

## Geen ambtshalve toepassing van Europees recht

Vragen van het CBb inzake Van der Weerd e.a. beantwoord

Mr. N.J.M. de Munnik

**E**r heeft enige tijd onzekerheid geheerst of de (bestuurs)rechter ambtshalve het gemeenschapsrecht moet toepassen. In een aantal arresten van het HvJ EG werd stellig de nadruk gewekt dat dat wel moest, daar die lijn niet altijd geheel eenduidig was. Met de zaak-Van der Weerd is nu een antwoord op die vraag gegeven: geen ambtshalve toepassing van het gemeenschapsrecht. Hierna wordt dit arrest, binnen het historische kader, besproken en wordt ingegaan op de gevolgen ervan voor de Nederlandse bestuursrechtspraak.

*HvJ EG 7 juni 2007. Zaken 222/05 – 225/05, AB 2007, 228 m.nt. Widdershoven, NJ 2007, 391 m.nt. Mok.*

### Inleiding

In het voorjaar 2001 brak in Nederland mond-en-klauwzeer uit. Op grond van artikel 5 van Richtlijn 85/511 EEG<sup>1</sup> was de Minister van LNV verplicht, en op grond van de artikelen 21 en 22 van de Gezondheids- en welzijnswet voor dieren,<sup>2</sup> bevoegd, om zieke en verdachte dieren te doden ook ter voorkoming van verdere verspreiding van het virus. Dat gebeurde in die tijd op grote schaal. Het ging om ingrijpende maatregelen: niet alleen ingrijpend voor de veehouders die hun hele veestapel geruimd zagen worden, maar ook ingrijpend voor het personeel van de RVV dat de maatregelen moest gelasten en uitvoeren. Talrijke bezwaar- en beroepsprocedures waren het gevolg en een scala van gronden werd aangevoerd om een rechtmatigheidsoordeel over de ruimingsbesluiten te krijgen. In de zaak van Dokter e.a.<sup>3</sup> was aangevoerd tegen het besluit van de directeur van de RVV om een bedrijf besmet te verklaren en de doding van de evenhoevige dieren van Dokter e.a. te gelasten, dat de RVV niet uitsluitend mocht afgaan op de inhoud van een faxbericht van het laboratorium ID-Lelystad én dat dit laboratorium niet was opgenomen in Bijlage B bij Richtlijn 85/511 en dus geen laboratorium is als bedoeld in artikel 11 en 13 van de Richtlijn. Het ID-Lelystad had namelijk inmiddels een andere naam en identiteit gekregen dan het in de Bijlage genoemd laboratorium. Om het mogelijke gewicht van deze grond te beoordelen citeer ik artikel 11 van de Richtlijn:

‘De lid-staten zien erop toe dat:

- de laboratoriumonderzoeken om de aanwezigheid van mond-en-klauwzeer op te sporen, worden verricht door een in de bijlage genoemd nationaal laboratorium; deze bijlage kan worden gewijzigd of aangevuld volgens de procedure van artikel 17. (...)
- Het op elkaar afstemmen van de in iedere lid-staat toegepaste diagnosesnormen en diagnosetechnieken geschiedt door een van de in de bijlage bedoelde nationale laboratoria.’

In de overwegingen voorafgaand van de Richtlijn wordt nog eens gesteld dat diagnose en virustypering moeten plaatsvinden onder toezicht van de verantwoordelijke laboratoria (cursivering toegevoegd). Gelet op deze bepalingen, en ook omdat er in een speciale wijzigingsprocedure was voorzien, en ook gelet op het Securitel-arrest,<sup>4</sup> werd door Dokter e.a. naar mijn idee een niet bij voorbaat kansloze stelling betrokken. Naar aanleiding hiervan besloot het CBb<sup>5</sup> een aantal prejudiciële vragen aan het HvJ EG te stellen. Onder andere werd gevraagd of artikel 13 jo. Bijlage B rechtstreekse werking heeft en of Bijlage B ook betrekking kan hebben op het huidige ID-Lelystad.

Min of meer gelijktijdig werd door het CBb de zaak van Van der Weerd e.a. behandeld. Deze zaak betrof ook het bezwaar en beroep tegen het besluit tot verdachtverklaring en de ruiming van de veestapel. Echter: in die zaak werd geen beroep gedaan op de mogelijk aan de artikelen 11 en 13 jo. Bijlage van Richtlijn 85/511 rechtstreeks te ontlenen rechten.

De vraag die het CBb zich stelde en ook aan het HvJ EG wenste te stellen was of het in de zaak van Van der Weerd e.a. niet ambtshalve diende te toetsen aan de bepalingen van de Richtlijn.<sup>6,7</sup>

<sup>1</sup> Richtlijn 85/511/EEG van de Raad van 18 november 1985 tot vaststelling van gemeenschappelijke maatregelen ter bestrijding van mond-en-klauwzeer, Pb. 1985, L315.

<sup>2</sup> Wet van 24 september 1992, *Stb.* 1992, 585.

<sup>3</sup> CBb 18 januari 2005, LJN: AS 3610.

<sup>4</sup> Zaak C-194/94.

<sup>5</sup> CBb 18 januari 2005, LJN: AS 3610.

<sup>6</sup> CBb 17 mei 2005, AB 2005, 282.

<sup>7</sup> Zie voor een overzichtsartikel: A.M. Keessen, *Ambtshalve toepassing van Europees recht*, *NTER* 2006, p. 55.

## Artikel 8:69 Awb

Het College meende namelijk niet bevoegd te zijn op grond van het Nederlandse bestuursprocesrecht zelf ambtshalve te toetsen aan de bepalingen van de Richtlijn. Het baseerde dit op artikel 8:69 Awb dat luidt:

- 1 De rechtbank doet uitspraak op de grondslag van het beroepschrift, de overgelegde stukken, het verhandelde tijdens het vooronderzoek en het onderzoek ter zitting.
- 2 De rechtbank vult ambtshalve rechtsgronden aan.
- 3 De rechtbank kan ambtshalve de feiten aanvullen.'

