995, p. 68-71, m.nt. Trautwein.

de nationale componenten van de geïntegreerde, gemeenschappelijke rechtsorde.[238] Indien in een geding bij de nationale rechter een vraag van uitlegging of geldigheid van gemeenschapsrecht opkomt, kan hij of – in hoogste instantie – moet hij zich met een prejudiciële vraag wenden tot het Hof. Vervolgens wordt de behandeling van de zaak geschorst totdat het Hof over deze vraag een beslissing heeft genomen. Nederlandse (bestuurs)rechters maken regelmatig gebruik van hun bevoegdheid om prejudiciële vragen te stellen. Vragen worden, hoewel de Awb deze term niet kent, doorgaans gesteld bij tussenuitspraak.[239]

Behalve deze institutionele vorm van rechterlijke samenwerking komt men in de praktijk ook andere vormen van samenwerking tussen de nationale rechter en communautaire instellingen tegen. Deze zijn gebaseerd op het in artikel 5 EG-Verdrag neergelegde *beginsel van wederkerige loyale samenwerking*.[240] Op grond hiervan kan het geëigend zijn dat de nationale rechter in bepaalde rechtszaken een gemeenschapsinstelling consulteert of haar zelfs in de gelegenheid stelt te worden gehoord. Zaken waarbij het horen van de betrokken gemeenschapsinstelling voor de hand ligt, zijn de hiervoor reeds besproken kort-gedingprocedures in geldigheidskwesties (vgl. paragraaf 5.3.3). Het consulteren van de Commissie komt met name voor in mededingingszaken en wel in de situatie dat voor de nationale rechter een mededingingszaak speelt, terwijl de Commissie op dat moment bezig is met een onderzoek naar de communautaire toelaatbaarheid van dezelfde mededingingsregeling.[241,242] Van de andere kant zullen gemeenschapsinstellingen, in het bijzonder de Commissie, loyaal moeten samenwerken met de nationale rechterlijke instanties, die tot taak hebben te waken over de toepassing en eerbiediging van het EG-recht in de nationale rechtsorde. Deze verplichting is door het Hof vastgesteld in de zaak Zwartveld voor strafrechtelijke procedures:[243] in casu had de Commissie, naar het oordeel van het Hof, het verzoek van een Groningse rechter-commissaris om in het kader van een visfraudezaak inzage te

---

238 A.W.H. Meij, Prejudiciële vragen van Nederlandse rechters en hun gevolgen, Preadvies Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland, Zwolle 1993, p. 5.

239 Vgl. A.W.H. Meij, a.w. 1993, waarin cijfers zijn te vinden over de verwijzingspraktijken van de Nederlandse bestuursrechter (p. 8-16) en ook aanbevelingen worden gedaan voor het opnemen van enige bepalingen met betrekking tot het prejudicieel verwijzen in de Awb (p. 28).

240 HvJEG 13 juli 1990, zaak C-2/88 Imm., *Zwartveld*, Jur. 1990, p. I-3665, SEW 1990, p. 824-830, m.nt. Lauwaars. Vgl. onder meer R.J.G.M. Widdershoven, Handhaving van sociaal-economisch recht in Nederland: terugblik en perspectief, RM Themis 1995/5, p. 205-218, i.h.b. p. 216-217

241 Vgl. HvJEG 28 februari 1991, zaak C-234/89, *Henninger Bräu*, Jur. 1991, p. I-935, r.o. 53; zie bijv. Rb. Haarlem 29 januari 1985, NJ 1987, p. 263.

242 Zie over de gegevensverstrekking door de Commissie aan de nationale rechter in mededingingszaken, de Mededeling van Commissie, Pb. 1993/C39/6. Hierover: M. van der Woude, Nationale rechters en de EG-Commissie, Subsidiariteit, decentralisatie, transparantie of gewoon samenwerken?, NJB 1993, p. 585-589.

243 HvJEG 13 juli 1990, zaak C-2/88 Imm., *Zwartveld*, Jur. 1990, p. I-3665, SEW 1990. p. 824-830, m.nt. Lauwaars.

krijgen in bepaalde rapporten van Euro-controleurs en de controleurs als getuige te mogen horen, alleen om dringende redenen – die in casu niet aan de orde waren – mogen afwijzen. Ik zie echter geen reden waarom deze verplichting tot loyale samenwerking niet evenzeer ten opzichte van de bestuursrechter zou bestaan.[244] Dat het met deze samenwerkingsverplichting overigens niet altijd zo loopt als zou moeten, blijkt uit een uitspraak van de Voorzitter van het CBB van 26 februari 1993.[245] In deze zaak schortte de voorzitter de verplichting tot terugbetaling van een volgens de Commissie in strijd met het EG-recht uitgekeerd voorschot op, tot behandeling van het geschil in de hoofdzaak. Bij dit oordeel woog mee dat de Commissie zich, ondanks een daartoe strekkend verzoek, niet ter zitting had laten vertegenwoordigen, zodat evenmin nadere inlichtingen konden worden verstrekt. De voorzitter leidde uit deze afwezigheid af dat het belang van de Commissie bij een spoedige afhandeling van de onderhavige kwestie kennelijk kon worden gerelativeerd. Bij loyale samenwerking moet de liefde van twee kanten komen, lijkt de boodschap.

6.3 De centrale plaats van de remedies

In het bestuursprocesrechtelijke ius commune in wording staan de *remedies* (acties, rechtsmiddelen) centraal.[246] Het gemeenschapsrecht eist dat in de nationale rechtsorde effectieve remedies beschikbaar zijn waarmee schendingen van de rechten die particulieren kunnen ontlenen aan het EG-recht, kunnen worden geredresseerd. Het is hierbij irrelevant of deze schending is veroorzaakt door een besluit, door wetgeving of door andere overheidsgedragingen. Deze remedy-benadering van het Hof ligt voor de hand. In de diverse Lid-Staten worden zeer uiteenlopende stelsels van procesrecht gehanteerd: in sommige is de rechtsbescherming gekoppeld aan een begrip als 'besluit', in andere stelsels niet. Bovendien is het goed mogelijk dat dezelfde schending van het gemeenschapsrecht in de ene Lid-Staat bestuursrechtelijk wordt afgedaan, terwijl in een andere Lid-Staat wordt gekozen voor civielrechtelijke of strafrechtelijk afdoening. Wil men nu vanuit het communautaire recht eisen stellen die voor al deze nationale procedures in beginsel betekenis kunnen hebben, dan is men vanwege deze diversiteit gedwongen de remedy als invalshoek te kiezen.

---

244 Vgl. ook HvJEG 18 februari 1992, zaak C-54/90, *Weddel*, Jur. 1992, p. I-871, waarin het Hof de overwegingen uit de zaak Zwartveld herhaalde naar aanleiding van een verzoek tot medewerking aan de Commissie door de Nederlandse civiele rechter.

245 Vz. CBB 26 februari 1993, Rechtspraakkatern NJB 1993, p. 349, nr. 22. Van een weigerachtige houding van de Commissie om voor de nationale rechter te verschijnen was eveneens sprake in de eerste Affish-uitspraak van de President van het CBB van 24 mei 1995, RAwb 1995, nr. 73; in Affish II, Pres. CBB 24 augustus 1995, RAwb 1995, nr. 96, was de Commissie wel aanwezig. Zie hierover mijn aantekeningen onder beide uitspraken.

246 G. Betlem en E. Rood, Francovich-aansprakelijkheid, NJB 1992, p. 250-255, i.h.b. p. 255; zie ook mijn interventie bij de VAR 1994, Het nieuwe bestuursprocesrecht, Verslag, VAR-reeks 113, Alphen a/d Rijn 1995, p. 48-50.

Welke remedies volgens het Hof in de nationale rechtsorde beschikbaar moeten zijn, en derhalve behoren tot het (bestuursprocesrechtelijke) ius commune, is in hoofdstuk 2 reeds in grote lijnen aangegeven. De moeder van alle remedies is het beginsel van effectieve rechtsbescherming. Op grond hiervan moet er in de nationale rechtsorde *beroep bij de rechter* openstaan tegen schendingen van gemeenschapsrecht. Uit dit beginsel kunnen daarnaast meer specifieke eisen worden afgeleid. Zo verzet het zich tegen een nationale regeling op grond waarvan aan een verklaring van een nationale autoriteit onweerlegbare bewijskracht wordt toegekend die elke toetsingsmogelijkheid van de rechter uitsluit.[247] Verder moet een effectieve rechterlijke controle zich kunnen uitstrekken tot de wettigheid van de motivering van de bestreden beslissing, hetgeen een motiveringsplicht voor bestuursorganen impliceert.[248] Waarschijnlijk staat dit beginsel bovendien in de weg aan een nationale bepaling die rechterlijke instanties verplicht om, terwijl de overheid partij is in het geding, een van haar ambtenaren als deskundige aan te wijzen; de door de nationale rechter aan te wijzen deskundigen moeten onafhankelijk zijn, zodat het onderzoek zo onpartijdig en neutraal mogelijk kan verlopen.[249] Naast deze meer formele kwaliteitseisen stelt het beginsel van effectieve rechtsbescherming ook materiële eisen aan de effectiviteit van de remedies, casu quo *sancties* waarmee het communautaire recht kan worden gehandhaafd: deze moeten namelijk non-discriminatoir, doeltreffend, afschrikwekkend en evenredig zijn.[250] Een belangrijke remedy die verder uit het beginsel van effectieve rechtsbescherming voortvloeit, is het recht op *onmiddellijke rechtsbescherming*: nationale rechtsstelsels moeten daarom voorzien in voorlopige-voorzieningsprocedures waarin dit recht kan worden gerealiseerd.[251] Ten slotte is er de *Francovich-aansprakelijkheid* voor de schade die particulieren lijden als gevolg van schendingen van het EG-recht die aan een Lid-Staat kunnen worden toegerekend.[252] Voor deze in het communautaire recht gefundeerde aansprakelijkheid moeten de Lid-Staten het procesrechtelijke en organisatorische kader bieden.

Met deze remedy-benadering hanteert het ius commune een geheel ander uitgangspunt dan de Awb. Zoals bekend neemt in het bestuurs(proces)recht van

---

247 HvJEG 15 mei 1986, zaak 222/84, *Johnston*, Jur. 1986, p. 1663 e.v.

248 HvJEG 15 oktober 1987, zaak 222/86 *Heylens*, Jur. 1987, p. 1651 e.v.; AAe 1989, p. 288-291, m.nt. C.W.A. Timmermans.

249 Dit standpunt wordt althans ingenomen door Advocaat-Generaal Darmon in zijn Conclusie van 17 november 1993, zaak C-236/92, *Comitato*, Jur. 1994, p. I-483. Het Hof kwam in zijn uitspraak van 23 februari 1994 aan deze problematiek niet toe.

250 Zie paragraaf 2.3. Blijkens HvJEG 2 augustus 1993, zaak C-271/91, *Marshall II*, Jur. 1991, p. I-4367, kan uit deze eisen voortvloeien dat particulieren onder omstandigheden recht hebben op een volledige vergoeding van de schade die als gevolg van een schending is geleden.

251 HvJEG 19 juni 1990, zaak C-213/89, *Factortame*, Jur. 1990, p. I-2433; HvJEG 21 februari 1991, gev. zaken C-143/88 en C-92/89, *Zuckerfabrik*, Jur. 1991, p. I-534 e.v.; HvJEG 9 november 1995, zaak C-465/93, *Atlanta*, n.n.g., SEW-katern, Jurisprudentie EG 1 (1996), p.1.

