

**8** oktober 2005

---

*D. Brugman*

**Ambtshalve toetsing afgebakend**

---

*A. ten Veen*

**Concentratie en Effectiviteit**

---

*R.J.N. Schlössels*

**Reactie op het voorstel De Haan  
inzake de rechterlijke organisatie**

---

*J.L. Verbeek*

**Bijzondere bestuursrechtelijke  
colleges: opheffen wegens behaald  
succes**

---

*Ch.J. Langereis*

**Harmonisatie van de rechterlijke  
macht en de eenwording van het  
bestuursrecht**

---

*P. de Haan*

**Antwoord op vorenstaande  
reacties**

---

**Verwachting**

*M. Scheltema*, Omgangsvormen tussen hoogste  
rechters

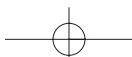
---

**Kroniek**

*A.P.W. Duijkersloot en R.J.G.M. Widdershoven*,  
Europees recht



10053428



## Colofon

**Redacteuren:** mr. E.J. Daalder, prof. mr. E.M.H. Hirsch Ballin, prof. mr. G.T.J.M. Jurgens, prof. mr. N.S.J. Koeman, prof. mr. Willem Konijnenbelt (voorzitter), prof. mr. R.M. van Male, mr. R.J.J.M. Pans, prof. mr. M. Scheltema en prof. mr. S.E. Zijlstra.

**Medewerkers:** *Kroniek Schadevergoeding:* prof. mr. drs. B.P.M. van Ravels; *Kroniek Handhaving van bestuursrecht:* prof. mr. L.J.J. Rogier; *Kroniek Bestuursprocesrecht:* prof. mr. M. Schreuder-Vlasblom; *Kroniek Bestuur en privaatrecht:* mr. M.W. Scheltema; *Kroniek Beginselen van behoorlijk bestuur:* prof. mr. R.J.N. Schlössels; *Kroniek Bestuurshandelingen:* mr. A.M.L. Jansen; *Kroniek Europees bestuursrecht:* prof. mr. R.J.G.M. Widdershoven en mr. T. Duijkersloot; *Kroniek Bestuurlijke organisatie:* mr. M.C. de Voogd; *Rubriek Awb & wetgeving:* mr. A. Weggeman.

**Redactiesecretariaat:** mr. J.A.F. Peters, Universiteit van Tilburg, kamer M326, Postbus 90153, 5000 LE Tilburg, tel. (013) 4662302, fax (013) 4668347, e-mail: NTB@uvt.nl

**Uitgever:** Kluwer, Postbus 23, 7400 GA Deventer, tel. (0570) 633155, fax (0570) 633834.

**Verschijsing:** 10 afleveringen per jaar. NTB is een uitgave van Kluwer BV

**Aanlevering artikelen:** op schrift alsmede een elektronische versie (bij voorkeur WordPerfect) bij de redactiesecretaris: maximale omvang is 6000 woorden incl. notenapparaat.

**Auteursaanwijzingen:** Het al dan niet op verzoek van de redactie aanbieden van artikelen aan het NTB impliceert toestemming voor openbaarmaking en veeleenvoudiging t.b.v. de elektronische ontsluiting van het NTB.

**Standaardpublicatievoorwaarden:** Op iedere inzending van een bijdrage of informatie zijn van toepassing de standaardpublicatievoorwaarden van Wolters Kluwer Nederland BV, gedeponneerd ter griffie van de Rechtbank Amsterdam onder nr. 217/1999; een kopie kan kosteloos bij de uitgever worden aangevraagd. U kunt ze ook vinden op [www.kluwer.nl](http://www.kluwer.nl) onder Auteurs/Documenten.

**Abonnementenadministratie en productinformatie:** Kluwer Afdeling Klantencontacten, Postbus 878, 7400 AW Deventer, tel. (0570) 673449; fax (0570) 691555, automatische bestelling (0570) 673511; e-mail: [juridisch@kluwer.nl](mailto:juridisch@kluwer.nl). Op al onze aanbiedingen en overeenkomsten zijn van toepassing de Algemene Voorwaarden van Kluwer BV, gedeponneerd ter griffie van de Arrondissementsrechtbank te Amsterdam op 6 januari 2003 onder depotnummer 3/2003. Deze Algemene Voorwaarden kunt u lezen op [www.kluwer.nl](http://www.kluwer.nl) of opvragen via telefoonnummer (0570) 673449.

**Abonnementsprijs 2005:** € 125, met band (incl. BTW en verzendkosten); abonnees op Administratiefrechtelijke Beslissingen € 106,30; losse nummers € 21,50.

**Nieuwe abonnementen:** Abonnementen kunnen op elk gewenst moment worden aangegaan voor de duur van minimaal één jaar, te rekenen vanaf het moment van eerste levering. Ze worden vooraf gefactureerd voor de volledige abonnementsperiode, tenzij uitdrukkelijk schriftelijk anders is overeengekomen. Nieuwe abonnementen kunnen schriftelijk aan de uitgever (zie boven) of aan Libresso b.v. worden opgegeven. Kluwer BV legt de gegevens van abonnees vast voor de uitvoering van de (abonnements-)overeenkomst. De gegevens kunnen door Kluwer, of zorgvuldig geselecteerde derden, worden gebruikt om u te informeren over relevante producten en diensten. Indien u hier bezwaar tegen heeft, kunt u contact met ons opnemen.

**Adreswijziging:** Bij wijziging van tenaamstelling en/of adres verzoecken wij u de adresband of envelop met de gewijzigde gegevens op te sturen naar de uitgever (adres zie boven).

**Beëindiging abonnement:** Abonnementen kunnen alleen schriftelijk uiterlijk drie maanden voor het einde van het lopende abonnementsjaar worden opgezegd. Bij niet-tijdige opzegging wordt het abonnement automatisch voor een jaar verlengd.

**Aanbevolen citeerwijze:** Omdat van dit tijdschrift ook een elektronische versie zal verschijnen, zijn met ingang van 2004 de bijdragen (artikelen; rubriek(sonderdelen) e.d.) voorzien van een publicatienummer en zijn de bronvermeldingen gestandaardiseerd. Dit brengt ook een wijziging voor de citeerwijze van het *Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht* met zich mee: NTB 2005, 1 (afkorting tijdschrift, jaartal, publicatienummer).

Alle rechten voorbehouden. Niets uit deze uitgave mag worden veeleenvoudigd, 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.

**Reprorecht:** Voor zover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16h t/m 16m Auteurswet 1912 jo. het Besluit van 27 november 2002, *Stb.* 575, dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht, Postbus 3051, 2130 KB Hoofddorp.

Voor het overnemen van gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (artikel 16 Auteurswet 1912) dient men zich tot de uitgever te wenden.

ISSN 0921-3554

Nederlands  
uitgeversverbond

Groep uitgeverij voor  
vak en wetenschap

KLUWER 



## Inhoud

*D. Brugman*

- 34** **Ambtshalve toetsing afgebakend** – 265  
Ambtshalve toetsing door de bestuursrechter houdt in dat hij zelfstandig, zonder dat partijen hem daarom hebben gevraagd, toetst aan bepaalde rechtsregels. In de praktijk rijst echter steeds weer onduidelijkheid over waarom en wanneer ambtshalve toetsing moet of mag plaatsvinden en hoe deze toetsing moet worden onderscheiden van andere zoals ambtshalve aanvulling van rechtsgronden. Voorts wordt steeds vaker de vraag gesteld of het Europese recht het leerstuk van ambtshalve toetsing een nieuwe dimensie geeft. Auteur bespreekt deze twee vragen.