Het artikel noemt de grondslagen waarop de rechtbank haar uitspraak moet baseren; daarmee wordt de omvang van het geschil geregeld. Over de exacte reikwijdte van het artikel bestaat in de praktijk onzekerheid. Gelet op de primaire functie van het bestuursrechtelijke geding sinds de invoering van de Awb in 1994, namelijk het bieden van individuele rechtsbescherming, is er geen reden voor de rechter om buiten de vordering te treden. Het ambtshalve aanvullen van rechtsgronden is wel verplicht en betreft het zelf, en dus onafhankelijk van wat de partijen hierover hebben gesteld, benoemen/juridisch vormgeven van de rechtsnorm waar de appellant geacht wordt een beroep te hebben gedaan.

Daarnaast is de bestuursrechter, anders dan de civiele rechter, niet lijdelijk en is hij bevoegd om de feiten ambtshalve aan te vullen. De partijen moeten zich wel over deze feiten hebben kunnen uitlaten.<sup>8</sup> Het instellen van het beroep mag er niet toe leiden dat de indiener in een slechtere positie komt. Niet in artikel 8:69 Awb zichtbaar, maar wel expliciet blijkend uit de MvT is het verbod van ambtshalve toetsing:

*'De toepassing van de regels inzake bevoegdheid en ontvanke-lijkheid is van openbare orde en staat daarmee niet ter vrije beschik-king van partijen. Zo zal de rechter – [...] – zich inderdaad niet conformeren aan bij voorbeeld een onjuiste uitleg van het besluitbegrip of een ten onrechte verschoonbaar geoordeelde termijnoverschrijding [...].'*

Waar ambtshalve toetsing naar Nederlands recht dus mogelijk is, is het ook mogelijk dat dat leidt tot reformatio in peius.<sup>9</sup>

## Prejudiciële vragen CBB in de zaak-Van der Weerd e.a.

Gelet op dit alles besloot het CBB in de zaak-Van der Weerd e.a. het HvJ EG een aantal prejudiciële vragen te stellen:

- Verplicht het gemeenschapsrecht tot ambtshalve toetsing aan gronden ontleend aan Richtlijn 85/511?
- Zo ja, hebben de artikelen 11 en 13 jo. de Bijlage van de Richtlijn rechtstreekse werking?
- Moet rechtsgevolg worden verbonden aan het feit dat ID-Lelystad niet in de Bijlage is opgenomen?
- Zo ja, strekt artikel 11 tot bescherming van de belangen van burgers of kunnen zij een beroep doen op schending van dit artikel door de autoriteiten en wat zijn dan de rechtsgevolgen?
- Of kan de Bijlage ook zo worden uitgelegd dat ook het ID-Lelystad geacht moet worden eronder te vallen?
- Als een ander laboratorium dan genoemd in de Bijlage het onderzoek mag doen, is het bestuursorgaan dan aan de uitslag van dat onderzoek gebonden of mag de lid-staat zelf regels stellen over gebondenheid en moet de rechter dan vervolgens onderzoeken of die regels gelden en of die regels de tenuitvoerlegging van de

communautaire regels niet uiterst moeilijk of praktische onmogelijk maakt?

- Als het zo is dat Richtlijn 85/511 de binding regelt van het bestuursorgaan aan de laboratoriumuitslag van een niet erkend laboratorium, is het bestuursorgaan daaraan zonder meer gebonden of is er nog een beoordelingsmarge?

## De zaak-Dokter e.a.

In zijn arrest van 15 juni 2006 deed het Hof uitspraak over de vragen van het CBB in de zaak-Dokter e.a. over de rechtstreekse werking van Richtlijn 85/511.<sup>10</sup>

Het verklaarde voor recht dat als de gegevens van een in de Bijlage opgenomen laboratorium wijzigen zonder de voorgeschreven procedure van artikel 17 van de Richtlijn, dit er alleen dan toe leidt dat dit laboratorium zijn status verliest als officieel aangewezen laboratorium als die wijzingen gevolgen kunnen hebben voor de veiligheid van het laboratorium. Daarmee wordt bedoeld: veiligheid in de zin van verspreiding van het virus en vergroting van het risico van besmetting van dieren in de naaste omgeving. Een niet-onbelangrijke eis als men zich realiseert dat de recente uitbraak van mond-en-klauwzeer in het VK veroorzaakt werd door een laboratorium. Eveneens verklaarde het Hof voor recht dat als een lidstaat maatregelen neemt ter bestrijding van mond-en-klauwzeer het dat kan doen op basis van de uitslag van een onderzoek verricht door een niet in de bijlage opgenomen laboratorium. De bevoegde autoriteit moet gevolg geven aan de uitslagen van onderzoeken, ongeacht of die van een in de Bijlage opgenomen laboratorium afkomstig zijn of van een niet in de Bijlage opgenomen laboratorium. Bij een niet-opgenomen laboratorium moet de bevoegde autoriteit zich wel vergewissen van de betrouwbaarheid van die uitslag.

Daarmee was dan de zaak-Dokter e.a. afgedaan en zou men kunnen denken dat ook het belang van de beantwoording van de prejudiciële vragen in Van der Weerd e.a. zou zijn komen te vervallen. A-G Pólares Maduro merkt daarover, in zijn conclusie in de zaak Van der Weerd, op dat hij zich moeilijk aan de indruk kan onttrekken dat het CBB de prejudiciële vraag eigenlijk vooral stelt vanuit een algemene interesse in een precisering van 's Hof's rechtspraak op dit gebied.

Voordat het arrest-Van der Weerd e.a. wordt besproken zal ik eerst een kort overzicht geven van de ambtshalve toetsing aan (of ook wel: toepassing van) gemeenschapsrecht door de Nederlandse bestuursrechter, gevolgd door een kort overzicht van de uitspraken op dit gebied van het HvJ EG.

## Ambtshalve toetsing EG-recht: stand van zaken (i)

Het nationale recht geeft uitvoering aan het gemeenschapsrecht. Dat geldt niet alleen voor de rechtspraak, maar evenzeer, en misschien wel meer, voor de bestuursorganen. Leidend daarbij zijn het uitgangspunt van de eigen rechtsorde van het gemeenschapsrecht<sup>11</sup> en artikel 10 EG wat inhoudt dat een lidstaat alles moet doen waar-

<sup>8</sup> MvT Kamerstukken II vergaderjaar 1991-1992, 22 495 nr. 3 p. 141 en 142.