252 HvJEG 19 november 1991, gev. zaken C-6/90 en C-9/90, *Francovich*, Jur. 1991, p. I-5357.

de Awb het besluit-begrip een centrale plaats in. Het besluit is object van de Awb-normering en is bovendien het aanknopingspunt voor het Nederlandse rechtsbeschermingsstelsel: alleen tegen besluiten kan beroep worden ingesteld bij de bestuursrechter. Waartoe dit verschil in benadering kan leiden blijkt uit de in paragraaf 2.3 reeds vermelde Italiaanse zaak *Borelli*.[253] Zoals op die plaats aangegeven had het bedrijf Borelli bij het Hof beroep ingesteld tegen de op een bindend negatief advies van de Italiaanse overheid gebaseerde afwijzing door de Commissie van een aanvraag voor een bijdrage uit het EOGFL. Volgens Italiaans recht moest het advies als een niet-appellabele voorbereidingshandeling worden beschouwd. Het Hof had aan deze regel van intern nationaal recht geen boodschap en stelde dat een eventueel beroep in rechte tegen het advies, gelet op het communautaire beginsel van effectieve rechtsbescherming, binnen de nationale rechtsorde moet kunnen worden ingesteld. Nu kan men discussiëren over de vraag hoe een Borelli-advies volgens de Awb te typeren zou zijn. Weliswaar worden in Nederland, zoals in Italië, adviezen doorgaans opgevat als niet-appellabele voorbereidingshandelingen; de rechtmatigheid van het advies kan aan de orde worden gesteld in de beroepszaak tegen het besluit dat (mede) op het advies is gebaseerd.[254] In de onderhavige zaak lijkt het mij echter zeker verdedigbaar om het advies vanwege zijn bijzondere status – het is bindend voor de besluitvorming van de Commissie – aan te merken als 'een beslissing inzake de procedure ter voorbereiding van een besluit die de belanghebbende los van het voor te bereiden besluit rechtstreeks in zijn belangen treft' in de zin van artikel 6:3 Awb.[255] Alsdan kan het wel als zodanig bij de Nederlandse bestuursrechter worden aangevochten.

Wat hier verder van zij, op deze plaats is vooral van belang te constateren dat een procesrechtstelsel dat de rechtsbescherming koppelt aan een specifiek omschreven categorie overheidsgedragingen (bijvoorbeeld besluiten) tot resultaten kan leiden die op gespannen voet staan met de Europese remedy-benadering. Om dergelijke spanningen te vermijden, zou bij een eventuele toekomstige heroriëntatie van het uniforme bestuursprocesrecht de remedy-benadering als optie kunnen worden overwogen.[256]

6.4 Een ius commune van algemene rechtsbeginselen

Het ius commune van de geïntegreerde communautair-nationale rechtsorde is eerst en vooral een recht van *ongeschreven algemene rechtsbeginselen*.[257] Dat wil

253 HvJEG 3 december 1992, zaak C-97/91, *Borelli*, Jur. 1992, I-6313; SEW 1995, p. 642, m.nt. Rijnsbergen.

254 F.C.M.A. Michiels, De Arob-beschikking, 's-Gravenhage 1987, p. 104-106.

255 Vgl. AR 9 augustus 1982, AB 1982, 538, tB/S VIII, nr. 71, waarin een bindend advies werd aangemerkt als een appellabele Arob-beschikking. Zie ook CBB 2 april 1986, AB 1987, 2, m.nt. JHvK.

256 Zie voor een begin van uitwerking van deze gedachte, R.J.G.M. Widdershoven, Het nieuwe bestuursprocesrecht, Het paarse gevoel van de de VAR, NTB 1994, p. 224.

niet zeggen dat er geen gecodificeerde gemeenschappelijke regels zouden bestaan met betrekking tot onderdelen van het bestuurs(proces)recht. Vooral in gemeenschapsverordeningen komt men veelvuldig voorschriften tegen met betrekking tot meer algemene onderwerpen zoals de te doorlopen bestuurlijke procedures, de werking van een rechtsbeginsel, de aanwezigheid en inrichting van de voorlopige rechtsbescherming et cetera.[258] Deze regels hebben echter slechts betrekking op het specifieke terrein waarop de desbetreffende verordening van toepassing is. Evenals in Nederland in het pre-Awb-tijdperk loopt de wijze waarop deze onderdelen in de diverse verordeningen zijn geregeld bovendien sterk uiteen. Het verschijnsel van verkokering is ook op het communautaire wetgevingsniveau niet onbekend; de eigenaardigheden en specifieke behoeften van de te reguleren sector zijn sterk bepalend voor de wijze van regulering. Al met al zijn deze deelcodificaties tot nu toe van beperkte betekenis gebleken voor het zich ontwikkelende ius commune.

Algemene rechtsbeginselen zijn hiervoor in elk geval van veel groter belang. In de loop der jaren heeft het Hof een reeks van communautaire beginselen ontwikkeld, zoals het beginsel van effectieve rechtsbescherming, het beginsel van overheidsaansprakelijkheid, het verdedigingsbeginsel, het rechtszekerheidsbeginsel en het verbod van terugwerkende kracht, het vertrouwensbeginsel, het gelijkheidsbeginsel, het evenredigheidsbeginsel, het zorgvuldigheidsbeginsel en het motiveringsbeginsel.[259] Deze rechtsbeginselen zijn ontleend aan de rechtsstelsels van specifieke Lid-Staten of zelfs aan het constitutioneel erfgoed dat alle Lid-Staten gemeen hebben. Ook oriënteert het Hof zich op het EVRM en de rechtspraak van het Europese Hof voor de rechten van de mens in Straatsburg. De door het Hof van Justitie ontwikkelde rechtsbeginselen werken ten dele – namelijk voorzover nationale organen het EG-recht direct toepassen – *dwingend* door in de nationale rechtsstelsels.[260] Daarnaast vindt de doorwerking van

---

257 W. van Gerven, Naar een Europees gemeen recht van algemene rechtsbeginselen?, RM Themis 1995/5, p. 233-243.

258 Een willekeurige greep: Vo EG nr. 3887/92 van 23 december 1992, Pb nr. L 391/36 houdende uitvoeringsbepalingen inzake het geïntegreerde beheers- en controlesysteem voor communautaire steunregelingen, bevat voorschriften met betrekking tot het indienen van aanvragen en de consequenties bij te late indiening; Vo EG nr. 1697/79, Pb nr. L 197/1 houdende regels omtrent de terugvordering van in- en uitvoerrechten bevat bepalingen over de toepassing van het vertrouwensbeginsel; artikel 243 Communautair douanewetboek, Vo EG nr. 2913/92, Pb nr. L 302/47 bevat bepalingen over de voorlopige rechtsbescherming in douanezaken.

259 H.G. Schermers en D. Waelbroeck, Judicial protection in the European Communities, Deventer-Boston 1992, vijfde druk, p. 36-98; A.J.C. de Moor-van Vugt, Algemene beginselen van behoorlijk bestuur en buitenlandse equivalenten, Zwolle 1987, p. 135-169; S. Prechal en T. Heukels, Algemene beginselen in het Nederlands recht en het Europees recht: rechtsvergelijking en interactie, SEW 1986, p. 287-331; R. Widdershoven en R. de Lange, Tendencies towards European standards in national administrative law in the Netherlands, Utrecht 1995, p. 13-45.

260 R.J.G.M. Widdershoven, De uitvoering van het gemeenschapsrecht in de lidstaten en de toepassing van het vertrouwensbeginsel, NTB 1994, p. 1-13, i.h.b. p. 4-5.

rechtsbeginselen ook plaats door middel van *vrijwillige adoptie en analoge toepassing*: de communautaire rechtsbeginselen worden, ter voorkoming van dispariteiten binnen de nationale rechtsorde, door (de rechters in) de Lid-Staat ook toegepast in zuiver nationale zaken. Dit kan er zelfs toe leiden dat een Lid-Staat een communautair rechtsbeginsel overneemt dat te voren in zijn nationale recht niet voorkwam. Daarnaast ziet men het verschijnsel van *congruentie*, waarbij de nationale rechter zich bij invulling van een nationaal beginsel laat leiden door het communautaire beginsel. Uiteindelijk kan dit leiden tot een samensmelting of osmose van beide beginselen.[261] Juist door deze processen van analoge toepassing, congruentie en osmose spelen rechtsbeginselen zo'n belangrijke rol bij de harmonisatie van de nationale en communautaire rechtsorde en daarmee bij de ontwikkeling naar een ius commune.

Voorbeelden van vrijwillige adoptie van communautaire beginselen die men tevoren in een Lid-Staat niet kende, zijn mij vooral bekend uit Engeland. Zo was de erkenning in de zaak Factortame van het recht op onmiddellijke rechtsbescherming tegen de Crown in communautaire aangelegenheden voor de Engelse rechter reden om het (common-law) verbod op het treffen van voorlopige maatregelen tegen de Crown ook in nationale zaken te doorbreken.[262] In Nederland ziet men vooral het proces van congruentie en osmose en wel met name met betrekking tot het *evenredigheidsbeginsel*. Werd dit beginsel nog niet zo lang geleden in Nederland vooral toegepast als beginsel van sanctierecht, inmiddels ziet men dat het onder invloed van het communautaire recht ook betekenis krijgt voor het beoordelen van concrete en algemene beleidskeuzes.[263] Ter illustratie kan worden gewezen op de uitspraak van het CBB van 22 maart 1995 inzake Sky Radio, waarin het in artikel 3:4, tweede lid, Awb gecodificeerde evenredigheidsbeginsel wordt ingevuld conform de wijze waarop het communautaire recht aan dit beginsel invulling heeft gegeven.[264] Deze ontwikkeling sluit ook aan bij de visie van de Awb-wetgever, die in de MvT bij artikel 3:4 Awb uitdrukkelijk heeft verwezen naar de communautaire rechtspraak inzake het evenredigheidsbeginsel.[265]

Het proces van congruentie en osmose kan zich in de toekomst ook ten aanzien van andere rechtsbeginselen voordoen. Met name kan mijns inziens worden gedacht aan het *verdedigingsbeginsel*. Hoewel onderdelen van dit beginsel in de Awb zijn terug te vinden, heeft het tot nu toe geen systematische aandacht van de

---

261 A.J.C. de Moor-van Vugt, Maten en gewichten, Het evenredigheidsbeginsel in Europees perspectief, Zwolle 1995, i.h.b. p. 268-273; van dezelfde auteur, Symbiose van evenredigheidstoetsen, NTB 1993, p. 26-37.

262 House of Lords, M v. Home Office and another, 1993 ALL ER p. 537, op p. 551, vermeld door W. van Gerven, a.w. 1995, p. 240; vgl. L. Papadias, Interim protection under Community Law before the national courts. The right to a judge with jurisdiction to grant interim relief, LEI 1994, p. 153-193.

263 A.J.C. de Moor-van Vugt, a.w. 1995, p. 268-269.

264 CBB 22 maart 1995, SEW 1995, p. 540-548, m.nt. Mortelmans; zie ook ABRS 19 oktober 1995, SEW 1995, p. 444-452, m.nt. Van de Gronden en Mortelmans.