*A. ten Veen*

- 35** **Concentratie en Effectiviteit** – 278

*R.J.N. Schlössels*

- 36** **Reactie op het voorstel De Haan inzake de rechterlijke organisatie** – 280

*J.L. Verbeek*

- 37** **Bijzondere bestuursrechtelijke colleges: opheffen wegens behaald succes** – 282

*Ch.J. Langereis*

- 38** **Harmonisatie van de rechterlijke macht en de eenwording van het bestuursrecht** – 284

In het vorige nummer van het NTB is De Haan op prikkelende wijze ingegaan op de derde fase herziening rechterlijke organisatie en hoe deze weer in beweging gezet zou kunnen worden. Vier auteurs reageren op dit artikel, gevolgd door een naschrift van De Haan.

*P. de Haan*

- 39** **Antwoord op vorenstaande reacties** – 286

**Verwachting**

- 40** *M. Scheltema*, Omgangsvormen tussen hoogste rechters – 288

**Kroniek**

- 41** *A.P.W. Duijkersloot en R.J.G.M. Widdershoven*, Europees bestuursrecht – 290

### Aanbevolen citeerwijze

NTB 2005, ..  
(het cijfer achter de komma verwijst naar het publicatienummer van een artikel)

# Ambtshalve toetsing afgebakend *De plaats van amts- shalve toetsing in het bestuursprocesrecht in nationaal- en Europeesrechtelijk perspectief*

34

D. Brugman\*

## 1 Inleiding

Ambtshalve toetsing door de bestuursrechter houdt in dat hij zelfstandig, zonder dat partijen hem daarom hebben gevraagd, toetst aan bepaalde rechtsregels. Hij doet dit omdat handhaving van die normen niet aan partijen kan en mag worden overgelaten; de normen zijn ‘van openbare orde’. Ambtshalve toetsing kan buiten het door partijen afgebakende geding om plaatsvinden. Met de vorderingen, standpunten of argumenten van partijen hoeft de amtsshalve toetsende rechter geen rekening te houden; hij kan ‘ultra petita’ gaan. Ook is het mogelijk dat partijen door amtsshalve toetsing slechter af zijn dan zij zonder rechterlijk oordeel zouden zijn geweest (‘reformatio in peius’). Dit alles is geen nieuws. Waarom verdient de plaats van amtsshalve toetsing in het bestuursprocesrecht dan nog bespreking? Daarvoor zie ik twee redenen. In de eerste plaats lijkt de eensgezindheid over de definitie en het bestaansrecht van amtsshalve toetsing minstens ten dele schijn. In de praktijk rijst telkens weer onduidelijkheid over de vraag waarom en wanneer amtsshalve toetsing moet of mag plaatsvinden en hoe deze vorm van toetsing moet worden onderscheiden van andere vormen van toetsing, zoals amtsshalve aanvulling van rechtsgronden. Een nadere afbakening van het begrip amtsshalve toetsing en een consequente toepassing daarvan kan bijdragen aan de consistentie van het bestuursrechtelijke rechtsbeschermingsstelsel.

Ten tweede wordt steeds vaker de vraag gesteld of het Europese recht het leerstuk van amtsshalve toetsing een nieuwe dimensie geeft. Is amtsshalve toetsing (lees: een beperkt toepassingsbereik daarvan) verenigbaar met de eisen die voortvloeien uit het EVRM en het gemeenschapsrecht? Eist de Europese rechtsorde of die van het EVRM wellicht dat amtsshalve wordt getoetst of is voldaan aan voorschriften van Europese origine? Deze twee vragen komen achtereenvolgens aan de orde. In het eerste deel staat de nadere afbakening van het begrip amtsshalve toetsing centraal. Dit doe ik aan de hand van jurisprudentie, literatuur en aanknopingspunten in de totstandkomingsgeschiedenis van de

Algemene wet bestuursrecht; het heeft mijns inziens niet zoveel zin uit het niets een nieuw begrippenstelsel te ontwerpen. Ik schets kort welke andere, met amtsshalve toetsing samenhangende, toetsingsvormen de Awb kent, waarna aan de hand van een becommentarieerd overzicht van de jurisprudentie een overzicht ontstaat van voorschriften waaraan in de praktijk amtsshalve zou moeten worden getoetst (of juist niet). Het tweede deel is gewijd aan de vraag of het Europese recht het nationale stelsel ongewijzigd laat. Ik bespreek deze vraag eerst in het licht van het communautaire recht en vervolgens in het perspectief van het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (hierna: het EVRM).

## 2 De plaats van amtsshalve toetsing in het bestuursprocesrecht

### 2.1 Een nadere afbakening van amtsshalve toetsing

Eerst een korte juridisch-taalkundige opmerking over de begrippencombinatie amtsshalve toetsing. Ten eerste: wat is eigenlijk ‘toetsing’? Bij toetsing aan recht denkt men aan die activiteit waarin de rechter uit hoofde van zijn ambt deskundig is: het onderzoeken of in overeenstemming met een rechtsnorm is gehandeld. Dat zegt niet zoveel. De term ‘amtsshalve’ – in Van Dale omschreven als ‘krachtens of nopens het ambt’ – heeft evenmin veel onderscheidend vermogen.<sup>1</sup> Als wordt aangesloten bij de betekenis die de term ‘amtsshalve’ in een juridische context wel krijgt, namelijk ‘uit zichzelf’ (zonder dat daarom is gevraagd), ontstaat een wat duidelijker beeld. Maar daarmee dreigt tevens spraakverwarring. Want de aanduiding ‘amtsshalve toetsing’ krijgt in de bestuursrechtelijke literatuur en soms ook in de rechtspraak een meer specifieke betekenis, waarbij deze vorm van toetsing wordt onderscheiden van andere vormen van (amtsshalve) toetsing, zoals amtsshalve aanvulling van rechtsgronden. Wat is dan amtsshalve toetsing volgens de bestuurs-

\* Mr. drs. D. Brugman is werkzaam bij het ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, directie Constitutionele Zaken en Wetgeving. Daarnaast werkt zij aan een proefschrift over toetsing aan recht in het

bestuursrecht. In dat kader schreef zij dit artikel. Citeertitel: D. Brugman, ‘Amtsshalve toetsing afgebakend’, *NTB* 2003, 34.