<sup>9</sup> Zie voor een overzichtsartikel: D. Brugman, Ambtshalve toetsing afgebakend, *NTB* 2003, 34 alsmede M. Schreuder-Vlasblom, Rechtsbescherming en bestuurlijke voorprocedure, Deventer 2006, p. 168 - 170.

<sup>10</sup> Zaak C-28/05, besproken door H. Griffioen, *NTER* 2006, p. 290.

<sup>11</sup> Zaken C-26/62 Van Gend en Loosen C-6/64 Costa-ENEL.

door naleving van communautaire plichten verzekerd wordt en na te laten alles wat daarmee in strijd is.

Bij gebreke op gemeenschapsniveau van bepalingen over rechtspraak en rechtsbescherming geldt de procedurele autonomie van de lidstaat: het eigen nationale (proces)recht is van toepassing. Het Rewe arrest<sup>12</sup> formuleerde voor het eerst de twee vereisten waaraan de procedurele autonomie moet voldoen: het gelijkwaardigheidsbeginsel en het effectiviteitsbeginsel: het nationale procesrecht moet gelijkwaardig op het nationale recht en op het gemeenschapsrecht van toepassing zijn en de nationale regels mogen de uitoefening van rechten ontleend aan het gemeenschapsrecht niet nagenoeg onmogelijk of uiterst moeilijk maken.

Aanvankelijk werd een strengere lijn door het Hof gevolgd in de zaken *Factortame* en *Simmenthal*;<sup>13</sup> hierin werd beslist dat de nationale rechter de volle werking van de communautaire normen en de bescherming van de aan burgers toegekende rechten moet verzekeren.<sup>14</sup> De vraag blijft of die lijn weer zal worden opgepakt.

Voor de vraag of en hoe de nationale rechter het gemeenschapsrecht ambtshalve moet toepassen zijn de arresten *Van Schijndel*, *Peterbroeck* en *Kraaijeveld van belang*.<sup>15</sup> Ook hier is het nationale procesrecht het uitgangspunt en moet ook aan de eisen van gelijkwaardigheid en effectiviteit zijn voldaan. Daarbij is het wel zo, dat als het nationale recht de rechter de bevoegdheid geeft om een bepaling ambtshalve toe te passen, hij verplicht is dat te doen, als het gaat om gemeenschapsrecht. Als blijkt dat als gevolg van de nationaalrechtelijke regel het gemeenschapsrecht niet ambtshalve kan worden toegepast, moet die conclusie worden onderworpen aan de effectiviteitstest die er dan op neerkomt dat moet worden gekeken wat de rol van de nationaalrechtelijke bepaling in de procedure is. In dit geval: wat is de plaats van artikel 8:69 Awb in deze procedure, hoe verloopt de procedure en wat zijn de bijzonder kenmerken van de procedure? Rekening moet daarbij worden gehouden met de beginselen die aan het Nederlandse rechtsstelsel ten grondslag liggen, zoals bijvoorbeeld de rechten van de verdediging, het rechtszekerheidsbeginsel en het goede verloop van de procedure (de procedurele rule of reason).<sup>16</sup> Naar Nederlands bestuursprocesrecht zegt de wet zelf niets over ambtshalve toetsing, maar noemt de MvT het verboden zijn ervan. Uitgangspunt is dus een verbod, wat naar mijn idee meebrengt dat uitzonderingen op dat verbod niet (te) ruim mogen worden uitgelegd. Dus, overeenkomstig de MvT: uitsluitend ambtshalve toetsen aan regels van bevoegdheid en ontvankelijkheid die van openbare orde zijn en daarmee niet ter vrije beschikking van partijen. 'Niet ter vrije beschikking van partijen' lijkt mij de crux te zijn; het moet gaan om, wat ik zou willen noemen, bepalingen noodzakelijk ter bescherming van de procedure.

De Nederlandse bestuursrechters volgen eenzelfde lijn als het gaat om ambtshalve toetsing aan Nederlands recht.<sup>17</sup> Zie recent nog ABR 31 januari 2007<sup>18</sup> over de vraag hoe ver die toetsing nu wel mag gaan. In elk geval niet tot in elk detail. De casus gaat over het aanwenden van een bevoegdheid (gebiedsontzegging) door een burgemeester. Ambtshalve had de rechtbank onderzocht of die bevoegdheid er was: dat hing weer af van de vraag of de burgemeester een eerder bevel had uitgevaardigd. Dat had de burgemeester wel gedaan, maar de rechtbank had (ambtshalve) geconstateerd dat dat eerdere bevel zelf onrechtmatig was. De Afdeling vond dat het onderzoek naar de rechtmatigheid van dat bevel buiten het bereik van de ambtshalve toetsing viel. Beperking door de bestuursrechter van de omvang van de ambtshalve toetsing is niet onbelangrijk, gelet op de regel van de procedurele autonomie; immers, als de rechtspraak die bevoegdheid uitbreidt, dan betekent dat automatisch de verplichting tot eenzelfde ambtshalve toepassing van gemeenschapsrecht. In de bovengenoemde casus zou het onderzoek naar de rechtmatigheid van het verwijderingsbevel een onderzoek naar het materiële recht betekenen. Dit zou er dan toe kunnen leiden dat de Nederlandse rechter ook ambtshalve het Europese materiële recht dient toe te passen. Wat betreft de ambtshalve toetsing van gemeenschapsrecht is de lijn van de Nederlandse jurisprudentie minder duidelijk. Er zijn weinig uitspraken van de CRvB, waarschijnlijk omdat in de procedures van die rechter naar verhouding weinig EG-recht speelt dat in aanmerking zou komen voor ambtshalve toepassing. Van het CBB zijn er evenmin veel uitspraken; wellicht omdat het College naar verhouding veel prejudiciële vragen stelt. De ABR heeft een zwalkende lijn te zien gegeven. In zaken waar pas in de procedure bij de Afdeling een beroep werd gedaan op rechtstreeks werkende bepalingen van gemeenschapsrecht, (meestal milieुरichtlijnen) zat de Afdeling met het probleem van de bedenkingenfuik: gronden die niet tegen de ontwerpvergunning als bedenkingen werden aangevoerd, konden in die fuiktheorie niet voor het eerst bij de Afdeling worden uitgebracht. Omdat die fuikregel, waarschijnlijk, de effectiviteitstoets niet zou kunnen doorstaan, ging de Afdeling over tot ambtshalve toetsing aan rechtstreeks werkende bepaling van gemeenschapsrecht.<sup>19</sup> In een uitspraak van maart 2004 (een vreemdelingenzaak)<sup>20</sup> werd op deze manier van werken teruggekomen: ambtshalve toetsing door de bestuursrechter is beperkt tot voorschriften van openbare orde aldus de Afdeling. De Afdeling overwoog dat er geen grond is voor het oordeel dat beperking van ambtshalve toetsing tot voorschriften van openbare orde die zonder onderscheid naar zuiver nationale of (mede) gemeenschapsrechtelijke aard van het geschil wordt toegepast, in strijd is met het gemeenschapsrecht, om de reden dat die beperking de uitoefening van de door het gemeenschapsrecht verleende rechten in de praktijk onmogelijk of uiterst moeilijk zou maken.