265 PG Awb I, p. 211.

Awb-wetgever gekregen. Bepalingen die met het verdedigingsbeginsel in verband kunnen worden gebracht zoals de artikelen 3:2 en 4:7 en volgende Awb staan dan ook niet zozeer in het teken van de rechten van verdediging van belanghebbenden, als wel van de onderzoeksplicht van het bestuursorgaan. Teneinde eventuele spanningen tussen nationale en communautaire rechtsorde te voorkomen zou een mede op het communautaire verdedigingsbeginsel georiënteerde systematische codificatie van dit beginsel in de Awb kunnen worden overwogen.[266] Wat betreft het *vertrouwensbeginsel* ben ik geen voorstander van een verregaande congruentie of osmose, omdat de bescherming die ons nationale beginsel biedt verder gaat dan die van het communautaire beginsel. Zo wordt een beroep op het communautaire vertrouwensbeginsel door het Hof in veel gevallen niet gehonoreerd omdat een particulier, gelet op de hem toegerekende deskundigheid, niet had mogen afgaan op fouten van nationale en communautaire organen; in Nederland is de deskundigheid van de betrokken particulier maar zelden reden om een beroep op het vertrouwensbeginsel af te wijzen. Bovendien wordt, anders dan in Nederland, een eventuele contra-legem-werking van dit beginsel door het Hof zonder meer afgewezen.[267]

6.5 Een gemengd subjectief-objectief karakter

Zoals al vaker vermeld heeft de nationale rechter de taak om de rechten die particulieren kunnen ontlenen aan het gemeenschapsrecht te beschermen en aldus de volle werking van het gemeenschapsrecht te verzekeren. Blijkens deze dubbele opdracht moet de nationale rechter derhalve zowel individuele rechtsbescherming aan de burger verlenen als het positieve recht handhaven en hangt het een met het ander samen: rechtshandhaving door rechtsbescherming (zie paragraaf 2.3). Gelet hierop wekt het geen verbazing dat vanuit het communautaire recht zowel subjectieve als objectieve impulsen uitgaan naar het nationale recht.[268] Het bestuurs(proces)rechtelijke ius commune in wording maakt geen duidelijke keuze tussen een recours-subjectif- of een recours-objectif-benadering, maar zoekt naar een *compromis* tussen beide.[269] Het Hof is hiertoe min of meer gedwongen omdat beide benaderingen in de rechtsbeschermingsstelsels van de Lid-Staten voorko-

266 Zie voor het communautaire verdedigingsbeginsel, R.H. Lauwaars, Rights of Defence in Competition Cases, in: Curtin and Heukels (eds.), Institutional Dynamics of European Integration, Liber Amicorum Schermers, 1995, p. 497-509. Zie voor een vergelijking tussen het communautaire beginsel en het Nederlands recht, A.J.C. de Moor-van Vugt, Hobbels bij de rechtshandhaving, in: J.A.E. Vervaele (red.), Bestuursrechtelijke toepassing en handhaving van gemeenschapsrecht in Nederland, Deventer 1993, p. 86-93; R. Widdershoven en R. de Lange, a.w. 1995, p. 59-67.

267 Zie reeds R.J.G.M. Widdershoven, a.w. 1994, p. 3-4 en 13, met verwijzing naar jurisprudentie.

268 Vgl. M. Schreuder-Vlasblom, Heroriëntatie bestuursrechtspraak, VAR-reeks 112, p. 39-42.

269 Vgl. C.D. Classen, Strukturunterschiede zwischen deutschem und europäischem Verwaltungsrecht, Konflikt oder Bereicherung?, NJW 1995, Heft 38, p. 2457-2464.

men. Met deze 'mengvorm' lijkt het ius commune enigszins op het bestuursprocesrecht van de Awb: ook hierin worden elementen van individuele rechtsbescherming en handhaving gecombineerd. Ter illustratie worden hierna twee thema's besproken, die doorgaans van groot belang worden geacht in de discussie over het subjectieve, dan wel objectieve karakter van de rechtsbescherming, namelijk de ambtshalve toetsing en de kring van beroepsgerechtigden.

Wat betreft het eerste thema, de *ambtshalve toetsing* door de rechter, kan ik kort zijn, omdat hierop reeds uitvoerig is ingegaan in hoofdstuk 4. Daarin kwam enerzijds naar voren dat het Hof met zijn keuze voor een derde weg een rechterlijke plicht tot ambtshalve toepassing van gemeenschapsrecht heeft afgewezen. Het Hof laat daarentegen ruimte voor nationale beperkingen ten aanzien van het ambtshalve toetsen, zodat van een zuivere recours-objectif-benadering niet kan worden gesproken. Anderzijds kan evenmin worden gesteld dat het Hof volledig opteert voor een recours-subjectif-benadering. In dit verband is vooral van belang dat de nationale rechter dwingende bepalingen van gemeenschapsrecht eerder ambtshalve moet toepassen dan soortgelijke bepalingen van nationaal recht. Teneinde de effectieve doorwerking van het EG-recht te verzekeren heeft het Hof immers bepaald dat de nationale rechter dwingend gemeenschapsrecht niet alleen ambtshalve moet toepassen indien hij de verplichting heeft soortgelijke regels van nationaal recht ambtshalve toe te passen, maar bovendien indien hij daartoe de *bevoegdheid* heeft.[270] Met deze toevoeging legt het Hof aan de nationale rechter een verdergaande verplichting tot ambtshalve toetsing op dan waartoe het vereiste van non-discriminatie noopt. Daarnaast kan een zekere objectieve impuls uitgaan van de communautaire 'controle' waaraan bepalingen die de ambtshalve toepassing van het EG-recht beperken, op grond van het vereiste van effectiviteit zijn onderworpen. Dergelijke beperkingen zullen immers gerechtvaardigd moeten kunnen worden door de beginselen die aan het nationale stelsel van rechtspraak ten grondslag liggen, zoals de bescherming van de rechten van verdediging, het rechtszekerheidsbeginsel en het goede verloop van de procedure.[271] Al met al combineert het Hof bij het bepalen van zijn standpunt over het ambtshalve toetsen elementen uit de rechtsbeschermings- en handhavingsoptiek.

Een tweede thema dat inzicht geeft in het subjectieve of objectieve karakter van het ius commune is de *kring van beroepsgerechtigden*.[272] In een recours-subjectif-benadering is deze kring beperkt door middel van het Schutznormvereiste: alleen zij die klagen over de schending van hun toekomende rechten en van hun rechtens beschermde belangen hebben toegang tot de rechter.[273] De recours-ob-

---

270 HvJEG 14 december 1995, gev. zaken C-430/93 en C-431/93, *Van Schijndel en Van Veen*, n.n.g., r.o. 13-15.

271 HvJEG 14 december 1995, gev. zaken C-430/93 en C-431/93, *Van Schijndel en Van Veen*, n.n.g., r.o. 19; HvJEG 14 december 1995, zaak C-312/93, *Peterbroeck, Van Campenhout & Cie. GVC*, n.n.g., r.o. 14.

272 J.H. Jans, Het belanghebbende-begrip in het licht van het Europese recht, in: J.L. Boxum e.a. (red.), Aantrekkelijke gedachten, Deventer 1993, p. 195-210.

273 M. Schreuder-Vlasblom, a.w. 1994, onder meer p. 33, 52 en 60.

jectif-benadering kiest daarentegen voor een ruime kring van beroepsgerechtigden, waarbij een feitelijk rechtstreeks belang reeds voldoende is om toegang tot de rechter te verkrijgen. Ideaaltypisch ligt zelfs een actio popularis voor de hand: vanuit de optiek van handhaving van het objectieve recht maakt het immers weinig uit door wie een schending hiervan aanhangig wordt gemaakt.[274] Beziet men de rechtspraak van het Hof inzake de door het nationale recht te hanteren kring van beroepsgerechtigden bij op het gemeenschapsrecht gebaseerde vorderingen in het licht van deze tegenstelling, dan kiest het Hof mijns inziens voor een eigen benadering die het midden houdt tussen de hier beschreven typen. Enerzijds gaat het Hof in de richting van een meer subjectieve benadering, omdat het de vraag naar de toegang tot de rechter vrijwel steeds koppelt aan de door het EG-recht aan particulieren toegekende *rechten*. De nationale rechter heeft als communautaire taak en verplichting de rechten die particulieren kunnen ontlenen aan het gemeenschapsrecht te beschermen. Om effectieve rechtsbescherming te garanderen moeten de desbetreffende particulieren deze rechten bij de rechter kunnen afdwingen, met andere woorden moeten zij toegang hebben tot de rechter.[275] In een enkele zaak, namelijk de zaak Verholen, is wellicht sprake van een meer objectieve benadering.[276] In deze zaak maakte het Hof uit dat het recht om beroep te doen op de gelijke-behandelingsrichtlijn niet uitsluitend toekomt aan justitiabelen die onder de personele werkingssfeer van een richtlijn vallen, maar dat ook andere personen er 'rechtstreeks belang' bij kunnen hebben dat de richtlijn jegens de beschermde persoon in acht wordt genomen. In casu leidde dit ertoe dat een mannelijke justitiabele beroep kon doen op deze richtlijn, omdat hij de gevolgen ondervond van een nationale bepaling waardoor zijn echtgenote, die geen procespartij was maar wel onder de personele werkingssfeer van de richtlijn viel, werd gediscrimineerd. Niet duidelijk is of het 'rechtstreeks belang' van de man door het Hof werd opgevat als een feitelijk rechtstreeks belang of een rechtens (indirect) beschermd belang. Is het eerste het geval, dan gaat het Hof in deze uitspraak meer in de richting van een recours objectif.[277]

Een belangrijkere reden waarom ondanks de koppeling van de kring van belanghebbenden aan de door het EG-recht toegekende rechten, niet gezegd kan worden dat het Hof opteert voor een recours-subjectif-benadering, is echter dat het Hof een zeer ruim begrip 'rechten' hanteert. Het Hof oriënteert zich hierbij bijvoorbeeld niet op de Duitse Schutznormtheorie, waarbij voor de toegang tot de rechter de schending van een subjectief recht noodzakelijk is,[278] maar kiest voor een eigen concept.[279] Als 'rechten' in de zin van dit concept kunnen,

---

274 F.A.M. Stroink, Administratieve rechtspraak en rechterlijke macht, Zwolle 1985, p. 16-17.

275 Vgl. onder meer: HvJEG 15 oktober 1987, zaak 222/86 *Heylens*, Jur. 1987, p. 1651 e.v., r.o. 14;

276 HvJEG 11 juli 1991, gev. zaken C-87/90, C-88/90 en C-89/90, *Verholen*, Jur. 1991, I-3757, SEW 1993, p. 163-169, m.nt. S. Prechal.

277 Vgl. M. Schreuder-Vlasblom, a.w. 1994, p. 40.

278 C.D. Classen, a.w. 1995, p. 2458-2459; W. Frenz, Subjectiv-öffentliche Recht aus Gemeinschafsrecht vor Deutschen Verwaltungsgerichten, DVBl. 1995, p. 408-415, i.h.b. p. 409.

afhankelijk van de betrokken gemeenschapsregeling, zowel materiële als procedurele rechten worden aangemerkt. Belangrijk is verder dat – zoals blijkt uit de uitspraak van het Hof in de zaak TA Luft – particulieren ook individuele rechten kunnen ontlenen aan gemeenschapsregelingen die primair het algemeen belang behartigen.[280] Het ging in deze zaak om een milieukwaliteitsrichtlijn op grond waarvan de Lid-Staten verplicht waren 'ter bescherming van het milieu en de gezondheid van de mens' grenswaarden voor een bepaalde verontreiniging bindend vast te stellen. Naar het oordeel van het Hof konden uit de algemene beschermingsdoelstelling van deze richtlijn ook rechten van individuele particulieren worden afgeleid: deze rechten zouden door de getroffen personen in alle gevallen waarin de overschrijding van een grenswaarde de menselijke gezondheid in gevaar zou kunnen brengen, in rechte geldend gemaakt moeten kunnen worden. Dat het Hof in casu van het nationale procesrecht een zeer ruime categorie van beroepsgerechtigden eist, die veel meer personen omvat dan in een recours-subjectif-benadering gebruikelijk is, zal aanstonds duidelijk zijn. Wel kan men twisten over de vraag of deze uitspraak dwingt tot een actio popularis, dan wel dat het voldoende is wanneer alleen 'getroffen personen' toegang tot de rechter hebben.[281] Gelet op de formulering die het Hof hanteert lijkt de tweede optie mij het meest waarschijnlijk. Alsdan kunnen behartigers van uitsluitend het algemeen belang zoals milieugroepen aan deze uitspraak geen recht op toegang tot de rechter ontlenen. Wat hier verder van zij, voor Nederland is dit punt van ondergeschikt belang omdat ons milieurecht, onafhankelijk van eventuele communautaire eisen, reeds uitgaat van een (getrapte) actio popularis.[282]

6.6 Grensoverschrijdende betekenis

In paragraaf 6.2 is reeds ingegaan op een aspect van de grensoverschrijdende betekenis van het bestuursprocesrechtelijke ius commune in wording. Behalve bij de daar besproken gerechtelijke samenwerking ziet men deze grensoverschrijdende betekenis in toenemende mate ook op andere terreinen van de rechtsbescherming. Achtergrond van deze ontwikkeling is dat de uitvoering en handhaving van onderdelen van het bestuursrecht steeds vaker een grensover-

---

279 S. Prechal, a.w. 1995, p. 129-144, i.h.b. p. 131.

280 HvJEG 30 mei 1991, zaak C-361/88, *TA Luft*, Jur. 1991, p. I-2567 en HvJEG 30 mei 1991, zaak C-59/89, *Loodgehalte*, Jur. 1991, p. I-2607, AB 1992, 453, m.nt. FHvdB.