1. Een goede rechter handelt steeds krachtens zijn ambt. Zo zou een voorzieningen-

rechter hebben overwogen: ‘Mijnheer, ik ben boos op u, ontzettend boos. Amtsshalve boos weliswaar, maar boos.’ Zie ‘Magistrale overwegingen’, *Adv.bl.* 2004-7, p. 334.

rechtelijke handboeken?<sup>2</sup> Ten eerste wordt door de meeste auteurs benadrukt dat ambtshalve toetsing een vorm van toetsing is die kan<sup>3</sup> geschieden zonder dat de inhoud van het beroepschrift daar enige aanleiding voor hoeft te geven: zij geschiedt *buiten het door partijen afgebakende geschil om*. Zij kan dus ultra petita geschieden en de uitkomst ervan kan tegen het belang van partijen indruisen; reformatio in peius is mogelijk. Men lijkt het er verder over eens dat ambtshalve toetsing geschiedt omdat de te toetsen voorschriften *van openbare orde* zijn. Wat openbare orde inhoudt, is minder duidelijk. Sommige auteurs menen dat het vooral gaat om regels omtrent de toegang tot de rechter<sup>4</sup>, anderen spreken over ‘kernelementen van de rechtsorde’<sup>5</sup> of ‘fundamentele beginselen van behoorlijke rechtspleging’<sup>6</sup>, terwijl ook wel gesteld wordt dat bepaalde fundamentele rechtsnormen, normen ter bescherming van kwetsbare belangen<sup>7</sup>, of zelfs bepaalde ‘gewone’ rechtsregels (zoals bijv. die uit het bestemmingsplan of regels van Europese oorsprong) van openbare orde zouden (moeten) zijn. Hoe dit ook zij (daarover straks meer), kennelijk onderkennen alle auteurs een categorie rechtsnormen die de rechter los van partijstandpunten moet handhaven. Bepalend daarbij is de aard van het te toetsen voorschrift en niet de hoedanigheid van partijen, de aard van de zaak of de ernst van het geschil. Indien een voorschrift een ‘kwestie’ van openbare orde regelt, moet de rechter daaraan ambtshalve toetsen.<sup>8</sup> Verder wordt aangenomen dat ambtshalve toetsing een *verplichting* is. Daaraan doet overigens niet af dat een ambtshalve toetsende rechter partijen niet met het resultaat van zijn ambtshalve uitgevoerde toetsing mag overvallen. In het verlengde daarvan ligt de eis dat ambtshalve toetsing op voldoende onderzoek moet worden gebaseerd.<sup>9</sup>

Over deze drie elementen (buiten de omvang van het geding; bij voorschriften van openbare orde; verplicht karakter) lijkt op zichzelf overeenstemming te bestaan: zij keren hier en daar ook terug in de rechtspraak.<sup>10</sup> Toch wordt in de praktijk – met name in de rechtspraak – het onderscheid met andere vormen van toetsing niet altijd even scherp getrokken, zodat toch weer spraakverwarring ontstaat. Verder bestaat geen eensge-

zindheid over de invulling van het begrip openbare orde. Om die reden verken ik beide onderwerpen hieronder nader. Ik doe dat aan de hand van de totstandkomingsgeschiedenis van de Awb en het in de Awb geregelde rechtsbeschermingstelsel.

## 2.2 Ambtshalve toetsing in de Awb

Sinds de inwerkingtreding van de tweede tranche van de Algemene wet bestuursrecht is rechtsbescherming – door het bindend beslechten van een bestuursrechtelijk rechtsgeschil – de primaire functie van het bestuursproces.<sup>11</sup> Bij die functie past dat de bestuursrechter een besluit toetst indien en voorzover partijen daarover een geschil hebben. Hij kijkt niet naar onderdelen van het besluit die niet in geschil zijn en buigt zich evenmin over zaken waarvan duidelijk is dat partijen daarvan geen punt maken. De rechter is geen toezichthouder.

Of dit een gewenste situatie is – waarom zou een rechter niet tevens de taak opgelegd kunnen of moeten worden om de wereld te behoeden voor het bestaan van foutieve overheidsbesluiten? – laat ik buiten beschouwing. Evenmin besteed ik aandacht aan de vraag of het huidige stelsel en het daarbij behorende gereedschap van de rechter toereikend is om een bestuursrechtelijk geschil definitief te beslechten.<sup>12</sup> Mij gaat het om de betekenis van dit uitgangspunt voor de plaats van ambtshalve toetsing in het bestuursprocesrecht. Die plaats is in een dergelijk stelsel beperkt. Immers, met een stelsel waarin de omvang van het geding in beginsel door partijen wordt afgebakend, strookt niet dat de bestuursrechter geheel zelfstandig aan bepaalde voorschriften mag toetsen zonder dat daarom door (één van de) partijen is gevraagd. Dat een partij slechter af is dan hij zonder rechterlijke procedure zou zijn geweest, kan al helemaal niet de bedoeling zijn.

Maar toch geeft de wetsgeschiedenis van de Awb aanknopingspunten voor de veronderstelling dat er ruimte is voor ambtshalve toetsing aan bepaalde voorschriften. In de memorie van antwoord is opgemerkt dat de toe-

2. Zie o.m. R.J.N. Schlössels en F.A.M. Stroink, *Kern van het bestuursrecht*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2003, p. 317-318, G.A.C.M. van Ballegooij e.a., *Bestuursrecht in het AWB-tijdperk*, Deventer: Kluwer 2004, p. 232, P. de Haan, Th.G. Drupsteen & R. Fernhout, *Bestuursrecht in de sociale rechtstaat, deel 2* (Bestuurshandelingen en waarborgen), Deventer: Kluwer 1998, p. 348-349, M. Schreuder-Vlasblom, *Rechtsbescherming en bestuurlijke voorprocedure* (Monografieën Awb) (A-3), Deventer: Kluwer 2003, p. 197-198 en Van Wijk/Konijnenbelt/Van Male, *Hoofdstukken van bestuursrecht*, Den Haag: Elsevier Juridisch 2005, p. 612 e.v.

3. Een ambtshalve te toetsen voorschrift kan vanzelfsprekend ook onderdeel vormen van het geschil.

4. Van Wijk/Konijnenbelt/Van Male 2005

(zie noot 3).

5. Schreuder-Vlasblom 2003 (zie noot 3).

6. Zie bijv. de annotatie van Verheij onder ABRvS 24 december 2003, AB 2004, 383. Ook Schreuder-Vlasblom volgt die benadering (zie noot 3).

7. Aldus Schreuder-Vlasblom onder ABRvS 19 maart 1999, AB 1999, 205.

8. R. Kooper, ‘Wie is er bang voor de ambtshalve aanvulling van rechtsgronden? Over de terminologie van art. 8:69 Awb’, *NTB* 2000-6, p. 171.

9. Hoge Raad 19 november 2004, *JB* 2004/3 (m.nt. R.M.P.G.N.-C).

10. ABRvS 6 mei 2004, AB 2004, 294 (m.nt. dG), ABRvS 27 november 2002, AB 2003, 146 (m.nt. AMLJ), CRvB 24 december 2003, *JB* 2004/105 (m.nt. A.J. Bok), CBB 24 oktober 1990, AB 1991, 408 en CBB 17 mei 2005, *NJB* 2005-27, nr. 410.

11. Zie de memorie van toelichting, opgenomen in E.J. Daalder, G.R.J. de Groot & J.M.E. van Breugel, *De parlementaire geschiedenis van de Algemene wet bestuursrecht. Tweede tranche*, Alphen aan den Rijn: Samsom H.D. Tjeenk Willink 1994, p. 174 (hierna afgekort tot Parl. Gesch. Awb II). Zie verder D. Allewijn, ‘Centrale Raad en Afdeling: materiële geschilbeslechting als bindend element’, *NTB* 2004, 42.