### Ambtshalve toetsing aan EG-recht: stand van zaken (ii)

Voor de Nederlandse bestuursrechter zal echter, uiteindelijk, het oordeel van het HvJ EG over de ambtshalve toepassing van EG-recht, doorslaggevend zijn. Wat betreft het formele EG-recht kan worden gekeken naar de wijze waarop bepalingen over de omvang van het geding, vergelijkbaar met artikel 8:69 Awb, worden toegepast. Het gaat hier dus om rechtstreekse beroepen voor de Europese rechters, wat natuurlijk iets anders is dan toepassing van de leer van de ambtshalve toetsing door de nationale rechters. In zijn uitvoerige monografie over procedures en procesvoering voor het HvJ EG en

<sup>12</sup> Zaak C-33/76.

<sup>13</sup> Respectievelijk zaken C-213/89 en C-106/77.

<sup>14</sup> Jans e.a., Inleiding tot het Europees bestuursrecht, Nijmegen 2002, p. 83.

<sup>15</sup> Zaken C-430/93 en C-431/93 (*Van Schijndel en Van Veen*) en zaak C-312/93 (*Peterbroeck*); zie Jans e.a., *Europeanisation of Public Law*, Groningen 2007, p. 309.

<sup>16</sup> *Europeanisation of Public Law*, p. 56.

<sup>17</sup> Schreuder-Vlasblom, p. 168 e.v.

<sup>18</sup> AB 2007, 251.

<sup>19</sup> ABR 20 augustus 2003, AB 2003, 391, m.nt. RW.

<sup>20</sup> ABR 2 maart 2004, AB 2004, 152, m.nt. BPV en RW.

het Gerecht van eerste aanleg<sup>21</sup> komt Barents herhaaldelijk te spreken over de ambtshalve toepassing van sommige processuele bepaling door de Europese rechters. Onder andere dat de verzoekers alle conclusies in hun verzoekschrift dienen te vermelden. Hij verwijst naar de uitspraak van het HvJ EG van 8 februari 1983<sup>22</sup> waarin werd beslist dat de gegrondheid van het beroep uitsluitend dient te worden getoetst aan de conclusies in het inleidende verzoekschrift; hij verbindt daar de volgende conclusie aan:

‘Het voorgaande belet evenwel niet dat het Hof of het Gerecht bevoegd zijn om ambtshalve middelen van openbare orde op te werpen ongeacht of de middelen niet, of te laat, zijn aangevoerd, zoals schending van wezenlijke vormvoorschriften en onbevoegdheid. Zoals eerder gesteld behoren ook de bepalingen over conclusies en middelen uit de procesreglementen tot die categorie.’

Enkele voorbeelden: de regels over beroepstermijnen en over verplichte procesvertegenwoordiging zijn wel van openbare orde; hetzelfde geldt voor alle ontvankelijkheidseisen uit artikel 230 EG (over procedures voor het HvJ EG); de regels over het taalgebruik tijdens de procedure zijn niet van openbare orde. De conclusie lijkt te zijn dat het HvJ EG op vergelijkbare wijze oordeelt met betrekking tot het eigen formele recht als de Nederlandse bestuursrechter naar aanleiding van artikel 8:69 Awb.

Wat betreft ambtshalve toepassing door het HvJ EG van het materiële EG recht moet gekeken worden naar de arresten *Eco Swiss*,<sup>23</sup> *Océano Grupo Editorial en Cofidis*,<sup>24</sup> *Manfredi*<sup>25</sup> en meer recent *Mostaza Claro/Movil*.<sup>26</sup>

In *Eco Swiss* ging het om het verlenen van een exequatur door de Nederlandse rechter aan een arbitraal vonnis. Tijdens de arbitrage was geen beroep gedaan op artikel 81 EG. Het arbitrale vonnis repte er ook niet over. De vraag van de HR was of hij dat zelf ambtshalve moest toepassen. Zou dat niet kunnen dan zou de toepassing van artikel 81 EG, als fundamentele bepaling van gemeenschapsrecht, geheel buiten toepassing blijven. Het HvJ EG oordeelde artikel 81 EG van zodanig fundamenteel belang dat ermee strijdige overeenkomsten nietig dienen te zijn en dat dat lot ook het arbitrale vonnis (dat daaraan niet had getoetst) was beschoren. Arbiters kunnen geen prejudiciële vragen stellen en daarom werd artikel 81 in het licht van de exequatur procedure ex artikel 1065 Rv. geacht te zijn in strijd met de openbare orde. In zijn noot onder het arrest en de vervolgschikking van de Hoge Raad<sup>27</sup> merkt Snijders op dat artikel 81 EG dan wel van openbare orde in de zin van artikel 1065 Rv mag zijn ‘maar in de zin van andere procesrechtelijke bepalingen zoals artikel 48 Rv verandert er dus niets’. En hij vervolgt: ‘Het Hof van Justitie heeft in zijn *Benetton*-arrest geenszins afstand genomen van de nog zo recent door het Hof ontwikkelde leer van *Schijndel*’. Niet van openbare orde dus derhalve naar Nederlands burgerlijk procesrecht en dus ook niet naar Nederlands bestuursprocesrecht, en evenmin van Europese openbare orde. Dan het *Manfredi*-arrest. Daar overweegt het Hof – ‘herinnert het eraan’ – dat de artikelen 81 en 82 EG bepalingen van openbare orde zijn die door de nationale rechter ambtshalve moeten worden toegepast. Het Hof verwijst daarbij naar *Eco Swiss*. Dat lijkt een heel duidelijke stelling met verstrekkende gevolgen. In zijn noot in de AB onder het *Manfredi*-arrest merkt *Widdershoven* op dat van de contextgebondenheid van *Eco Swiss* niet veel over blijft en *Jans*<sup>28</sup> e.a. vragen zich ook af of het Hof dit standpunt uiteindelijk zal handhaven of herhalen. Zelf ben ik geneigd de opmerking van het Hof in *Manfredi* te plaatsen in het kader van de ontvankelijkheid om de prejudiciële vraag in behandeling te nemen. Dat punt was namelijk