281 Vgl. J.H. Jans, a.w. 1993, die uit de zaak *TA Luft* een actio popularis afleidt; vgl. S. Prechal, a.w. 1995, p. 167, die in navolging van A-G Jacobs in zijn Conclusie in de zaak C-58/89, Jur. 1991, p. I-4983, voor de iets beperktere benadering kiest.

282 Zie artikel 20.6 Wet milieubeheer. Bij handhavingsacties lijkt de facto ook sprake van een actio popularis: ingevolge artikel 18.14 Wm kan eenieder een bestuursorgaan verzoeken handhavend op te treden; de verzoeker wordt vervolgens als belanghebbende in een beroepszaak tegen een afwijzend besluit aangemerkt, vgl. ARRS 5 juni 1990, AB 1990, 573, m.nt. PvB. Zie voor de ruime ontvankelijkheid van milieugroepen bij de burgerlijke rechter, HR 27 juni 1986, AB 1987, 173 m.nt. FHvdB, AB-Klassiek nr. 18, m.nt. Drupsteen.

schrijdend karakter hebben. Om bijvoorbeeld milieuverontreiniging effectief te kunnen aanpakken is grensoverschrijdende samenwerking, consultatie en informatievoorziening noodzakelijk. Hetzelfde geldt voor de bestrijding van overtredingen van communautair recht: fraudeurs plegen bij voorkeur hun activiteiten niet te beperken tot het grondgebied van één Lid-Staat. Ook de tenuitvoerlegging van Europese structuurfondsen in een Lid-Staat leidt in de praktijk tot allerlei complexe samenwerkingsmodellen.[283] Kortom, op bestuurlijk gebied is sprake van een groeiende samenwerking tussen Lid-Staten onderling (horizontale samenwerking) en tussen de Lid-Staten en de Commissie (verticale samenwerking).[284] Deze ontwikkeling heeft ook invloed op de rechtsbescherming. Hoe deze invloed er precies uitziet, is echter de vraag. Staat de juridische inkadering van de bestuurlijke samenwerking op het gebied van uitvoering en handhaving nog slechts in de kinderschoenen, voor de rechtsbescherming geldt dit a fortiori. Ik volsta daarom met het noemen van enige onderwerpen die een indruk geven van de grensoverschrijdende betekenis van het bestuursprocesrechtelijke ius commune, en werp bovendien enige vragen op.

In paragraaf 5.3.2 is gewezen op de grensoverschrijdende werking van de uitspraak van de bestuursrechtelijke kort-gedingrechter als communautaire rechter in geldigheidskwesties. Of men het met mijn analyse eens is kan op deze plaats in het midden blijven, wel roept deze kwestie de vraag op hoe het eigenlijk in algemene zin zit met de grensoverschrijdende werking van een *uitspraak van de bestuursrechter*. Hoewel dit op deelterreinen wellicht anders ligt, kan mijns inziens worden vastgesteld dat op dit moment van een dergelijke werking in algemene zin geen sprake is. In elk geval kunnen uitspraken van bestuursrechters in het buitenland niet worden geëxecuteerd met behulp van het EEG-Executieverdrag (EEX), omdat administratiefrechtelijke zaken op grond van artikel 1 EEX van de werking van dit Verdrag zijn uitgesloten. Dat het bestuursrecht en de bestuursrechtspraak hierdoor nu reeds in sommige gevallen ineffectief zijn, komt naar voren in de Conclusie van Advocaat-Generaal Bloembergen bij het arrest van de Hoge Raad in de zaak Staat-Magnus.[285] In deze bekende twee-wegenleerzaak gaat Bloembergen na of de Staat na invoering van de bestuurlijke dwangsom nog gebruik zal kunnen maken van de privaatrechtelijke handhavingsweg. Een situatie waarin dit wellicht nog wel mogelijk zal zijn, is – zijns inziens – een handhavingsactie tegen een buitenlandse vervuiler. Achtergrond hiervan is dat een door de civiele kort-gedingrechter opgelegd verbod met dwangsom ten opzichte van een buitenlandse vervuiler wel effectief kan zijn, omdat deze dwangsom via het EEX-Verdrag in de betrokken landen kan worden geëxecuteerd,[286] terwijl de bestuursrechtelijke weg geen in het buitenland te executeren

283 D.E. Comijs, De tenuitvoerlegging van Europese structuurfondsen in Nederland, NTB 1995, p. 1-8.

284 J.A.E. Vervaele, Handen en tanden van het (gemeenschaps)recht, Deventer 1994, p. 38-42.

285 Vgl. r.o. 5.3 van diens Conclusie bij Hoge Raad 22 oktober 1993, AB 1994, 1, m.nt. G.A. van der Veen.

286 Bloembergen verwijst in dit verband naar Hoge Raad 14 april 1989 (Benckiser), NJ 1990, 712, m.nt. CJHB. Anders: G. Betlem, De Benckiser-zaak en het EEG-Executieverdrag,

vonnis kan opleveren, omdat het bestuursrecht van de werking van het EEX is uitgesloten. In de toekomst zal de bestuursrechter, zeker in de sfeer van de handhaving, steeds vaker geconfronteerd worden met geschillen met een grensoverschrijdende dimensie.[287] Gegeven deze ontwikkeling zou mijns inziens de wenselijkheid van een bestuursrechtelijk EEX nader overwogen moeten worden.

Een tweede voorbeeld van de grensoverschrijdende betekenis van het ius commune biedt de *overheidsaansprakelijkheid*. Op dit moment is het reeds zo dat de Francovich-aansprakelijkheid voor schending van gemeenschapsrecht niet ophoudt bij de grenzen van een Lid-Staat. Ook buitenlandse bedrijven kunnen op grond van dit arrest immers vergoeding vorderen van de schade die is geleden als gevolg van schendingen van gemeenschapsrecht door een Lid-Staat.[288] Een nog verdergaande grensoverschrijdende toepassing van Francovich wordt bepleit door Furrer en Epiney:[289] volgens hen zouden bedrijven uit een Lid-Staat die richtlijnen waarin lasten worden opgelegd aan het bedrijfsleven tijdig hebben omgezet, een Francovich-actie moeten kunnen instellen tegen een Lid-Staat die de omzettingstermijnen heeft overschreden. Aldus wordt de schade gecompenseerd die door bedrijven uit de correct omzettende Lid-Staat wordt geleden, omdat zij eerder moeten voldoen aan de (strenge) richtlijnverplichtingen dan bedrijven uit de nalatige Lid-Staat. Nu lijkt deze uitbreiding van Francovich op het eerste gezicht wellicht een staaltje van juridische science fiction. Beide auteurs weten echter met kracht van argumenten aannemelijk te maken dat hun gedachte gelet op de aansprakelijkheidscriteria uit Francovich zeker niet onzinnig is. Het zou mij dan ook niet verbazen wanneer dergelijke acties in de toekomst zullen worden ingesteld en toegewezen. Alsdan wordt het wellicht mogelijk dat Nederlandse boeren de schade kunnen verhalen die zij lijden als gevolg van het feit dat de Italiaanse overheid de communautaire superheffingsregelingen jarenlang niet heeft uitgevoerd.

Ten slotte heeft de groeiende *communautaire administratieve samenwerking* op met name het terrein van de handhaving invloed op de rechtsbescherming en het procesrecht. Eerder heb ik reeds een aantal mogelijke consequenties in kaart gebracht, zodat ik hier volsta met een korte opsomming.[290] In de eerste plaats is

---

in: P.J.J. van Buuren e.a. (red.), Milieurecht in stelling, Zwolle 1990, p. 158-181.

287 Met name kan worden gedacht aan allerlei geschillen die nu nog onder de Wet economische delicten vallen, maar in de toekomst – naar het zich laat aanzien – via bestuurlijke boeten zullen worden afgedaan. Vgl. mijn Handhaving van sociaal-economisch recht in Nederland: terugblik en perspectief, RM Themis 1995/5, p. 205-218; zie het CTW-advies 'Handhaving door bestuurlijke boeten', 12 januari 1994 en het Kabinetsstandpunt, TK 1993-1994, 23 400, VI, nr.48.

288 Vgl. de casuspositie in de, in paragraaf 3.2.3 vermelde, zaak *Brasserie de Pêcheur* (C-46/93). Het Franse bedrijf stelde de Duitse overheid aansprakelijk voor de schade die het had geleden, omdat het vanaf 1981 geen bier had kunnen invoeren vanwege het met het EG-recht strijdige Duitse Reinheitsgebot.

289 A. Furrer en A. Epiney, Staatliche Haftung für quantifizierbare Wettbewerbsnachteile aus nicht umgesetzten Richtlinien, JZ 1995, p. 1025-1034.

290 R.J.G.M. Widdershoven, a.w. 1995, p. 216-218. Zie ook de bijdrage van N. Verheij op het DASEC-congres 'Internationale administratieve bijstand in gevallen van EG-fraude' op

er de, voor een effectieve handhaving noodzakelijke grensoverschrijdende informatievoorziening met betrekking tot 'verdachte' personen. Hierbij kunnen vragen worden opgeworpen als, is een dergelijke informatievoorziening door Nederland aan een andere Lid-Staat of aan de Commissie zonder wettelijke grondslag toegestaan?, en, zo ja, kan de betrokken persoon zich hiertegen in rechte verweren? Op sommige terreinen bestaat hierover duidelijkheid, op andere in het geheel niet.[291] In de tweede plaats wordt de bestuursrechter steeds vaker geconfronteerd met besluiten die zijn gebaseerd op documenten en informatie afkomstig van andere Lid-Staten en van de Commissie. De vraag is dan of deze stukken als bewijs toelaatbaar zijn, en, zo ja, welke waarde hieraan kan worden toegekend. Uit de rechtspraak blijkt dat deze vragen afhankelijk van het betrokken beleidsterrein verschillend kunnen worden beantwoord. Zo komt uit een uitspraak van het CBB naar voren dat de terugvordering van uitvoerrestituties door een produktschap kan worden gebaseerd op onderzoek van de Commissie.[292] Het nationale bestuursorgaan blijft overigens wel verantwoordelijk voor de kwaliteit van zijn besluit en moet daarom de toereikendheid van de aan het besluit ten grondslag gelegde Commissie-gegevens ook zelf nagaan en deze, zo nodig, aanvullen. Bovendien moet het betrokken bedrijf in staat worden gesteld zich tegen de betreffende gegevens te verweren. Op het terrein van de mededinging zijn gegevens die de Commissie heeft vergaard met behulp van zijn bevoegdheden op basis van Verordening nr. 17/63, niet als bewijs in een nationale procedure toelaatbaar. Naar het oordeel van het Hof in de zaak AEB zou dit een ontoelaatbare inbreuk op de rechten van verdediging impliceren.[293] Overigens mochten de door de Commissie verstrekte inlichtingen wel worden betrokken bij het oordeel over de opportuniteit van een nationale procedure: het bestaan van eventueel te sanctioneren feiten zou alsdan echter niet mogen worden bewezen door documenten en inlichtingen die van de Commissie zijn verkregen, maar door in het nationaal recht geregelde bewijsmiddelen. Meer in algemene zin kan ten slotte de vraag worden opgeworpen, hoe de Nederlandse bestuursrechter een door een Nederlands bestuursorgaan opgelegde bestuurlijke sanctie moet beoordelen, die (mede) is gebaseerd op buitenlands onderzoek waarbij de in Nederland gebruikelijke rechtswaarborgen niet in acht zijn genomen. Naar mijn opvatting zal hij dit materiaal in elk geval als onrechtmatig verkregen bewijs terzijde moeten schuiven, indien in het buitenlands onderzoek essentiële waarborgen die ook door artikel 6 EVRM worden gegarandeerd (bijv. het verdedigingsbeginsel en het zwijgrecht) zijn geschonden. Aldus krijgen de algemene rechtsbeginselen ook

---

27-28 oktober 1993.