12. Het rapport van de VAR-commissie Rechtsbescherming stelt daar vraagtekens bij en suggereert verbeteringen, bijv. op het gebied van de uitspraakbevoegdheden. Zie VAR-commissie Rechtsbescherming, *De toekomst van de rechtsbescherming tegen de overheid. Van toetsing naar geschillenbeslechting*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2004, p. 130-132.

passing van de regels inzake bevoegdheid en ontvankelijkheid van openbare orde zijn en daarmee niet ter vrije beschikking staan van partijen. De rechter mag zich blijkens de wetsgeschiedenis niet conformeren aan een onjuiste uitleg van het besluitbegrip of een ten onrechte verschoonbaar geoordeelde termijnoverschrijding, ook niet als partijen zijn overeengekomen geen beroep te doen op onbevoegdheid of niet-ontvankelijkheid.<sup>13</sup> Wat de grondslag is voor deze vorm van toetsing, meldt de wetgever niet, al maakt het betreffende citaat onderdeel uit van een passage die betrekking heeft op art. 8:69 Awb. Van Male<sup>14</sup> meent dat de grondslag inderdaad in dit artikel kan worden gevonden. Hij wijst erop dat lid 1 de rechter opdraagt ook acht te slaan op de stukken, het verhandelde ter zitting en hetgeen in het vooronderzoek naar voren is gekomen. Daaronder kunnen naar zijn idee ook de ambtshalve te onderzoeken aspecten worden geschaard. Kooper meent dat de grondslag voor ambtshalve toetsing in art. 8:69lid 3 moet worden gezocht. Op grond daarvan is de rechter bevoegd ambtshalve de feiten aan te vullen, hetgeen ook impliceert dat hij ambtshalve kwesties van openbare orde kan onderzoeken.<sup>15</sup> Beide constructies lijken mij wat gekunsteld. Nu de wetgever het bieden van individuele rechtsbescherming en het beslechten van geschillen als de kerntaak van de rechter beschouwt, ligt het veel meer voor de hand om art. 8:69 in dat perspectief te lezen. De grondslag van ambtshalve toetsing ligt mijns inziens in het voorschrift zelf. Omdat dat een onderwerp regelt dat van openbare orde is (bijv. de bevoegdheid van de rechter), moet de rechter deze kwestie ambtshalve onderzoeken.<sup>16</sup>

### 2.3 Andere wegen naar toetsing aan recht

Ambtshalve toetsing is niet de enige weg waarlangs de rechter aan voorschriften kan of moet toetsen zonder dat daarom door partijen met zoveel woorden in het beroepschrift is verzocht. Er zijn andere wegen die naar rechterlijke toetsing aan bepaalde rechtsregels leiden. Deze verdienen kort bespreking, omdat zo hun plaats kan worden bepaald ten opzichte van ambtshalve toetsing in de hierboven geschetste specifieke betekenis.<sup>17</sup>

Uitgangspunt voor de rechterlijke toetsing is art. 8:69 Awb. Lid 1 van dat artikel noemt de bronnen waaruit de rechter het geschil moet afleiden. De rechter moet uitspraak doen op de grondslag van het beroepschrift, de overgelegde stukken, het verhandelde tijdens het vooronderzoek en het onderzoek ter zitting. Mijns inziens wordt het accent door sommigen ten onrechte (volledig) gelegd op de grondslag van het beroepschrift, met als gevolg dat alleen wordt bezien of de in het beroepschrift aangevoerde gronden tot vernietiging van het in geschil zijnde besluit kunnen leiden. Maar lid 1 spreekt daarnaast ook nog van de overgelegde stukken, het verhandelde tijdens het vooronderzoek en het onderzoek ter zitting. Ook uit deze stukken of uit het ‘verhandelde’ kunnen wellicht geschilpunten worden gedestilleerd die uit het oogpunt van het verlenen van (daadwerkelijke) rechtsbescherming beoordeling verdienen. Voor een diepergaand en indringender onderzoek naar de omvang van het geschil buiten de grenzen van de beroepsgronden is bij bepaalde soorten geschillen (denk bijvoorbeeld aan punitieve sancties) wellicht wel eerder aanleiding dan bij andere.<sup>18</sup>

Dat de wijze waarop lid 1 wordt toegepast, gevolgen kan hebben voor de reikwijdte van de toetsing aan rechtsregels, wordt duidelijk bij de in art. 8:69 lid 2 genoemde verplichting van de rechter om ambtshalve rechtsgronden aan te vullen. Die verplichting behelst immers een vertaling in juridische termen van de geschilpunten die na toepassing van het eerste lid zijn gevonden. Het gaat hier om een taak voor de rechter bij uitstek: hij is degene die het recht kent en het kan en moet (aanvullen en) toepassen. *Curia ius novit*, luidt het bekende adagium. Om terug te komen op het voorbeeld van de punitieve sanctie: blijkt niet direct uit een beroepsgrond maar wel uit de stukken dat degene aan wie een aanzienlijke punitieve sanctie is opgelegd, zeer armlastig is, dan zou de rechter hierin aanleiding kunnen zien te onderzoeken of de hoogte van de sanctie de evenredigheidstoets doorstaat.

De plicht tot ambtshalve aanvulling van rechtsgronden – en meer algemeen: het toetsen aan recht – omvat ook het ambtshalve onderzoek naar de geldigheid van de desbetreffende voorschriften. De rechter mag immers alleen geldig recht toepassen en geen rechtsregels die nog niet of niet meer gelden of strijdig zijn met hoger recht<sup>19</sup>, waar-

13. Parl. Gesch. Awb II (zie noot 12), p. 464.

14. Van Wijk/Konijnenbelt/Van Male 2005 (zie noot 3), p. 613.

15. Kooper schrijft: ‘Omdat het gaat om een uitbreiding van de grondslag van het geding, welke grondslag feitelijk van aard is, zal men deze basis wel moeten zoeken in de bevoegdheid van de rechter tot *ambtshalve aanvulling van de feiten*, neergelegd in art. 8:69 lid 3 Awb.’ Zie R. Kooper, ‘Wie is er bang voor aanvulling van rechtsgronden? Over de terminologie van artikel 8:69 Awb’, *NTB* 2000-6, p. 176.

16. In dit verband verdient nog vermelding de opvatting van De Werd dat art. 94 Grondwet (nog) een andere wettelijke grondslag geeft voor de verplichting tot ambtshalve

toetsing voorzover het gaat om toetsing aan eenieder verbindende bepalingen. Zie M.F.J.M. de Werd, ‘Ius curia novit. Ambtshalve aanvulling van rechtsgronden door de bestuursrechter’, *NJB* 1998-15, p. 687-694, aldaar p. 691. Mijns inziens hebben Widdershoven e.a. overtuigend aangetoond dat dit artikel geen extra (staatsrechtelijke) grondslag biedt voor ambtshalve toetsing. Zie R.J.G.M. Widdershoven e.a., *Algemeen bestuursrecht 2001: hoger beroep*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2001, p. 29-30.

17. Zie over deze vormen ook C.L.G.F.H. Albers en R.J.N. Schlössels, ‘De omvang van het bestuursrechtelijke geding: het Europese recht als paard van Troje? Over de (on)toelaatbaarheid van proces technische trechters

en ambtshalve rechtstoepassing’, *Gst.* 2005, 26, p. 81-94, aldaar p. 89-90.