door één van de partijen expliciet opgebracht en het is uitsluitend in deze context dat het Hof het beantwoordt (overweging 31). Daarnaast is het zo dat één van de prejudiciële vragen in *Manfredi* (nr 5) expliciet de vraag werd gesteld of artikel 81 EG zo dient te worden uitgelegd dat de nationale rechter, als het nationale recht met een lagere schadevergoeding komt dan de partij die artikel 81 schond aan voordeel heeft genoten, de benadeelde partij dan ambtshalve ook een punitieve schadevergoeding dient toe te kennen. Dit, om ervoor te zorgen dat de schadevergoeding groter is dan het genoten voordeel om daardoor de door artikel 81 EG verboden afspraken of afgestemde feitelijke gedragingen tegen te gaan. Het ging hier dus om een vraag van schadevergoeding, maar er werd wel uitdrukkelijk op ambtshalve toepassing van artikel 81 gezinspeeld. De beantwoording van deze uitdrukkelijke vraag naar het ambtshalve karakter van artikel 81 EG had door het Hof zonder moeite kunnen worden beantwoord met een verwijzing naar het eerdere uitgesproken ambtshalve karakter van artikel 81 EG, maar het Hof heeft dat niet gedaan. Het heeft volstaan met een beantwoording van de gestelde vraag aan de hand van het gelijkwaardigheidsbeginsel en het doeltreffendheidsbeginsel. Geen enkele verwijzing naar de ambtshalve toepassing van artikel 81 EG. Ook wordt in geen van de verklaringen voor recht in *Manfredi* gesproken over het van openbare orde zijn van artikel 81 en 82 EG en/of voor het ambtshalve toepassen ervan. In zijn conclusie in de zaak *Van der Weerd e.a.* gaat A-G Póiares Maduro niet op het *Manfredi* arrest in. Hij verwijst ernaar in een noot in een passage (35) waarin hij uiteenzet dat *Eco Swiss* moet worden gelezen in het kader van de toetsing aan het gelijkwaardigheidsbeginsel (en niet aan het effectiviteitsbeginsel). De conclusie zou dus kunnen zijn dat er misschien verschillende soorten openbare orde zijn, ofwel contextgebonden openbare ordes, zoals in het geval van beoordeling door de rechter van een arbitraal vonnis (*Eco Swiss*). Dat zou ook het ambtshalve toepassen van rechten ontleend aan richtlijnen ter bescherming van consumenten kunnen verklaren, waarover de arresten-*Océano Grupo Editorial en Cofidis* gingen. Het Hof oordeelde daarin dat de bevoegdheid van een nationale rechter om ambtshalve vast te stellen dat het forumkeuzebeding in een consumentenovereenkomst oneerlijk was, noodzakelijk was ter bereiking van de doelstelling van Richtlijn 93/13/EEG.<sup>29</sup> Wel noodzakelijk dus voor de rechterlijke bescherming van een door het gemeenschapsrecht specifiek verleend recht, maar (waarschijnlijk) niet van openbare orde.

<sup>21</sup> R. Barents, *Procedures en procesvoering voor het Hof van Justitie en het Gerecht van eerste aanleg van de EG*, Deventer 2005, § 865 en § 880.

<sup>22</sup> Zaak C-124/81 Commissie tegen het VK en Ierland.

<sup>23</sup> Zaak C-126/97.

<sup>24</sup> Respectievelijk zaken C-240/98 t/m C-244/98 besproken door S. Prechal in *NTER* 2001, p. 104 en zaak C-473/00 besproken door M.B.M. Loos in *NTER* 2003, p. 71.

<sup>25</sup> Zaak C-295/04, AB 2006, 404, m.nt. RW.

<sup>26</sup> Zaak C-168/05, 26 oktober 2006, NJ 2007, 201, m.nt. RM, in *NTER* 2007, p. 23 besproken door J.J. van Haersolte-van Hof en P. Kreijger.

<sup>27</sup> HR 25 februari 2000, NJ 2000, 340.

<sup>28</sup> *Europeanisation of Public Law*, p. 311.

<sup>29</sup> Richtlijn 93/13/EG van de Raad van 5 april 1993 betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten, Pb. L 95, 24 april 1993.