291 Duidelijkheid is er op het terrein dat wordt bestreken door de Wet op de internationale bijstandsverlening bij de heffing van belastingen. Vgl. bijv. AR 15 oktober 1991, tB/S 1991, nr. 136, m.a. dzz.

292 CBB 20 september 1989, AB 1990, 400. Zie voor vergelijkbare overwegingen: CBB 15 juni 1990, AB 1991, 301 en CBB 14 juni 1991, Rechtspraakkatern NJB 1991, p. 1208, nr. 5.

293 HvJEG 16 juli 1992, zaak C-67/91, *AEB*, Jur. 1992, p. I-4785; Rechtspraakkatern NJB 1992, p. 392.

betekenis in de grensoverschrijdende relatie tussen de Lid-Staten onderling en tussen Lid-Staten en de Commissie.

6.7 Conclusie

De structuurkenmerken het bestuursprocesrechtelijke ius commune in wording kunnen als volgt kort worden samengevat. Het ius commune van de geïntegreerde communautair-nationale rechtsorde heeft betrekking op een gedeelde, maar samenwerkende rechtsbescherming. Hierin staan remedies en algemene rechtsbeginselen centraal. Het heeft voorts een eigen karakter, waarin elementen van het recours subjectif en het recours objectif worden gecombineerd. Ten slotte kan het ius commune grensoverschrijdende betekenis hebben.

7 Slotbeschouwing

Bij een lang preadvies past een korte slotbeschouwing. Van de lezer is inmiddels al genoeg gevergd. Daarbij is elk hoofdstuk reeds van een samenvattende conclusie voorzien, zodat het niet nodig is zulks op deze plaats nog eens dunnetjes over te doen.

In dit preadvies is aangegeven dat zich onder invloed van het communautaire recht langzaam maar zeker een *gemeenschappelijk bestuurs(proces)recht* in Europa ontwikkelt. Voorzover het gaat om de uitvoering van het EG-recht in de Lid-Staten wordt deze ontwikkeling door het gemeenschapsrecht, meer in het bijzonder door de rechtspraak van het Hof, dwingend voorgeschreven. Behalve deze gedwongen communautarisering draagt ook het verschijnsel van vrijwillige adoptie of analoge toepassing bij aan de ontwikkeling naar een bestuurs(proces)rechtelijk ius commune: om dispariteiten binnen de nationale rechtsorde te voorkomen gaan Lid-Staten er in sommige gevallen vrijwillig toe over de om Europese concepten ook toe te passen op 'zuiver' nationale terreinen.

Het gemeenschappelijk Europese bestuurs(proces)recht kent een aantal *structuurkenmerken* (hoofdstuk 6). In de eerste plaats is het van toepassing op een gedeelde, maar samenwerkende rechtsbescherming. In de tweede plaats staan de remedies centraal. In de derde plaats nemen de algemene rechtsbeginselen in het ius commune een prominente plaats in. Het heeft, in de vierde plaats, een eigen karakter, waarin elementen van het recours subjectif en het recours objectif worden gecombineerd. Ten slotte kan het ius commune grensoverschrijdende betekenis hebben.

Als gevolg van de ontwikkeling naar een gemeenschappelijk bestuursprocesrecht raken *algemene onderdelen* van het nationale procesrecht meer of minder verregaand gecommunautariseerd. Dit is in het voorafgaande uitvoerig beschreven voor de overheidsaansprakelijkheid (paragraaf 3.2.3), de ambtshalve toepassing van gemeenschapsrecht (hoofdstuk 4) en de voorlopige-voorzieningsprocedure (hoofdstuk 5). Daarnaast is enige aandacht besteed aan communautaire invloeden op de kring van beroepsgerechtigden (paragraaf 6.5) en op de algemene rechtsbeginselen (paragraaf 6.4). Vergelijkbare verhalen zouden kunnen worden gehouden over bijvoorbeeld beroepstermijnen en het bewijsrecht. Dit proces van communautarisering laat overigens ruimte voor de *procesrechtelijke 'eigenheid'* van de Lid-Staten. Het systeem van het Verdrag gaat uit van de vooronderstelling dat een effectieve en behoorlijke rechtsbescherming normaliter op bevredigende wijze kan worden verleend door de nationale rechter in overeenstemming met het

nationale procesrecht. Gelet op het evenredigheidsbeginsel en, in breder verband, het subsidiariteitsbeginsel moet alleen worden ingegrepen in de nationale procesrechtelijke autonomie wanneer dat noodzakelijk is voor een effectieve bescherming van de door het EG-recht verleende rechten (paragraaf 2.6). Hoe de afweging tussen Europeanisering en nationale autonomie in een concreet geval uitvalt wordt uiteindelijk door het Hof bepaald. Soms, zoals bij voorlopige-voorzieningsprocedures in geldigheidskwesties, wordt verregaand ingegrepen in het nationale procesrecht. Gegeven het feit dat de kort-gedingrechter in deze kwesties in wezen optreedt als communautaire rechter is dit overigens zeker verdedigbaar (paragraaf 5.2). Bij de ambtshalve toepassing van gemeenschapsrecht door de rechter laat het Hof daarentegen wel ruimte voor nationale procesrechtelijke eigenheid (paragraaf 5.3).

In welke mate de ontwikkeling naar een bestuursrechtelijk ius commune in de toekomst zal doorzetten, moet worden afgewacht. Voor wat betreft de dwingende communautarisering door de rechtspraak van het Hof zijn er enige tekenen dat een pas op de plaats zal worden gemaakt. In elk geval wordt in een aantal recente arresten de procesrechtelijke autonomie van de Lid-Staten weer meer vooropgesteld dan de laatste jaren gebruikelijk was (paragraaf 2.5). Of deze trend doorzet zal onder meer blijken uit de post-Francovich-rechtspraak wanneer de vraag wordt beantwoord of een eventuele beperking van de Francovich-aansprakelijkheid voor met het EG-recht strijdige wetgeving betekent dat het Nederlandse uitgangspunt van risicoaansprakelijkheid ten dele op de helling moet (paragraaf 3.2.3). Daarnaast zal naar mijn verwachting het proces van congruentie en analoge toepassing belangrijker worden voor de ontwikkeling van het bestuursrechtelijke ius commune. Met name in de sfeer van de algemene rechtsbeginselen bestaan op dit punt nog voldoende mogelijkheden (paragraaf 6.4). Het zou mij dan ook niet verbazen als het onderhavige onderwerp in de toekomst nog vaker op de agenda van deze vergadering zal staan.

Integratie van Nederlands en Europees bestuursrecht – een epiloog[1]

Mr A.W.H. Meij

1. Een kleine dertig jaar geleden heeft de VAR zich samen met de Nederlandse Vereniging voor Europees recht al eens gebogen over de tenuitvoerlegging van gemeenschapsrecht in Nederland. De destijds uitgebrachte preadviezen[2] zijn ook nu nog opmerkelijk lezenswaard. Zij geven inzichten in de invloed van het gemeenschapsrecht op het Nederlandse bestuursrecht, die in een meer of minder verdergevorderd stadium van ontwikkeling ook nu nog (of weer?) in het middelpunt van de belangstelling staan. Wat te denken van de door Brinkhorst gelegde relatie tussen EG-richtlijnen, die zich na het verstrijken van de uitvoeringstermijn voor directe toepassing zouden kunnen lenen, en de terzake aan adequate rechtsbescherming te stellen eisen?[3] Koopmans wijst erop dat de EG-voorschriften op het gebied van de sociale verzekering weliswaar niet meer beogen dan communicatielijnen tot stand te brengen tussen de nationale stelsels, die zij in beginsel onaangetast laten, maar intussen wel de nationale begrippen, waarnaar zij verwijzen, een gemeenschapsrechtelijk karakter geven.[4] Voor het agrarisch recht vermeldt Peiffer dat de EG-landbouwverordeningen zoal niet letterlijk, dan toch naar hun inhoud werden getransponeerd in de sterk erop gelijkende Nederlandse wetgeving. Gelijk iedere administratie, aldus Peiffer, geeft de Nederlandse een beproefde werkwijze ongaarne op.[5] Het is, kan ik uit eigen ervaring melden, ook nu nog oppassen geblazen met de Nederlandse landbouwuitvoeringsregelingen in verhouding tot de EG-teksten. De invloed op het gebied van het vestigingsrecht bleek destijds, nog vóór het eind van de overgangsperiode en de erkenning van de rechtstreekse werking van artikel 52 EG-Verdrag, aanzienlijk minder imposant, al was het maar, zoals Phaf veronderstelde, omdat de met dat Verdrag beoogde vrijheid van vestiging in Nederland al vrijwel was gerealiseerd.[6] Inmiddels lijkt de behoefte aan vestigingsrecht in te sterk afgenomen. Op het gebied van de overheidsaanbestedingen wees Van Poelje op het belang van meet af aan wetgevingsjuristen te betrekken bij de voorbereiding van wetgeving in Brussel

---

1 Met dank aan mr. H.G. Lubberdink voor zijn commentaar.

2 L.J. Brinkhorst, T. Koopmans, A.D. Peiffer, W.M.J.C. Phaf en S.O. van Poelje, Tenuitvoerlegging van gemeenschapsrecht door de Nederlandse overheid, Geschriften van de Vereniging voor Administratief Recht LX, 1968.

3 T.a.p., p. 8 en 21.

4 T.a.p., p. 28, 30.

5 T.a.p., p. 32-33; vgl. laatstelijk bijv. CBb nr. 94/2865/060/013, Loots, 25.10.95, KJB 1996, Katern, p. 158.

6 T.a.p., p. 46.

om al te abrupte botsingen in systematiek te voorkomen. De toenmalige ontwerprichtlijnen waren geheel afgeleid uit de Romaans-rechtelijke traditie van 'contrats administratifs' tussen overheden en aannemers, zonder zichtbaar rekening te houden met de civielrechtelijke stelsels, zoals toegepast in Nederland en Duitsland.[7]

Ziedaar enkele typerende invloedselementen, waarmee het bestuursrecht toen al werd belaagd. Het ziet er intussen naar uit dat het Europees recht en het Nederlands bestuursrecht na de aan deze preadviezen gewijde bijeenkomst opgewekt ieder huns weegs zijn gegaan en enkele decennia lang hun gescheiden wegen hebben vervolgd. Het leek wellicht mogelijk het Europees recht te vereenzelvigen met het proces van functionele (economische) integratie in de context waarvan het zich ontwikkelde, en het aldus te scheiden van de algemene doctrine. De invloed van het Europees recht doet zich dan gelden in het economisch bestuursrecht en voorts op enkele bijzondere deelgebieden, die door grensoverschrijdende aanknopingspunten of bijzondere harmonisatie-initiatieven raakpunten vertonen, zoals het milieurecht en het omzetbelastingrecht. Het nationaal georiënteerde algemeen deel, druk met de eigen ontwikkeling, interne harmonisatie en codificatie en wat de rechtspraak betreft grootscheepse reorganisatie, leek zo bezien onaangeroerd.