18. Bij punitieve sancties ligt bijvoorbeeld wellicht een meer strafrechtelijke benadering voor de hand. Aldus ook al C.L.F.H. Albers en R.J.N. Schlössels, ‘De bestuurlijke boete: een koekoeksei in het bestuursprocesrecht’, *NTB* 2002-7, p. 187-198. Vergelijk ook CRvB 5 april 2002, *JB* 2002/173 en CRvB 29 april 2003, *JB* 2003/192. Anders: ABRvS 2 juni 2004, *AB* 2004, 340 (m.nt. OJ en RW).  
19. CRvB 3 oktober 1996, *TAR* 1996, 203, ABRvS 22 september 1997, *JB* 1997/269, ABRvS 2 juli 2003, *AB* 2003, 459 (m.nt. P. van der Ree), ABRvS 23 maart 2005, *JB* 2005/14 en CRvB 7 maart 2005, *JB* 2005/155.

onder vanzelfsprekend ook communautair recht valt.<sup>20</sup> Ook is mogelijk dat de rechter een juridische voorvraag moet stellen en beantwoorden alvorens de desbetreffende rechtsgrond adequaat te kunnen beoordelen. Moet worden beoordeeld of in overeenstemming met het bestemmingsplan is gehandeld, dan kan dit aanleiding zijn om eerst te onderzoeken of dit plan wel van toepassing is op het desbetreffende bouwplan. Is de stelling dat ten onrechte een naheffingsaanslag parkeerbelastingen is opgelegd omdat de vergunning achter de voorruit moet hebben gelegen, dan moet de rechter wellicht eerst onderzoeken of de betreffende parkeerplaats is aangewezen als gebied waarvoor parkeerbelastingregeling geldt.<sup>21</sup>

Verder kan zich de situatie voordoen dat een ter beoordeling voorgelegde kwestie zodanig samenhangt met een ander aspect, dat dit eerst of ook moet worden beantwoord om de desbetreffende kwestie goed te kunnen beoordelen. Dit is bijvoorbeeld aan de orde bij de beoordeling van een afwijzing van een WAO-aanvraag. De medische beoordeling van de mogelijkheden van betrokkene en de arbeidskundige beoordeling van de functies die daar bij horen, hangen zozeer samen dat een volwaardige beoordeling van het geschil niet goed mogelijk is indien wordt volstaan met het aspect dat tot voorwerp van geschil is gemaakt.<sup>22</sup> Ook valt te denken aan een beroepsgrond die betrekking heeft op een welstandsoordeel bij de weigering van een bouwvergunning. Omdat de welstandstoets volgens de rechtspraak niet datgene feitelijk onmogelijk mag maken wat het bestemmingsplan toestaat, kan de rechter genoodzaakt zijn het bestemmingsplan te raadplegen.<sup>23</sup> Het is hier niet de plaats om uitvoerig in te gaan op de reikwijdte van deze toetsingsvormen. Men kan van mening verschillen over de mate van activiteit en creativiteit die de rechter bij de beoordeling van een zaak aan de dag moet leggen. Mogelijk moet dat afhangen van de aard van het voorgelegde geschil. Factoren zijn bijvoorbeeld de aard van het besluit en de hoedanigheid van de daarbij betrokken partijen (daarbij valt ook te denken aan het door de wetgever erkende belang van ongelijkheidscompensatie). Mijns inziens is een subjectieve benadering van het bestuursproces, waarbij rechtsbescherming en geschilbeslechting uit-

gangspunt zijn, in elk geval niet noodzakelijkerwijs synoniem met een passieve benadering, waarbij partijen zelf de zaak zoveel mogelijk kant en klaar op het bordje van de rechter moeten leggen.

Aan al deze varianten van rechterlijke toetsing aan voorschriften komt in meerdere of mindere mate een eigen initiatief van de rechter te pas. In zoverre is sprake van 'ambtshalve' toetsingsvormen. Indien de rechter tot deze ambtshalve toetsingsvarianten geroepen is en het onderliggende geschilpunt tijdig naar voren is gebracht, kan hij zich vanzelfsprekend ook niet verschuilen achter argumentatieve en bewijsfuitken. Taalkundig zou het op zichzelf ook correct zijn om al deze toetsingsvormen als 'ambtshalve toetsing' aan te duiden. Ook bestuursrechtjuristen zouden deze afspraak kunnen maken. Voor de specifieke vorm van ambtshalve toetsing waarover deze bijdrage gaat, zou dan een andere term kunnen worden gehanteerd, zoals bijvoorbeeld 'ambtshalve controle'. Mij lijkt het praktischer de term ambtshalve toetsing op te vatten in de specifieke betekenis die deze term toch al heeft gekregen. In het vervolg van deze bijdrage hanteer ik dan ook die specifieke betekenis wanneer ik spreek over ambtshalve toetsing.<sup>24</sup>

Welke terminologie men ook (lieft consequent) hanteert, bovenstaande ambtshalve toetsingsvormen moeten strikt worden onderscheiden van hetgeen ik ambtshalve toetsing noem. De eerste varianten spelen zich immers af binnen de omvang van het geschil: reformatio in peius is ook niet aan de orde.<sup>25</sup> Ambtshalve toetsing trekt zich echter niets aan van de afbakening van het geschil en kan en moet ook daarbuiten geschieden, met alle gevolgen van dien, zoals mogelijk reformatio in peius. Dit is mijns inziens een essentieel onderscheid.<sup>26</sup> Dat het bepaald lastig kan zijn om de omvang van het geding in een concrete zaak af te bakenen – wanneer kan of moet toetsing aan een bepaald voorschrift nog in verband met de behandeling van het voorgelegde geschil geschieden en wanneer niet meer<sup>27</sup> –, doet daar niet aan af. Volledigheidshalve vermeld ik nog dat de goede procesorde en de verschillende fuitken (onderscheiden zijn inmiddels een argumentatieve, een gronden- en een bewijsfuitken) – en, volgens sommigen ook: de onpartijdigheid van de rechter – beperkingen kunnen stellen aan de mogelijkheid om geschilpunten binnen de

20. Een geval apart vormen beleidsregels. Vanzelfsprekend dient de rechter deze (voor zover zij onderwerp van het geding vormen) aan (hoger) recht te toetsen. Bijv. CRvB 21 februari 2003, NJB 2003-14, nr. 9, p. 741. Hij hoeft beleidsregels echter niet te 'kennen' (en ze ambtshalve aan te vullen) volgens de heersende rechtspraak. Zie voor het vreemdelingenrecht ABRvS 25 februari 2004, AB 2004, 286 (m.nt. Sew) en voor fiscaal recht het overzicht in R.H. Happé, 'Vertrouwens- en gelijkheidsbeginsel en het beleidsmatige handelen van de Belastingdienst', NTB 2005, 5, p. 41-42.

21. HR 15 april 2005, NJB 2005-21, 302, p. 1097-1098.

22. CRvB 18 december 1998, JB 1999/18 (m.nt. R.J.N.S) en CRvB 17 mei 2000, JB 2000/190. Zie CRvB 24 december 2003, RSV

2004/86 voor een voorbeeld waarbij het verband niet werd aangenomen.

23. Vergelijk ABRvS 8 augustus 1996, AB 1996, 481 (Schaap/Zaanstad; m.nt. PvB).

24. Voor de verwarrende terminologie is ook al door De Werd aandacht gevraagd. Hij noemt o.a. ambtshalve toetsing, ambtshalve toepassing, ambtshalve beoordeling, ambtshalve overweging, ambtshalve vaststelling, ambtshalve controle en ambtshalve uitbreiding van het geding. Zie M.F.J.M. de Werd, 'Ius curia novit. Ambtshalve aanvulling van rechtsgronden door de bestuursrechter', NJB 1998-10, p. 687-694, aldaar p. 689.