## Was de prejudiciële vraag inzake Van der Weerd e.a. ontvankelijk?

Namens Van der Weerd e.a. werd in de prejudiciële procedure allereerst betoogd dat het CBb een verkeerde voorstelling had gegeven van het verloop van de procedure voor het College. Zij betoogden dat zij zich wél op Richtlijn 85/511 hadden beroepen en dat het Hof de vraag of het toegelaten is ambtshalve te toetsen aan artikelen 11 en 13 van de Richtlijn niet mocht beantwoorden. Zo'n standpunt wekt natuurlijk verbazing: zouden Van der Weerd e.a. dan niet willen profiteren van de eventueel gunstige afloop van de 'laboratorium-vraag' in de zaak-Dokter e.a.? En: hadden zij zich dan niet op Richtlijn 85/511 beroepen? Dat hadden zij wel, maar de laboratorium-vraag uit de zaak Dokter e.a. hadden zij niet gesteld. Het CBb werkt in de uitspraak van 17 mei 2005<sup>30</sup> eerst alle beroepsgronden van appellanten af om vervolgens, ambtshalve, de zaak Dokter e.a. samen te vatten alsmede de in dat verband gestelde prejudiciële vragen. Het CBb constateert dan 'dat [...] de hiervoor weergegeven gronden in de onderhavige procedure niet door appellanten zijn aangevoerd. Deze gronden vallen buiten de grenzen van het geschil zoals dat ter beslissing aan het College is voorgelegd'. Vervolgens bespreekt het College de grenzen van artikel 8:69 Awb en concludeert het dat de laboratorium-vraag ook niet door ambtshalve aanvullen van rechtsgronden beantwoord kan worden; dat wil zoveel zeggen dat de feiten en bezwaren daaromtrent dus niet door Van der Weerd e.a. waren gesteld. En dát standpunt wilden Van der Weerd e.a. dus wel weerproken en weerlegd hebben. In de eerste plaats omdat de laboratorium-vraag dan door ambtshalve aanvulling kon worden gebruikt en in de tweede plaats waarschijnlijk ter voorkoming van beroepsaansprakelijkheid van hun advocaat. Het Hof gaat echter, volgens vaste rechtspraak, uit van een vermoeden van relevantie van de vragen van de verwijzende rechter. Het vermoeden van relevantie kan niet worden weerlegd 'alleen doordat één van de partijen in het hoofdgeding bepaalde feiten betwist, ten aanzien waarvan het niet aan het Hof is om die juistheid te verifiëren en die bepalend zijn voor het voorwerp van het onderhavige geschil'.<sup>31</sup> Als het Hof de prejudiciële vraag inzake Van der Weerd niet-ontvankelijk zou hebben verklaard op de grond dat Van der Weerd e.a. in hun zaak voor het CBb een wél relevant beroep op Richtlijn 85/511 hadden gedaan dan had het College wellicht met een ruime uitleg van de mogelijkheid van aanvulling van rechtsgronden (artikel 8:69 lid 2 Awb) de zaak-Van der Weerd e.a. kunnen redden. Dan zou als het ware door de uitspraak van het Hof de omvang van het geschil ruimer zijn uitgelegd dan het CBb had gedaan.

## Beoordeling van het gelijkwaardigheids- en doeltreffendheidsbeginsel

Vervolgens beoordeelt het Hof ten gronde de gestelde vragen aan de hand van het gelijkwaardigheidsbeginsel en het doeltreffendheidsbeginsel.

Onder verwijzing naar Van Schijndel en Van Veen en de zaak Commissie/Italië<sup>32</sup> bevestigt het Hof het uitgangspunt van de nationale procesautonomie en de toetsing van dat uitgangspunt aan het

gelijkwaardigheidsbeginsel en het doeltreffendheidsbeginsel. Wat betreft het gelijkwaardigheidsbeginsel herhaalt het Hof, en bevestigt het daarmee, hetgeen het CBb hierover al had gesteld: voorschriften over de bevoegdheden van bestuursorganen en van rechters alsmede bepalingen op het gebied van ontvankelijkheid zijn van openbare orde in het Nederlandse recht en slechts dááaraan kan ambtshalve worden getoetst. Het Hof laat daarop volgen, en dat is geen parafraze van hetgeen het CBb in de verwijzingsbeslissing heeft gezegd: 'Die voorschriften vormen de basis van de nationale procedures, omdat daarin is bepaald onder welke voorwaarden die procedures kunnen worden ingesteld en welke autoriteiten in het kader daarvan bevoegd zijn om de omvang van de rechten en verplichtingen van de justitiabelen vast te stellen'. Zo vat het Hof de openbare orde bepalingen in het Nederlandse bestuurs(proces)-recht samen en dan is het wellicht interessant de aansluiting te bezien die het Hof vervolgens maakt met het gemeenschapsrecht. Een aansluiting waarvan misschien gezegd kan worden dat het Hof op dezelfde wijze gemeenschapsrechtelijke regels van openbare orde bepaalt.

Het Hof zegt (overweging 30):

'De betrokken bepalingen van Richtlijn 85/511 hebben binnen de communautaire rechtsorde echter geen vergelijkbare plaats. Zij bepalen niet onder welke voorwaarden procedures ter bestrijding van mond-en-klauwzeer kunnen worden ingesteld en evenmin welke autoriteiten in het kader daarvan bevoegd zijn om de omvang van de rechten en verplichtingen van de justitiabelen vast te stellen.'

Het gaat dus niet alleen om de voorwaarden waaronder procedures ter bestrijding van mond- en klauwzeer kunnen worden ingesteld (tweede volzin van overweging 30), maar het Hof formuleert in de eerste volzin als het ware een criterium om vast te stellen wat voor een soort bepalingen binnen de communautaire rechtsorde van openbare orde zijn: namelijk – net als in het Nederlandse recht – de voorwaarden onder welke procedures kunnen worden ingesteld en welke autoriteiten in het kader daarvan bevoegd zijn om de omvang van de rechten en de verplichtingen van de justitiabelen vast te stellen. Een communautaire openbare orde derhalve<sup>33</sup> zoals ook beschreven door Barents in de procedure voor het Hof van Justitie en het GEA. Daarbij lijkt het Hof wel de mogelijkheid open te laten dat elke bijzondere richtlijn of verordening zelf ook vergelijkbare bijzondere bepalingen van openbare orde kan bevatten (over bevoegdheden en toegang tot de rechter binnen de betreffende richtlijn of verordening).

Voor de beoordeling van de prejudiciële vraag inzake Van der Weerd e.a. oordeelt het Hof dan ook dat de bepalingen van Richtlijn 85/511 niet als gelijkwaardig met de nationale regels van openbare orde kunnen worden aangemerkt en dat het CBb die dus niet ambtshalve behoefde toe te passen.

Alvorens het Hof dan overgaat tot het onderzoeken van het doeltreffendheidsbeginsel volgt er, nog bij de bespreking van het gelijkwaardigheidsbeginsel, een overweging die niet direct te duiden is.

Het Hof overweegt (overweging 32):

'Bovendien behoren deze voorschriften weliswaar tot het beleid op het gebied van de volksgezondheid, doch is daarop in de hoofdgedingen voornamelijk een beroep gedaan om rekening te houden met de particuliere belangen van de justitiabelen jegens wie maatregelen ter bestrijding van de mond-en-klauwzeer zijn genomen.'