Sinds de tweede helft van de jaren tachtig is, op de golven van de beweging naar '1992', sprake van een opleving van de belangstelling. Het NJB waarschuwde in 1989 dat de bestuursjuristen de Europese juridisering van het bestuur niet aan de gespecialiseerde vakbroeders van het economisch bestuursrecht mogen overlaten.[8] De helse tijden die hun werden voorspeld om dat fenomeen bij te benen, zijn inmiddels ruimschoots aangebroken. De preadviezen van Steyger en Widdershoven leveren daarvoor een rijkdom aan materiaal. Met deze bijdrage wordt niet meer beoogd dan, als kort naschrift daarbij, elementen voor een geïntegreerde benadering aan te stippen. Ik zal mij daarbij beperken tot het communautaire bestuursrecht in enge zin en het Nederlandse bestuursrecht, en verwijzen naar de preadviezen van Steyger en Widdershoven.

2. De Moor-van Vugt en Mortelmans hebben met hun brandbrief aan bestuursrechtelijk Nederland in NTB 1993/1 het pad geëffend. Zij wijzen op diverse benaderingsmogelijkheden – analyse van Europeesrechtelijke invloeden op het bestuursrecht, analyse van invloed van het nationaal bestuursrecht op het EG-recht, vergelijkende analyse van Europees en nationaal bestuursrecht – en kritiseren dat in de algemene literatuur, noch in de Algemene wet bestuursrecht pogingen zijn gedaan tot een systematische inbedding van het Europees bestuursrecht in het Nederlands bestuursrecht.[9] Al zulke benaderingswijzen hebben zo

---

7 T.a.p., p. 60. Zie ook Advies 90/22 van de Commissie voor de Toetsing van Wetgevingsprojecten over de implementatie van EG-regelgeving in de nationale rechtsorde en Steyger, par. 3.2.2.

8 In een speciaal Europa 1992, naar aanleiding van een door de VAR belegde studiemiddag over het thema Bestuursrecht na 1992, NJB 1989, p. 780.

9 Europees bestuursrecht: de oude en de nieuwe agenda, NTB 1993/1, p. 10 e.v.

hun mooie, verhelderende kanten. Zij plegen echter uit te gaan van zekere dialectische vooronderstellingen, die het beeld enigszins kunnen vertroebelen, doordat de nadruk valt op onderscheiding en tegenstelling in plaats van synthese. Om soortgelijke redenen draagt typering van de EG als vierde bestuurslaag niet onmiddellijk bij tot inzicht in de effecten daarvan – want daar gaat het, dunkt mij, om.[10] De vraag is hoe enig zicht te krijgen valt op de integrerende eigenschappen van het Europees recht.

Eén ding staat hierbij vast: aan de bestuursrechtelijke rechtsbronnen is een nieuwe serie toegevoegd met indringende gevolgen voor de traditionele bronnen van nationale herkomst. Meer algemeen gesproken maakt de beïnvloeding door het Europees recht deel uit van een proliferatie van bronnen van bestuursrecht van buitennationale oorsprong, die daaraan een geïnternationaliseerd en meer en meer pluralistisch karakter geeft.[11] Die beïnvloeding lijkt te worden gedragen door kenmerkende eigenschappen van het Europees recht, die dwingen tot integratie van rechtsbronnen en uitvoeringsmechanismen door naar nationaal en communautair niveau te onderscheiden wetgevende, bestuurlijke en rechterlijke jurisdicties. Het begrip integratie – afkomstig van integratio-hernieuwing – spruit etymologisch voort uit een ontkenning (in-tangere = niet-aanraken), die het de betekenis meegeeft, niet van aanraking of beïnvloeding van onderscheiden delen, maar van hernieuwing tot een geheel. Naar analogie van de economische integratie, waar het allemaal mee begonnen is, zou men kunnen zeggen dat de ontwikkeling van een geïntegreerde markt voor het bestuursrechtelijk discours in volle gang is. Daarbij valt onmiddellijk op te merken dat, hoezeer ook door politieke motieven geïnspireerd, de aanvankelijk verwachte spill-over-effecten van het economische integratieproces naar het politieke domein op spanningen zijn gestuit die in de politieke 'pijlers' (justitie en binnenlandse zaken en buitenlands en veiligheidsbeleid) van het Verdrag van Maastricht maar al te zichtbaar zijn geworden. Zo bezien komt het al wat begrijpelijker voor dat aan ontwikkelingen in het economisch bestuursrecht niet onmiddellijk gevolgtrekkingen voor het algemeen deel werden verbonden. Mijn stelling is dat de proliferatie van EG-invloeden op deelgebieden en de effecten van het EG-recht op de traditionele instituties van het bestuursrecht een verschuiving van het perspectief te zien geven, die tot een kwalitatieve heroriëntatie noopt. Deze laat zich misschien het best toelichten aan de hand van de verschuiving van de verhoudingen tussen in beginsel autonome bestuursrechtsystemen in de gefaseerde ontwikkeling van het gemeenschapsrecht.

3. Het is gemeengoed dat het Europees recht een autonome rechtsorde vormt ten opzichte van het nationaal zowel als het internationaal recht. De hoekstenen van deze autonomie, gevormd door de leer van de rechtstreekse werking en de

---

10 Vgl. De gevolgen van een Europese 'vierde' bestuurslaag, rapport van een werkgroep van de EBN, Den Haag 1991.

11 Vgl. U. Rosenthal e.a. (red.), De rechtsstaat onbegrensd? Recht en rechtvaardiging van Nederlands en Europees bestuur, congrespublikatie 1990 van de Vereniging voor bestuurskunde, 's-Gravenhage 1991.

eis van uniforme toepassing van het communautaire recht in de hele Gemeenschap, impliceren dat het EG-recht deel uitmaakt van de nationale rechtsorde – in de termen van de jurisprudentie: in de rechtsorden der Lid-Staten is opgenomen – en voorrang geniet boven onverenigbaar nationaal recht. Daarmee is de grondslag voor integratie van Europees en nationaal recht gegeven en meteen de rangorde bepaald. Typerend voor de aard van de vragen die zich aanvankelijk voordeden, is dat deze leerstukken zijn ontwikkeld om het hoofd te bieden aan klassieke staatsrechtelijke vragen omtrent de aard van de verhouding tussen communautair en nationaal recht en de wijze van doorwerking in de nationale rechtsorde. Kenmerkend voor de wijze van oplossing is dat ze, bij ontbreken van verdragsbepalingen daarover, als rechtersrecht zijn gevormd en dientengevolge, via de liaison van artikel 177 van het EG-Verdrag, in sterke mate zijn georiënteerd op de functie van de rechter en de rechtsbescherming van particulieren, in het bijzonder tegenover nationale overheden.

Op het eerste punt hebben zich in Nederland geen noemenswaardige moeilijkheden voorgedaan. Integendeel, het stelsel van de Nederlandse Grondwet gaf juist aanleiding tot vragen, die het Hof van Justitie gelegenheid gaven het leerstuk van de rechtstreekse werking te ontwikkelen.[12] Door het gemeenschapsrecht autonome werking toe te kennen worden intussen de constitutionele stelsels van de Lid-Staten voor de doorwerking van internationaal recht gepasseerd en uiteenlopende oplossingen vermeden. Het voorrangsbeginsel maakt het mogelijk conflicten tussen communautaire en nationale normen van positief recht op te lossen volgens de regel dat onverenigbare nationale voorschriften buiten toepassing blijven. Het Simmenthal-arrest[13] gaat een stapje verder door te postuleren dat de volle werking van het EG-recht met inachtneming van het voorrangsbeginsel ook in de weg staat aan de geldige totstandkoming van onverenigbaar nationaal recht. Het onderstreept daarmee de onbevoegdheid in zoverre van nationale wetgever en bestuur. De benadering van het nationaal bestuursrecht door het Europees recht op deze grondslag is nog betrekkelijk defensief en toegesneden op negatieve aanpassingsverplichtingen (wat niet meer mag). In een periode, waarin de verplichtingen van de Lid-Staten vooral strekten tot verwijdering van verkeers- en mededingingsbelemmerende voorschriften uit hun wetgeving en bestuurspraktijk (negatieve integratie), is daarmee veel gewonnen.

Op het tweede punt valt op te merken dat de Europese Commissie in haar toezichthoudende rol de Lid-Staten als zodanig weliswaar kan aanspreken op de nakoming van hun communautaire verplichtingen, sinds het Verdrag van Maastricht zelfs onder bedreiging van een boete of dwangsom bij niet-nakoming van een arrest van het Hof inzake verdragsschending. Voor de effectieve ontplooiing van het gemeenschapsrecht is het optreden van particulieren voor de rechter om de hen toekomende rechten, als weerslag van de verplichtingen voor hun overheden, op te eisen echter minstens zo belangrijk, zo niet belangrijker gebleken.

---

12 Vgl. A.M. Donner, Vervlechting van gemeenschapsrecht en Nederlands recht, R.M. Themis 1980, blz. 359.

13 Zaak 106/77, Jurispr. 1978, blz. 644.

Tegenover de autonomie van het gemeenschapsrecht staat een uitgangspunt dat samenhangt met de struktuur van de communautaire verdragen en dat het nationale bestuursrecht een stevige positie leek te geven. De EG-verdragen voorzien weliswaar in een eigen institutionele bewerktuiging, waarin – zij het in een eigen opzet – de klassieke wetgevende, bestuurlijke en rechtsprekende functies zijn vertegenwoordigd. De in de verdragen neergelegde materiële rechtsordening is echter in sterke mate opgebouwd vanuit een instrumenteel georiënteerd, gelaagd doel-middel model. Daaruit vloeien reeksen negatieve en positieve aanpassingsverplichtingen voor de Lid-Staten voort, die dwars door bestaand nationaal recht heensnijden en nationaal beleid in belangrijke mate sturen. Voor de tenuitvoerlegging van autonoom communautaire beleidsmaatregelen beschikken de EG bovendien maar in uiterst beperkte mate over een eigen uitvoeringsorganisatie, zodat daarvoor grotendeels moet worden teruggegrepen op de bestuurlijke organisaties van de Lid-Staten. Het autonome gemeenschapsrecht heeft met andere woorden om tot volle wasdom te komen het nationaal bestuursrecht hard nodig. Als uitgangspunt geldt daarbij het vooral in de Franse literatuur wel bestudeerde beginsel van de nationale institutionele autonomie.[14] Volgens dat van meet af aan in de jurisprudentie erkende beginsel blijft de wijze van nakoming van communautaire verplichtingen, de aanwijzing van de bevoegde organen en de regeling van de te volgen procedures een aangelegenheid van de Lid-Staten zelf. Dit punt kwam aan de orde naar aanleiding van een prjudiciële vraag in verband met de deugdelijkheid van de delegatie van bevoegdheid inzake vergunningverlening voor de invoer van appels uit derde landen aan het produktschap voor groenten en fruit, ter uitvoering van de EG-regeling ter zake. Het Hof van Justitie antwoordde onomwonden dat de vraag op welke wijze de Lid-Staten bepaalde nationale organen kunnen belasten met de uitoefening van hen toegekende communautaire bevoegdheden en de nakoming van hen opgelegde verplichtingen uitsluitend een aangelegenheid is van het constitutionele bestel van elke Lid-Staat.[15]

Het leek er dus op dat het gemeenschapsrecht niet raakt aan de inrichting van het constitutionele en bestuursrechtelijke bestel van de Lid-Staten. Dit uitgangspunt verdient echter meteen relativering. Het vereiste van uniforme toepassing blijkt de nationale bestuursrechtelijke autonomie te beperken en zo een coördinerende invloed uit te oefenen op de uitvoering van gemeenschapsrecht in de onderscheiden Lid-Staten. Een – terugkijkend – simpel voorbeeld kan dit illustreren: in een vroege periode, waarin de EG-regeling inzake restituties bij uitvoer van landbouwprodukten nog niet voorzag in een uniform aanvraagformulier, stelde de Duitse uitvoeringsregeling eigen vormvereisten, op straffe van verval van het recht op restitutie bij niet-naleving daarvan. Het gaat daarbij om tijdige melding van de restitutieaanvraag aan de douane, zodat controle op de conformiteit van de goederen kan plaatsvinden. Daartoe is een schriftelijk verzoek op het