25. Om dezelfde reden zou ik de bevoegdheid van de Hoge Raad in belastingcassaties om ambtshalve gronden 'bij te brengen' ook niet als ambtshalve toetsing willen aanduiden. Het lijkt mij zuiverder om te stellen dat

de Hoge Raad met deze bijzondere bevoegdheid in cassatie de omvang van het geschil (dat in cassatie vrij beperkt is) nog kan aanvullen. Ondertussen leidt deze figuur tot interessante gevolgen als het gaat om toetsing aan Europees recht. Zie HR 7 mei 2004, AB 2004, 347 (m.nt. RW), waarin deze bevoegdheid wordt gebruikt om een aan het EG-recht gerelateerde grond bij te brengen.

26. Aldus ook Nijmeijer. Zie A.G.A. Nijmeijer, 'Het bestemmingsplan en de bouwvergunning. Een niet-ambtshalve door de bestuursrechter te toetsen relatie', JBplus 2004-3, p. 186-195, aldaar p. 187-191.

27. Een illustratie daarvan is te vinden in ABRvS 24 december 2003, AB 2004, 383 (m.nt. NV).

omvang van het geding te brengen.<sup>28</sup> Treffend is in dat opzicht de casus die ten grondslag lag aan de uitspraak van het CBB van 10 december 2004<sup>29</sup>: appellante had zich in bezwaar bewust neergelegd bij de verschuldigheid van de heffing, terwijl het bestuursorgaan nog expliciet had gevraagd of dit punt wat appellante betreft ter discussie stond. Het strookt dan niet met de goede procesorde, zo oordeelde het CBB, om in beroep alsnog de verschuldigheid van de heffing te betwisten.

#### 2.4 Openbare orde afgebakend

Uit bovenstaande blijkt dat in het systeem van de Awb-rechtsbescherming weinig plaats is ingeruimd voor ambtshalve toetsing; dat moet blijken de wetsgeschiedenis voornamelijk bij bevoegdheids- en ontvankelijkheidsvragen. Voor het overige staat het door partijen afgebakende geschil centraal. De Awb kent wel andere vormen van ‘ambtshalve’ onderzoek *binnen* het aldus afgebakende geding.

Ook als de inrichting van het rechtsbeschermingsstelsel en de beperkte plaats die daarin voor ambtshalve toetsing is gereserveerd, niet ter discussie wordt gesteld, is het begrip ‘openbare orde’ lastig af te bakenen. De wetgever heeft zich begrijpelijkerwijs niet gewaagd aan een nadere omschrijving en de invulling daarvan in feite overgelaten aan de rechtspraak. Welke aanknopingspunten zouden de rechtspraak hierbij kunnen worden meegegeven? Ik doe een voorstel. Toetsing aan voorschriften buiten een geschil om kan mijns inziens alleen worden gerechtvaardigd indien deze voorschriften een *zelfstandige* betekenis hebben voor het bestuursproces als zodanig. Het gaat dus om een betekenis die kan worden onderscheiden van de betekenis die voorschriften voor partijen in een concreet geschil over hun onderlinge rechtsverhouding kunnen hebben. Ambtshalve toetsing kan alleen aan de orde zijn, indien een voorschrift een zodanige zelfstandige betekenis heeft.

Het past niet goed binnen het systeem van het huidige bestuursprocesrecht, dat de ‘subjectieve weg’ is ingeslagen, om, enkel vanwege het belang dat zij beschermen, hieronder voorschriften te scharen die niet aan de hierboven voorgestelde omschrijving voldoen, ook al beschermen zij een bijzonder kwetsbaar belang of gaat het om een in een grondrecht verankerd belang. Aan die voorschriften moet alleen worden getoetst indien en

voorzover dat nodig is voor het verlenen van rechtsbescherming en het beslechten van het geschil.

De door de wetgever voor ambtshalve toetsing genoemde voorschriften – die de toegang tot de rechter waarborgen – hebben mijns inziens in ieder geval een dergelijke zelfstandige betekenis. Door te voorzien in formele en materiële voorwaarden voor toegang tot de rechter, waarborgen zij een transparant en rechtvaardig bestuursrechtelijk rechtsbeschermingsstelsel. Ook de ‘negatieve kant’ van dergelijke voorschriften heeft waarde: indien geschillen alleen op ‘ordelijke’ wijze en tijdig aan de juiste rechter kunnen worden voorgelegd, komt dit de rechtszekerheid ten goede en vergroot dat de effectiviteit en doelmatigheid van de rechtsbescherming. Daarmee strekt hun betekenis verder dan het individuele geschil. Door toepassing ervan bewaakt de rechter zijn staatsrechtelijke en rechtsstatelijke grenzen.<sup>30</sup>

Over welke toegangsnormen hebben we het? Zijn er nog andere voorschriften van openbare orde? Aan de hand van een becommentarieerd overzicht van voorschriften waaraan in de rechtspraak (soms) ambtshalve wordt getoetst, ga ik dat na. Zo ontstaat een proeve van een ‘checklist’ met voorschriften van openbare orde waaraan de rechter ambtshalve moet toetsen.

#### 2.5 Ambtshalve toetsing in de praktijk<sup>31</sup>

In de eerste plaats zijn van openbare orde de voorschriften die de bevoegdheid van de rechter en ontvankelijkheid van het beroep betreffen. Op hun zelfstandige betekenis voor het bestuursproces ben ik al eerder ingegaan. Het gaat dan aan voorschriften omtrent de tijdige indiening van het beroepschrift<sup>32</sup>, de betaling van griffierecht, de overige vereisten waaraan een beroepschrift ingevolge art. 6:5 Awb moet voldoen, de absolute en relatieve bevoegdheid van de rechter<sup>33</sup> en ook het procesbelang.<sup>34</sup> Het ambtshalve onderzoek daarnaar kan overigens heel wat voeten in aarde hebben, zelfs als het gaat om een op het oog eenvoudig voorschrift dat het beroepschrift tijdig moet zijn ingediend. De rechter moet indien nodig zelf onderzoek doen. Mijns inziens mag hij zich bij toetsing aan voorschriften van openbare orde niet zonder meer verlaten op niet-betwiste stellingen van partijen, bijvoorbeeld inhoudende dat het bezwaarschrift tijdig is verzonden. Dan zou ambtshalve toetsing een wassen neus zijn.<sup>35</sup>

28. Zie bijv. recent R. Ortlep, ‘De fuikendynastie: van afbraak tot verbouwing’, *NTB* 2005-1, p. 1-5. Met name Schreuder-Vlasblom heeft daarnaast in verschillende publicaties aandacht gevraagd voor de beperkingen die de onpartijdigheid van de rechter kan meebrengen bij ‘ambtshalve’ activiteiten. Zie bijv. haar noot onder ABRvS 4 februari 1999, *AB* 1999, 195.

29. CBB 10 december 2004, *JB* 2005/54.

30. R. Kooper, ‘Wie is er bang voor de ambtshalve aanvulling van rechtsgronden? Over de terminologie van art. 8:69 Awb’, *NTB* 2000-6, p. 171.

31. Dit overzicht van jurisprudentie is niet

uitputtend; met name betrekkelijk recente (gepubliceerde) jurisprudentie is vermeld. Zie voor een uitvoerig overzicht met verwijzingen naar meer en oudere jurisprudentie R.H. de Bock, *De omvang van het geding*, Nijmegen: Ars Aequi 2004, p. 63-74.