Zou dat betekenen dat als het gaat om volksgezondheidsbeleid en er met het oog dáárop een beroep op de bepalingen van Richtlijn

<sup>30</sup> Zie noot 7 voor het overzichtsartikel van A.M. Keessen.

<sup>31</sup> Overweging 22.

<sup>32</sup> Zaak C-129/00.

<sup>33</sup> Zoals ook beschreven door Barents, zie noot 21.



85/511 zou zijn gedaan en dan wel in het algemene belang en niet in het ad hoc particuliere belang, de bepalingen van Richtlijn 85/511 wél ambtshalve toegepast mogen worden? Zou dat (het algemene volksgezondheidsbelang) dan een nieuwe loot zijn aan de stam van de materieelrechtelijke bepalingen, naast de artikelen 81 en 82 en naast het consumentenrecht, die van fundamenteel belang zijn voor de gemeenschappelijke rechtsorde? Veel meer duidelijkheid kan er niet over gegeven worden; de overweging lijkt ook niet voort te borduren op de conclusie van de A-G of op de vragen van het CBB. Misschien is het niet meer en niet minder dan een 'zaaksgebonden' opmerking.

Vervolgens onderzoekt het Hof het doeltreffendheidsbeginsel en de 'procedural rule of reason': maakt de Nederlandse regel in zake ambtshalve toetsing de uitoefening van communautaire rechten onmogelijk of uiterst moeilijk waarbij moet worden gekeken wat de plaats van het voorschrift is in de procedure alsmede het verloop en de bijzonderheden van de procedure. Het Hof herhaalt dat het doeltreffendheidsbeginsel zich niet verzet tegen artikel 8:69 Awb dat de Nederlandse rechter belet ambtshalve het gemeenschapsrecht toe te passen, wanneer hij daarvoor de passende lijdelijkheid zou moeten verzaken of zou moeten treden buiten de door de partijen gepresenteerde aanvang van het geschil. Het maakt daarbij niet uit, aldus het Hof, dat het CBB in eerste en hoogste instantie oordeelt. Dat is niet onbelangrijk, omdat bijvoorbeeld na het wijzen van de zaak Dokter e.a. en als daarin de laboratorium-vraag doeltreffend was gebleken, Van der Weerd e.a. dit wellicht in een hoger beroep alsnog als grond hadden kunnen aanvoeren. Eén en ander natuurlijk afhankelijk van de regels omtrent de onderdelenfuik (artikel 6:13 Awb) en de jurisprudentie omtrent de grondenfuik. Maar: als het Hof het wél een bezwaar zou hebben gevonden dat het CBB als eerste en als hoogste instantie oordeelt, dan zou het wellicht de fuikenjurisprudentie ook in strijd met het effectiviteitsbeginsel kunnen achten.<sup>34</sup>

### De relatie met de arresten-Eco Swiss, Océano en Mostaza Claro

Tot slot komt het Hof nog te spreken over de uitspraken Eco Swiss, Océano en Mostaza Claro, waarin artikel 81 EG en de bepalingen uit Richtlijn 93/13/EG<sup>35</sup> ter bescherming van de rechten van consumenten van fundamenteel belang werden geacht. Het Hof volstaat met op te merken dat die rechtspraak in casu niet relevant is. Het 'in casu', zou naar mijn idee zoveel kunnen zeggen dat het materiële EG-recht binnen Eco Swiss, Océano en Mostaza alleen binnen het verband waarbinnen die zaken zich afspeelden van fundamenteel belang was. In Eco Swiss dus het feit dat het ging om de rechterlijke toetsing van een arbitrale procedure en van een vonnis waarin artikel 81 EG in het geheel niet aan de orde gesteld was en in Océano en Mostaza dus de doeltreffende bescherming van de consument. Daarbuiten niet.

Verheldering biedt het arrest waar het aansluitend stelt dat de Eco Swiss, Océano en Mostaza jurisprudentie moet worden gezien in het kader van de beoordeling van het gelijkwaardigheidsbeginsel en dus niet in het licht van het effectiviteitsbeginsel: worden/werden de gronden (artikel 81 EG en de bescherming van de consumenten) door de nationale rechter wel op gelijke wijze behandeld als gronden ontleend aan het nationale recht? Dit houdt ook in, aldus het Hof dat het doeltreffendheidsvereiste de rechter niet verplicht ambtshalve te toetsen aan een grond ontleend aan het gemeenschapsrecht ongeacht het belang van die grond voor de communautaire rechts-

orde, met andere woorden, zo zie ik het, artikel 81 (en 82) is niet van gemeenschapsrechtelijke openbare orde en evenmin zijn andere materieelrechtelijke EG bepalingen dat. Daarmee wordt, aldus Widdershoven<sup>36</sup> in zijn noot onder het arrest, het Manfredi-arrest een 'slip of the pen'. In zijn noot zegt Widdershoven dat voor de vraag of een regel van EG-recht van openbare orde is het nationale recht bepalend is. Misschien dat dat enige nuancering behoeft in het licht van de gelijkwaardigheidstoets. Zoals blijkt uit het arrest is voor het Hof maatgevend of en zo ja welke bepaling van nationaal recht eventueel ambtshalve kan worden toegepast. Als dat het geval is (naar nationaal recht), dan moet dat ook gelden voor vergelijkbare bepalingen van gemeenschapsrecht, maar de weging of de vergelijkbare communautaire bepaling gelijkwaardig is, geschied uiteindelijk weer door het gemeenschapsrecht.