---

14 Vgl. J. Rideau, Le rôle des Etats Membres dans l'application du droit communautaire, AFDI 1972, blz. 865 e.v.

15 Gev. zaken 51-54/71, Jurispr. 1971, blz. 1107.

douane-uitvoerdocument voldoende. Het Hof erkende dat bij de tenuitvoerlegging van een EG-verordening in beginsel de nationale vorm- en procedurevoorschriften moeten worden aangehouden, maar dat uitgangspunt moet wel in overeenstemming zijn te brengen met de eis van eenvormige toepassing van het gemeenschapsrecht, om ongelijke behandeling van exporteurs in verschillende Lid-Staten te voorkomen. Nadere nationale vormeisen mogen daarom wel worden gesteld, maar niet op straffe van verval van recht.[16] Aanzienlijk verder gaat de curieuze schadevergoedingsregeling in de zgn. Slom-quota-affaire. Deze blijkt in te breken in de verhouding tussen de minister van Landbouw en de aan hem ondergeschikte, met de uitvoering van die regeling belaste directeur door een rechtstreekse mandaatsverhouding te creëren tussen de uitvoerende directeur en – niet de minister, maar – de aansprakelijke EG-instellingen. De bevoegdheid van de nationale rechter stuit, ook afgezien daarvan, al af op de exclusieve competentie van de gemeenschapsrechter inzake niet-contractuele aansprakelijkheid van de EG.[17] Van een naar autonoom nationaal recht uit te voeren, communautair medebewind is hier intussen geen sprake meer. Een per EG-verordening juncto nationale uitvoeringsregeling verstrekt mandaat is nu ook niet een figuur die de lezer van de derde Awb-tranche onmiddellijk invalt.

Er is echter, zoals de preadviezen van Steyger en Widdershoven laten zien, veel meer aan de hand. Het door de uitvoering van het programma voor 1992 in omvang enorm toegenomen gemeenschapsrecht verlangt actief optreden van wetgever en bestuur om aan positieve aanpassingsverplichtingen van materieel recht te voldoen en als afgeleide, ook aanpassingen op het institutionele vlak. De in recente literatuur uitvoerig besproken rechtspraak ter zake is ook nu in hoofdzaak toegesneden op de rechtsbescherming van particulieren bij ontbreken van voldoende en tijdige naleving van EG-recht door nationale overheden.[18] De effectieve werking van het gemeenschapsrecht verlangt onbelemmerde toegang tot de rechter, aan doel en strekking ervan conforme uitleg van nationaal recht, bescherming van rechten in kort geding, ook indien naar nationaal recht niet voorzien, gelijke behandeling naar de stand van het recht zonder onverenigbare discriminatie, toereikende handhaving en sanctionering en, als stok achter de deur, aansprakelijkheid van de staat. Deze oriëntatie op handhavings- en rechtsbeschermingsvragen impliceert niet dat de instituties – organisatie en leerstukken – van het bestuursrecht overigens buiten schot blijven; zij is alleen een gevolg van het feit dat tekortkomingen nu eenmaal in laatste instantie in de rechtspraak tot uitdrukking komen. Voor autonome ontwikkeling van nationaal bestuursrecht is al bij al nauwelijks meer plaats.

4. De afneming van de institutionele autonomie van het nationaal bestuursrecht

16 Zaak 94/71, Schlüter, Jurispr. 1971, blz. 307.

17 CBB nr. 94/1409/060/233, Erven Attema, 6.12.95, n.n.g.

18 Steyger, par. 3.3.2, 3.3.3, Widdershoven, hfst. 2, 3 en 5 en daar aangehaalde literatuur met name Curtin/Mortelmans, Application and Enforcement of Community Law by the Member States: Actors in Search of a Third Generation Script, Institutional Dynamics of European Integration, Essays in honour of H.G. Schermers, Volume II, 1994, p. 423.

wordt in belangrijke mate gedragen door twee eisen, die in het licht van rechtstreekse werking en voorrang tot integratie dwingen, te weten uniforme toepassing en effectieve werking van EG-recht. Bij de vervulling van deze eisen komt een centrale rol toe aan het in artikel 5 EG-Verdrag besloten beginsel van gemeenschapstrouw, dat meer specifieke aanwijzingen in verdragsbepalingen en secundair recht steunt en stuurt. Dit veelvormige beginsel sluit onder meer de verplichting in om de effectieve toepassing van het gemeenschapsrecht te verzekeren en die om bescherming van daaruit voortvloeiende rechten veilig te stellen.[19] De hiervan uitgaande invloeden op het algemeen deel zijn, voor wat betreft het beginselenrecht, bestuurlijke organisatie en procedures en bestuursprocesrecht overzichtelijk in kaart gebracht in het Nederlandse rapport voor het zgn. Schwarze-project.[20] Bij Steyger en Widdershoven is een aantal implicaties daarvan verder uitgewerkt. Ik volsta met enkele aantekeningen.

Een eerste is dat de rechtstreekse werking van een reeks verdragsbepalingen de uitoefening van uitsluitend aan nationale wetgeving ontleende beleids- of beoordelingsbevoegdheden op zeer uiteenlopende terreinen conditioneert. Ook bij ontbreken van om te zetten of uit te voeren EG-maatregelen hebben bestuursorganen dus een permanente EG-reflex in de uitoefening van hun bevoegdheden te integreren. Differentiëren van gevallen met grensoverschrijdende aanknopingspunten waarin die reflex tot inperking van handelingsvrijheid moet leiden, en zuiver interne situaties waarin dat niet het geval is, ligt daarbij niet onmiddellijk voor de hand. Aan eigen onderdanen eisen stellen die aan EG-onderdanen niet worden gesteld (omgekeerde discriminatie) komt nu eenmaal niet aantrekkelijk voor. Zo wordt, bijvoorbeeld, de beoordelingsruimte van de minister van Verkeer en Waterstaat bij de keuze van criteria voor de verdeling van etherfrequenties voor commerciële omroep op grond van de Wet telecommunicatievoorzieningen voor wat betreft gegadigden uit andere Lid-Staten mede bepaald door rechtvaardigings- en evenredigheidseisen voortvloeiend uit artikel 59 EG-Verdrag. De in artikel 3:4 van de Awb geformuleerde maatstaven sluiten hier in zekere mate bij aan, zodat een geïntegreerde benadering voor de hand ligt.[21]

Een tweede aantekening betreft de integratie van legaliteitseisen. De omzetting van EG-richtlijnen in Nederlands recht is niet alleen een technische operatie, die aandacht vraagt uit het oogpunt van wetgevingssystematiek, uitvoeringsorganisatie en door titel 1.2 van de Awb inmiddels vergemakkelijkte tijdige uitvoering. Waar het inhoudelijk te verwezenlijken resultaat naar gemeenschapsrecht vaststaat, verlangt de keuze van vorm en middelen ter omzetting en uitvoering in nationaal recht een afstemming van communautaire en nationale legaliteitseisen. Wordt, bijvoorbeeld, de heffing van btw nu gelegitimeerd door de EG-richtlijnen

---

19 Vgl. Kapteyn-Verloren van Themaat, Inleiding tot het recht van de EG, 5e druk, 1995, blz. 97 e.v.

20 R. Widdershoven en R. de Lange, Tendencies towards European standards in national administrative law, Dutch report, 1994, nog niet verschenen. Zie ook het in juni in SEW verschijnende Nederlandse rapport voor het Fide-congres 1996, over procedures en sancties in het economisch bestuursrecht.

21 Vgl. CBb 18 maart 1995, SEW 1995, 540 m.n. Mortelmans

ter zake of door de Nederlandse wet? Het antwoord op zulke vragen zal doorgaans ergens halverwege liggen. Nu is de btw ongetwijfeld aan te merken als een belasting van het Rijk, althans voorzover zij niet behoort tot de zgn. eigen middelen van de EG, maar de communautaire grondslag relativeert de betekenis van artikel 104 van de Grondwet. Anderzijds rechtvaardigt, zeker ingeval van 'ingrijpend bestuur', de keuze van de aan te wenden vorm en middelen, bedoeld in artikel 189 EG, enige hoofdbrekens op dit punt. Bij de uitvoering van op zichzelf reeds algemeen verbindende EG-verordeningsvoorschriften[22] kunnen zich soortgelijke vragen voordoen. In een zaak over de medeverantwoordelijkheidsheffing in de sector granen ontkwam het CBb aan de klacht dat de uitvoeringsregeling met artikel 104 Grw. in strijd was door de heffing te kwalificeren als een EG-maatregel, niet zijnde een belasting van het Rijk, maar het voegde daar veiligheidshalve wel aan toe dat de uitvoeringsregeling voldoende grondslag vond in de Landbouwwet.[23] Een ander opmerkelijk geval levert de bestuursovereenkomst tussen de minister van Sociale Zaken, namens de staat, en de Arbeidsvoorzieningsorganisatie ter uitvoering van de EG-verordeningen inzake subsidies uit het Europees Sociaal Fonds.[24] Deze voorziet wel in uitvoering binnen het kader van de Arbeidsvoorzieningswet, maar verschaft daarmee aan de aanwijzing als zodanig van de Arbeidsvoorzieningsorganisatie als bevoegd uitvoeringsorgaan nog geen wettelijke grondslag. De toelichting bij de subsidietitel van de derde Awb-tranche vermeldt weliswaar dat op subsidëring door Nederlandse bestuursorganen ten laste van de EG-begroting de Awb mede van toepassing is, voor zover de betrokken EG-verordeningen geen andersluidende voorschriften geven, maar maakt anderzijds een uitzondering voor het nationaal wettelijke grondslagvereiste voor Europese subsidieprogramma's, ook voorzover die een communautaire wettelijke grondslag missen. Niet geheel duidelijk is hoe in dit verband de cofinanciering van dezelfde ESF-plannen en -programma's door Nederlandse bestuursorganen zelf te zien is.[25] Een en ander illustreert slechts het belang van een geïntegreerde benadering van communautaire en nationale legaliteitsbeginselen.

Een derde aantekening betreft de relativering van de betekenis van de Awb door het Europees recht. Deze materie is door De Moor-van Vught en Mortelmans[26] en anderen al op veel punten van commentaar voorzien. De vraag wanneer nu wel of niet sprake is van een besluit in de zin van artikel 1:3 van de Awb, met gevolgen voor de toegang tot de nationale, dan wel de EG-rechter, verdient bijzondere aandacht. In het Borelli-arrest[27] verwierp het Hof van Justitie een rechtstreeks beroep tegen een weigering van de Commissie om een projectsubsidie te verstrekken uit het landbouwstructuurfonds. Het achtte zich niet bevoegd

---

22 Vgl. Steyger, par. 3.2.

23 CBb 10 augustus 1990, nr. 88/2586/01/013, bij mijn weten niet gepubliceerd.

24 Stcrt. 1991, 192.

25 Vgl. TK 1993-1994, 2300, art. 4.2.1.3, derde lid, onder b. Zie ook D.E. Comijs, De tenuitvoerlegging van de Europese structuurfondsen in Nederland, NTB 1995,1.

26 T.a.p.

27 Zaak C-97/91, Jurispr. 1992 I-6313; zie Widdershoven, par. 6.4.

de rechtmatigheid van het ter zake aan de Commissie uitgebrachte negatief advies van het nationaal uitvoeringsorgaan te beoordelen en knoopte daar de gevolgtrekking aan vast dat ter zake van zodanig advies beroep bij de nationale rechter open dient te staan. Geheel bevredigend lijkt de redenering niet, omdat niet goed valt in te zien waarom het Hof niet de deugdelijkheid van de aan de Commissiebeschikking ten grondslag gelegde motivering en in dat verband de deugdelijkheid van het nationaal advies zou mogen onderzoeken. Beslissend punt is echter dat het advies de Commissie bindt en derhalve zelf al bepalend is voor het recht op subsidie. Niet aannemelijk is dat dit ook het geval zal zijn bij een positief advies, zodat. De naar het schijnt bindende adviezen van het voor de uitvoering van het ESF voorziene comité van toezicht roepen eenzelfde vraag op en bovendien nog de vraag naar de kwalificatie van dat comité als bestuursorgaan. En wat is in dit verband eigenlijk de aard van de door de minister van sociale zaken bij bovenvermelde bestuursovereenkomst voorbehouden bevoegdheid om naar Brussel door te geleiden plannen en programma's te toetsen?