32. ABRvS 16 mei 2000, *AB* 2000, 325 (m.nt. FM) en ABRvS 29 april 2004, *AB* 2004, 226 (m.nt. Sew).

33. ABRvS 17 maart 1997, *AB* 1998, 18 (m.nt. NV), ABRvS 10 november 2004, *AB* 2005, 45 (m.nt. A.T. Marseille) en *JB* 2005/15, ABRvS 21 april 2005, *NJB* 2005-24, nr. 355, p. 1256-1257.

34. ABRvS 12 mei 2004, *JB* 2005/252,

ABRvS 12 februari 2003, *AB* 2003, 183 (m.nt. AvH), CRvB 2 april 2003, *AB* 2003, 383 (m.nt. De Graaf), CRvB 8 maart 2005, *JB* 2005/157, ABRvS 23 februari 2005, *JB* 2005/104, ABRvS 19 maart 2003, *AB* 2005, 41 (m.nt. Wertheim) en ABRvS 22 december 2004, *AB* 2005, 76. Een bijzondere variant (misbruik van procesrecht) is aan de orde in Rb. Zutphen 30 december 2004, *JB* 2005/55 (m.nt. AB).

35. Zie bijv. CBB 6 april 2005, *AB* 2005, 206. Anders en mijns inziens derhalve onjuist: HR 1 april 2005, *AB* 2005/146 (m.nt. RW).

Bij toetsing aan deze toegangsvoorschriften kunnen ook Awb-kernbegrippen als het besluitbegrip en het belanghebbendebegrip aan de orde komen. Dat komt doordat art. 8:1 Awb bepaalt dat beroep tegen een besluit kan worden ingesteld door een belanghebbende. Er moet dus ambtshalve worden getoetst of de ter toetsing voorgelegde beslissing een besluit is in de zin van de Awb<sup>36</sup> en, zo ja, of dat besluit ook appellabel is.<sup>37</sup> Een beslissing die niet door een bestuursorgaan is genomen, is geen besluit, zodat ook het begrip bestuursorgaan bij de ambtshalve toetsing een rol kan spelen.<sup>38</sup>

Strekt de ambtshalve toetsing zich ook uit tot de vraag of een besluit bevoegd is genomen? De heersende lijn in de jurisprudentie is dat dit inderdaad het geval is.<sup>39</sup> Ook het onderzoek naar de geldigheid van een eventueel mandaat- of delegatiebesluit geschiedt ambtshalve.<sup>40</sup> Ik vraag mij af of dit geheel terecht is. Men kan enerzijds redeneren dat ambtshalve toetsing moet geschieden vanwege de directe koppeling aan het besluitbegrip. Indien een bevoegdheidsgrondslag ontbreekt, is een beslissing in feite geen besluit in de zin van de Awb: de bestuursrechter is dus ook niet bevoegd over het daarover gerezen geschil te oordelen. Ambtshalve toetsing ligt zo bezien in de rede.<sup>41</sup> Het is echter de vraag of die redenering altijd kan worden gevolgd. In veel gevallen is er op zich wel een bevoegdheidsgrondslag voor het genomen besluit, maar is die bevoegdheid niet door het juiste orgaan uitgeoefend, bijvoorbeeld omdat een geldig mandaat- of delegatiebesluit ontbreekt. Een ander orgaan zou hetzelfde besluit wel bevoegd kunnen nemen; het gebrek kan soms ook worden gerepareerd. Men kan zich afvragen of ambtshalve toetsing in deze categorie gevallen wel steeds nodig is. Hebben bijvoorbeeld regels over delegatie en mandaat een zelfstandige betekenis voor het bestuursproces? Zelf zie ik die niet direct. Een eventuele zelfstandige betekenis zou mijns inziens met name moeten worden gezocht in het belang van de door de wetgever ingekaderde staatsrechtelijke verhoudingen. Wellicht is schending van regels over delegatie (waarbij de verantwoordelijkheid verschuift) tegen die achtergrond kwalijker dan een gebrekkig mandaat. De staatsrechtelijke verhoudingen zouden ook in het

geding kunnen komen indien een bevoegdheid niet op het door de wet aangewezen, decentrale, niveau wordt gehanteerd (te denken valt aan het milieurecht, waarbij bestuursorganen van het rijk, de provincie of de Aan normen voor de toepassing van een bestuursbevoegdheid (denk aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur) hoeft niet ambtshalve te worden getoetst; deze hebben in elk geval geen zelfstandige betekenis voor het bestuursproces als zodanig. Daaraan doet mijns inziens niet af dat ambtshalve toetsing naar de bevoegdheid bij een begunstigend besluit in een twee partijenverhouding tot een ongewenste reformatio in peius-situatie kan leiden, als die bevoegdheid er niet blijkt te zijn.<sup>42</sup> Als men meent dat dit ongewenst is, is men kennelijk van oordeel dat de regel dat altijd een (geschreven) publiekrechtelijke grondslag voor besluiten moet bestaan, aanpassing verdient. De vraag of ambtshalve moet worden getoetst of de bevoegdheid bestaat, staat hier los van. Ook voorschriften over de bekendmaking van (appellabele) besluiten van algemene strekking worden in de rechtspraak doorgaans als van openbare orde beschouwd.<sup>43</sup> Dit lijkt ook wel te passen binnen de door mij beschreven afbakening. In de eerste plaats is er de directe koppeling met het besluitbegrip: een besluit treedt niet in werking voordat het is bekendgemaakt. Voor wat betreft besluiten van algemene strekking geldt verder – en dat is mijns inziens belangrijker – dat bekendmakingsvoorschriften waarborgen dat een ieder de gelegenheid heeft van het besluit kennis te nemen om daartegen desgewenst een rechtsmiddel te kunnen aanwenden. Die laatste factor maakt ook duidelijk dat in tweepartijenverhoudingen niet ambtshalve hoeft te worden getoetst of op de voorgeschreven wijze bekend gemaakt is. Dezelfde redenering geldt *mutatis mutandis* voor de verplichting om onder een besluit een rechtsmiddelenclausule te plaatsen. In geval van besluiten van algemene strekking waarborgt die verplichting dat potentiële appellanten op gelijke wijze worden voorgelicht over de mogelijkheden om in bezwaar en beroep te gaan.<sup>44</sup> Naast het besluitbegrip wordt, zoals gezegd, ook ambtshalve getoetst of degene die beroep instelt als belanghebbende kan worden aangemerkt.<sup>45</sup> De toet-

36. CBB 12 januari 1999, *JB* 1999/75, ABRvS 14 januari 2004, ABKort 2004, 96, CRvB 19 december 2000, *JB* 2001/39, CRvB 13 oktober 2004, *JB* 2005/27, ABRvS 27 april 2005, *NJB* 2005-21, nr. 298, p. 1098, ABRvS 15 december 2004, *JB* 2005/43 (m.nt. RvD), Rb. Roermond 28 februari 2005, *JB* 2005/108 en CRvB 8 maart 2005, *JB* 2005/133.

37. CRvB 23 mei 2002, *JB* 2002/193 en CRvB 27 december 2001, *JB* 2002/52 (m.nt. De Lange-Bekker).

38. ABRvS 1 juni 2005, zaaknr. 200409524/1, [www.raadvanstate.nl](http://www.raadvanstate.nl).

39. CBB 24 september 2002, *JB* 2002/375, ABRvS 23 september 1999, *AB* 1999, 450 (m.nt. AvH), ABRvS 15 januari 2001, *JB* 2001/66 en ABRvS 26 januari 2005, LJ-nr. AS 3890, [www.rechtspraak.nl](http://www.rechtspraak.nl).