### Gevolg voor de Nederlandse bestuursrechtspraktijk

Men kan zich afvragen wat het effect van de uitspraak voor de Nederlandse bestuursrechtspraktijk zal zijn. Ik denk gering: de zaken zullen blijven zoals ze zijn vastgelegd in artikel 8:69 Awb, de parlementaire geschiedenis ervan en de jurisprudentie van de verschillende bestuursrechters. Het HvJ EG keurt dat expliciet goed. De bestuursrechters hoeven dus niet het hele (EG-)recht te kennen; de advocaten wel. Opgemerkt moet wel worden dat, volgens de arresten Van Schijndel en Van Veen, de Nederlandse bestuursrechters het in eigen hand hebben welk gemeenschapsrecht ambtshalve toegepast moet worden in de toekomst. Immers: nationale bevoegdheid is gemeenschapsrechtelijke plicht. Nu zal de Nederlandse bestuursrechter wellicht niet snel andere bepalingen dan die van openbare orde toepassen, maar het ambtshalve aanvullen van rechtsgronden is een verplichting. De vraag laat zich dus stellen: 'Hoe exact moet een grond zijn geformuleerd om de ambtshalve aanvullingsplicht van de rechter te activeren? Hoe ruim moet een grond worden geïnterpreteerd'.<sup>37</sup> Als, op de één of andere wijze, de laboratorium-vraag tijdens de zitting bij het CBB alleen maar ter sprake was gekomen, dan zou, wellicht, met een beroep op de plicht tot ambtshalve aanvulling van rechtsgronden de rechter het antwoord op die vraag hebben moeten geven. Maar: omdat noch het gemeenschapsrecht noch het HvJ EG het ambtshalve *aanvullen* van rechtsgronden kent, zou dat wel eens als een nationale bevoegdheid tot ambtshalve *toepassing* van een bepaling kunnen worden uitgelegd en dan wordt dat een gemeenschapsrechtelijke verplichting.

Voor de rechters verandert er dus niets en hetzelfde geldt voor de rechtshulpverleners: zij zullen zelf steeds Europeesrechtelijke gronden moeten vinden en aanvoeren. Dat zal niet altijd meevallen zoals de zaak-Van der Weerd e.a. laat zien.

Voor de uitgesproken voorstanders van de meest volledige toepassing van het gemeenschapsrecht zal de uitspraak in Van der Weerd e.a. een teleurstelling zijn. Een uitgesproken voorstander was

<sup>34</sup> Zie over de beperkingen van het beroepsrecht van de belanghebbende artikel 6:13 Awb en de brief van de minister van Justitie daarover (TK 29 421, nr. 11).

<sup>35</sup> Zie hiervoor noot 29.

<sup>36</sup> In zijn noot onder het arrest in AB 2007, 228.

<sup>37</sup> Widdershoven, Verhoeven e.a., *Derde Evaluatie van de Algemene wet bestuursrecht, De Europese agenda van de Awb*, 2007, p. 133.

oud-A-G Geelhoed, die in een interview in *Milieu & Recht*<sup>38</sup> zich ervoor uitsprak dat de rechter ambtshalve zou moeten durven toetsen in uitsluitend zaken waarin het evident is dat uitgekristalliseerd gemeenschapsrecht is miskend. Maar de vraag die dan opkomt luidt: wanneer is iets evident uitgekristalliseerd? En als zoiets zich voordoet, hoe waarschijnlijk is het dan dat daarover nog geprocedeerd zal worden? Corthaut gaat nog een stapje verder en geeft in zijn stellingen<sup>39</sup> een aanzet voor de elementen van wat de Europese openbare orde, in zijn ogen ontstaan door het Manfredi-arrest, zou kunnen omvatten. Enerzijds de bekende institutionele grondregels over bevoegdheden en vormvoorschriften en vervolgens, als fundamentele regels van Europees recht: het burgerschap, de vier vrijheden van de interne markt, de regels inzake mededinging en staatssteun en, speciaal voor de Euro, de *Lex Moneta*, alsmede de grondrechten. Ik ben daar geen voorstander van. Als partijen er nu voor kiezen om bepaalde onderwerpen niet aan de rechter voor te leggen dan kunnen die onderwerpen misschien wel met het gemeenschapsrecht conflicterende situaties betreffen (juridisch of feitelijk) maar waarom zou de rechter daar dan over beginnen? Vanuit de gedachte van het *recours* objectief? Het zou een bepaald idealistische gedachte zijn dat op zo'n manier het gemeenschapsrecht in zijn volle omvang te allen tijde juist toegepast wordt. Dat wordt het namelijk niet en zeer waarschijnlijk leidt dat in het merendeel van de gevallen ook niet tot conflicten. Dat is onvermijdelijk; net zoals het onvermijdelijk is dat (bijvoorbeeld) milieuvergunningen formele rechtskracht krijgen doordat niemand er beroep tegen aantekent, terwijl er misschien toch met de wetgeving strijdige onderdelen in staan.

Het gaat dus, ook in het Europese recht, om de individuele rechtsbescherming, hetgeen nog eens is herhaald in de zaak *Streekgewest Noord-Brabant*.<sup>40</sup>

Wie wel het gemeenschapsrecht altijd en altijd goed moeten toepassen zijn de bestuursorganen. Die verplichting vloeit voort uit artikel 10 EG en die wordt ook niet gewijzigd door het arrest *Van der Weerd* e.a. De Europese invloed op de Nederlandse regelgeving is nu meetbaar<sup>41</sup> en het blijkt, met uitzondering van het milieurecht, minder te zijn dan wel eens wordt gesuggereerd. Voor het milieurecht is dat 66%, voor het overige 6%. Het zou het bestek van dit artikel te buiten gaan daar nu verder op in te gaan, maar dat kan wellicht gebeuren naar aanleiding van het wetsvoorstel *Toezicht Europese Regelgeving* dat blijkens de website van het ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties<sup>42</sup> binnenkort wordt ingediend.

<sup>38</sup> M. Peeters en H.E. Woldendorp, *Knoppen zonder draden*, interview met Prof. mr. L.A. Geelhoed, *Milieu & Recht* 2006, p. 590.

<sup>39</sup> T. Corthaut, *Stellingen verdedigd tijdens de Voorjaarsvergadering van de NVER te Utrecht op 26 april 2007*.

<sup>40</sup> J. de Poorter in: *Europees recht effectueren*, onder redactie van T. Barkhuysen e.a., Alphen aan den Rijn, 2007, p. 35. De Poorter koppelt daaraan de conclusie dat niet kan worden volgehouden dat de gedachte van handhaving van het objectieve EG-recht een leidende rol speelt bij het bepalen van de omvang van de kring van beroepsgerechtigden die voor nationale instanties een beroep kunnen doen op rechtstreeks werkend EG-recht.

<sup>41</sup> *NJB* 2007, p. 1531, Douma, Hartmanova, Pieters en Feenstra: Europese invloed op regelgeving meetbaar.

<sup>42</sup> Notitie van 12 februari 2007, nr. 2007 - 0000049126.