Een stuk verder breekt nog het zgn. communautair douanewetboek in de zojuist verworven eenheid van het Nederlands bestuursrecht in. Het introduceert een eigen beschikkingsbegrip, omschreven als elke administratieve beslissing verband houdend met de douanewetgeving, over een bepaald geval en met rechtsgevolgen voor een of meer personen, waaronder in welk geval te rangschikken zgn. bindende tariefinlichtingen. Het regelt de te volgen administratieve procedures tot en met het recht om tegen beschikkingen beroep in te stellen en introduceert in dat verband het belangvereiste van artikel 173 van het EG-Verdrag (rechtstreeks en individueel raken). Alleen de regeling van de 'tenuitvoerlegging van de beroepsprocedure' wordt aan de Lid-Staten overgelaten.[28] Heel dramatisch hoeft een en ander niet te zijn, nu het douanerecht sowieso een heel gespecialiseerd gebied is, maar toch, wie sprak nog van uniform bestuursprocesrecht?

5. De verschenen commentaren en de voorgaande kanttekeningen betekenen allerminst dat het nationaal bestuursrecht zijn betekenis voor de interne verhoudingen en als voertuig voor de uitvoering van het gemeenschapsrecht verliest. Het heeft echter ingeboet aan autonomie, doordat het deel is gaan uitmaken van een groter geheel. De vereisten van uniforme toepassing en effectieve werking van het gemeenschapsrecht oefenen dwingende invloeden uit tot aanpassing van het nationaal recht. Het lijkt verleidelijk om waar mogelijk te differentiëren naargelang gemeenschapsrecht al dan niet aan de orde is. Nodig is dat alleen in organisatorische zin om bevoegdheids- en besliscentra met bijbehorende verantwoordelijkheden en aansprakelijkheden te onderscheiden. Voor het overige is het wellicht tot zekere hoogte onvermijdelijk, omdat het bekende, de traditie, nu eenmaal niet zomaar wordt opgegeven. Dit geldt temeer nu het streven naar codificatie van bestuursrechtelijke tradities, belichaamd in de Awb, nog maar net vruchten afwerpt. Traditie is echter niet statisch, zoals Giddens opmerkt: 'it has

28 Verordening (EEG) nr. 2913/92, Pb EG, L302, artt. 4, lid 5, 6, 11, 243, 245.

to be reinvented by each new generation, as it takes over its cultural inheritance from those preceding it.'[29]

29 The consequences of modernity, Stanford 1990, p. 37.

Bestuur en ereleden

Bestuur
Mr. J.B.J.M. ten Berge (voorzitter)
Mr. H.G. Lubberdink (secretaris)
Mr. L.H. Tjin (penningmeester)
Mr. W. van den Brink
Mr. H.J.G. Bruens
Mr. E. Korthals Altes
Mr. Ch.J. Langereis
Mr. R.H. Lauwaars
Mr. J.H.A.G. van Maasakkers
Dr. I.Th.M. Snellen
Mr. P.B.J.M. Thomassen
Drs. C.J.N. Versteden

Ereleden
Mr. A.D. Belinfante
Mr. J. van der Hoeven
Mr. J.M. Polak
Mr. A. Rothuizen-Geerts
Mr. M. Scheltema
Mr. F.W. ter Spill

Overzicht van de preadviezen uitgebracht voor de VAR

*De met * aangeduide preadviezen zijn nog verkrijgbaar bij de uitgever of via de boekhandel*

II	mr. A. Koelma mr. R. Kranenburg	De verhouding van staatsrecht en administratief recht	(1940)
IV	mr. J. Kruseman mr. J.H. Scholten	De verhouding van administratief recht en burgerlijk recht	(1941)
VI	mr. A. Kleyn mr. J.V. Rijperda Wierdsma	De rechtsgevolgen van formeel onjuiste of onbevoegd genomen (verrichte) handelingen of besluiten	(1942)
VIII	mr. L.J.M. Beel mr. G.J. Wiarda	Publiekrechtelijke overeenkomsten	(1943)
X	mr. E. Bloembergen mr. H.E.R.E.A. Frank	Administratieve rechtspraak op economisch terrein	(1946)
XIII	mr. J.M. Kan mr. W.G. Vegting	De grenzen van de verordenende bevoegdheid van de gemeente	(1947)
XV	dr. G.A. van Poelje mr. A.M. Donner dr. Jules Lespes	Codificatie van de algemene beginselen betreffende het administratief recht	(1948)
XVII	mr. S. Fockema Andreae mr. D. Simons	Het administratief recht in de Grondwet	(1949)
XIX	dr. S.O. van Poelje mr. C.H.F. Polak	Het begrip 'algemeen belang' in de verschillende onderdelen van het administratief recht	(1950)
XXII	mr. H. Fortuin mr. A.J. Hagen	De voorwaardelijke beschikking	(1951)
XXIV	dr. I. Samkalden mr. G.J. Wiarda	Algemene beginselen van behoorlijk bestuur	(1952)

XXVI	dr. J.W. Noteboom mr. L.R.J. Ridder van Rappard	Samenwerking van overheid en particulieren	(1953)
XXIX	dr. W.F. Prins mr . H . D . van Wijk	Politiedwang	(1954)
XXXI	mr. D. Simons dr. F.E. de Visschere mr. S.F.L. Baron van Wijnbergen	Bestuursrecht en bestuurskunde	(1955)
XXXIV	dr. B. de Goede dr. M. Troostwijk	Het gebruik maken van burgerrechtelijke vormen bij de behartiging van openbare belangen	(1956)
XXXVI	mr. A. D . Belinfante mr. A. Mulder	De verhouding van administratieve sancties en straffen	(1957)
XXXVIII	mr. J. Korf mr. L.G. van Reijen	De overgang van rechten en verplichtingen uit administratieve rechtsbetrekkingen	(1958)
XL	mr. B. Bolkestein dr. D. van der Wel	Het goedkeuringsrecht	(1958)
XLII	mr. A.M. Donner mr. I. Samkalden	Zijn de traditionele vormen en begrippen van het bestuursrecht toereikend bij de uitbreiding van de overheidstaak met name op sociaal en economisch gebied?	(1960)
XLIV	mr. R.A.V. Baron van Haersolte dr. H.A. Brasz mr. J.G. Steenbeek	De overheidssubsidie	(1961)
XLVI	mr. W. F. Leemans mr. W.M.J.C. Phaf	Figuren als overdracht, machtiging en opdracht met betrekking tot bestuursbevoegdheden	(1962)
XLIX	mr. E.H. s'Jacob mr. J.C. Somer	De onderlinge verhouding van wettelijke voorschriften van verschillende wetgevers afkomstig	(1963)
LIV	mr. W. Duk mr. H.J.M. Jeukens	Terugwerkende kracht	(1965)
LVII	mr. J.M. Kan mr. N.H. Muller mr. R. Streng	Doeltreffendheid van het administratief beroep	(1966)

LIX	mr. D. van Duyne mr. J. Bulthuis	Het plan in het openbaar bestuur	(1967)
LX	mr. L.J. Brinkhorst mr. T. Koopmans mr. A.D. Peiffer mr. W.M.J.C. Phaf prof. mr. S.O. van Poelje	Tenuitvoerlegging van Gemeenschapsrecht door de Nederlandse overheid	(1968)
LXII	mr. O.A.C. Verpalen mr. F.J. Beunke	Schadevergoeding terzake van rechtmatige overheidsdaad	(1969)
LXIV	mr. F.H. van der Burg	Overheid en onderdaan in een representatieve democratie	(1970)
LXVI	mr. J.A.M. van Angeren mr. Th. J.C. Verduin	De sanctionering van het administratief recht	(1971)
LXIX	mr. A.M. Donner mr. P.J Boukema mr. H.J.M. Jeukens	Naar aanleiding van enkele belangrijke aspecten van het rapport van de Staatscommissie Cals/Donner	(1972)
LXX	mr. L.J.M. de Leede mr. J.P. Scheltens	Het sociale verzekeringsrecht en het belastingrecht in het administratieve recht	(1973)
LXXIV	mr. M. Scheltema mr. W. Konijnenbelt	De rechtsverwerking in het administratieve recht	(1975)
LXXVI	mr. B. Plomp drs. E.L. Berg	Milieuheffingen	(1975)
LXXVIII	mr. W. Brussaard J. Rothuizen	Nieuwe juridisch-bestuurlijke ontwikkelingen in de ruimtelijke ordening	(1976)
LXXX	mr. S.V. Hoogendijk-Deutsch mr. R. Samkalden	Advisering in het bestuursrecht	(1978)
LXXXII	mr. A.G. van Galen mr. H.Th.J.F. van Maarseveen	Beginselen van administratief procesrecht	(1978)
LXXXIV	mr. R. Bergamin mr C.J.G. Olde Kalter	Overheidspersoneel en grondrechten	(1979)
LXXVI	mr. F.W. ter Spill mr. A.Q.C. Tak	Onwetmatig bestuur	(1981)
LXXXVIII	mr. P.J.J. van Buuren mr. M. de Groot-Sjenitzer	De omvang van de rechtsbescherming	(1982)

XC	mr. F.J.P.M. Hoefnagel mr. drs. Alex Reinders	Kunst, kunstbeleid en administratief recht	(1983)
XCII	mr. Chr. Kooij dr. F.P.C.L. Tonnaer	Vergunningverlening in stroomversnelling	(1984)
XCIII	mr. D.W.P. Ruiter drs. C.J.N. Versteden	Het gelijkheidsbeginsel in het administratieve recht	(1985)
XCIV	mr. D.A. Lubach mr. W.A.M. van Schendel	Bestuursrecht en (nieuw) burgerlijk recht	(1986)
XCVI	mr. H.Ph.J.A.M. Hennekens mr. J.W. Ilsink mr. R.E. de Winter	De praktijk van toetsing van gemeentelijke regelgeving	(1987)
XCIX	mr. E.M.H. Hirsch Ballin mr. J.H. van Kreveld	Rechtsstatelijke subsidieverhoudingen	(1988)
	mr. drs. J.P. Balkenende mr. drs. B.M.J. van der Meulen mr. J.S. van den Oosterkamp mr. G. Sebus mr. W.A.C. Verouden mr. drs. S.O. Voogt	Bestuursrecht na 1992	(1989)
102	mr. N.S.J. Koeman mr. J.H.W. de Planque	Overheidsaansprakelijkheid administratieve en burgerlijke rechter	(1989)
104	mr. Th.G. Drupsteen mr. K.J. Kraan	De beslechting van bestuursgeschillen	(1990)
106	mr. J.B.J.M. ten Berge mr. E.J. Daalder dr. J. Naeyé	De Nationale ombudsman*	(1991)
108	mr. M.B. Koetser mr. Ch.J. Langereis mr. R.M. van Male	De belanghebbende*	(1992)
110	mr. H. Franken mr. dr. I.Th.M. Snellen mr. J. Smit mr. A.W. Venstra	Beschikken en automatiseren*	(1993)
112	mr. D. Allewijn prof. mr. P. Nicolaï mr. M. Schreuder-Vlasblom	Het nieuwe bestuursprocesrecht*	(1994)

114	mr. J.T.K. Bos mr. G.A.M. Giesen mr. J. de Groot prof.mr.drs. F.C.M.A. Michiels	Handhaving van het bestuursrecht*	(1995)