40. Vergelijk CBB 31 januari 2001, *JB* 2001/100 (m.nt. ARN) en ABRvS 15 januari

2001, *JB* 2001/66.

41. Widdershoven spreekt van de harde buitengrenzen van de bestuursbevoegdheid. Zie bijv. zijn annotatie onder ABRvS 11 februari 2005, *JV* 2005/172.

42. Zoals de situatie waarbij de ontvanger van een subsidie in beroep gaat omdat de subsidie zijns inziens te laag is en hij vervolgens het besluit vernietigd ziet vanwege het ontbreken van een bevoegdheid. Vergelijk de noot van Verheij onder ABRvS 27 augustus 2003, *AB* 2004, 10.

43. Zie ABRvS 21 september 2000, *BR* 2001, p. 142 (m.nt. Van Rijckevorsel), ABRvS 25 januari 1999, *BR* 1999, p. 305 (m.nt. De Vries) en ABRvS 8 april 1999, *BR* 1999/675.

44. De jurisprudentie over toetsing aan deze verplichting leidt tot wisselende uitkomsten. Zie ABRvS 17 september 2003, *AB* 2004, 7 (m.nt. TN), CRvB 29 februari 2000, *AB*

2000, 443 (m.nt. HBr) en ABRvS 29 maart 2005, *AB* 2005, 134.

45. ABRvS 18 mei 2005, *AB* 2005, 192, ABRvS 21 mei 2003, *AB* 2003, 273 (m.nt. MPJ), CRvB 21 oktober 1999, *AB* 2000, 42 (m.nt. HH), ABRvS 9 juli 2003, *AB* 2004, 6 (m.nt. FM), ABRvS 7 januari 2004, *AB* 2005, 20 (m.nt. CMB), CRvB 6 november 2002, *JB* 2003/5 (m.nt. R.J.N.S.), ABRvS 22 april 1996, *AB* 1997, 39 en ABRvS 8 december 2004, *AB* 2005, 131 (m.nt. LD). Ook wordt onderzocht of dit in de bestuurlijke voorprocedure juist is beoordeeld: zie ABRvS 25 juni 2003, *AB* 2004.5 (m.nt. FM). Het lijkt er zelfs op dat ambtshalve wordt getoetst of het bestuursorgaan in bezwaar ten aanzien van degenen die geen beroep instelden het juiste oordeel heeft geveld. Zie ABRvS 21 november 2001, *JB* 2002/5 (m.nt. R.J.N.S.).



sing aan dit vereiste – dat op zichzelf ook voorwerp van discussie is<sup>46</sup> – heeft een indrukwekkende reeks jurisprudentie voortgebracht. De stroom jurisprudentie vermindert ongetwijfeld niet wanneer ingevolge het nieuwe art. 6:13 Awb (in werking per 1 juli 2005) ook – m.i. zonodig ambtshalve – moet worden bezien of het door de belanghebbende aangevoerde argument in voldoende mate voortbouwt op in de bestuurlijke fase ingediende bedenkingen.<sup>47</sup>

Art. 7:1 Awb vereist in beginsel dat een voorprocedure wordt gevolgd (bezwaar; administratief beroep; een voorbereidingsprocedure), voordat beroep kan worden ingesteld. Deze regel kan blijkens de wetsgeschiedenis niet door onderlinge overeenstemming worden doorkruist (tenzij de wet dit mogelijk maakt).<sup>48</sup> Nu het gevolgd hebben van een voorprocedure bepalend is voor de toegang tot de rechter, lijkt mij dat ook terecht.<sup>49</sup> Is nog geen voorprocedure gevolgd, dan kan dat overigens in geval van bezwaar en administratief beroep alsnog: de rechter dient het beroepschrift door te zenden naar de bevoegde instantie.<sup>50</sup>

Een andere vraag is of en in hoeverre de rechter ambtshalve moet toetsen of bij die verplichte voorprocedure alle (vorm-)voorschriften in acht zijn genomen. In de rechtspraak worden enkele van deze voorschriften van openbare orde aangemerkt. Dat gebeurt in ieder geval bij de bezwaartermijn en bij de termijn voor het indienen van bedenkingen.<sup>51</sup> In aansluiting daarop toetst de rechter ook ambtshalve of het oordeel omtrent het al dan niet verschoonbaar zijn van de termijnoverschrijding juist is.<sup>52</sup> Op zich gaat het hier om toegangsnormen. Toch is het de vraag of ambtshalve toetsing aan deze voorschriften altijd terecht is. Indien meer belanghebbenden bij een besluit zijn betrokken, kan nog wel

worden gezegd dat de termijnen zelfstandige betekenis hebben voor het bestuursproces; het gelijke recht op toegang en het belang van rechtszekerheid van alle potentiële belanghebbenden zijn in het geding. Is slechts sprake van één belanghebbende, dan ligt die conclusie veel minder voor de hand. Het gelijkheidsbeginsel raakt hier veel verder uit beeld, terwijl het rechtszekerheidsbeginsel alleen voor het bestuursorgaan van betekenis is.

Andere (procedure)regels voor de bestuurlijke voorprocedure worden in beginsel niet als van openbare orde aangemerkt, hetgeen mij terecht lijkt. Over schending van de hoorplicht<sup>53</sup> moet bijvoorbeeld worden geklaagd: de rechter hoeft niet ambtshalve te onderzoeken of zij in acht is genomen. Daaraan doet niet af dat de hoorplicht een essentieel onderdeel van de bezwaarprocedure' betreft<sup>54</sup>, zodat dit gebrek niet met toepassing van art. 6:22 Awb kan worden hersteld.<sup>55</sup> Om dezelfde reden is evenmin van openbare orde het in art. 3:47 Awb neergelegde voorschrift dat de motivering van het besluit moet worden vermeld bij de bekendmaking ervan<sup>56</sup>, de heroverwegingsplicht van art. 7:11 Awb<sup>57</sup>, het voorschrift dat slechts gemotiveerd van een advies mag worden afgeweken (art. 7:13 lid 7 Awb) en overschrijding van een behandelingstermijn.<sup>58</sup>

In hoger beroep toetst de appèlrechter vanzelfsprekend in de eerste plaats ambtshalve of hij bevoegd is en het bij hem ingestelde hoger beroep ontvankelijk.<sup>59</sup>

Daarnaast wordt in appèl ook ambtshalve getoetst of bepaalde procedurevoorschriften voor de behandeling door de rechter in acht zijn genomen. Zo toetst de appèlrechter ambtshalve of de ambtshalve toetsing in eerste aanleg juist is geschied en of art. 8:69 juist is toegepast.<sup>60</sup> Ook de toepassing van art. 6:18 en 6:19 Awb wordt ambtshalve getoetst.<sup>61</sup> Verder valt te noe-

46. Zie J.C.A. de Poorter, *De belanghebbende. Een onderzoek naar de betekenis van het belanghebbende-begrip in het bestuurs(proces)recht*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2003, R.J.N. Schlössels, *De belanghebbende. Monografieën Algemene wet bestuursrecht (A9)*, Deventer: Kluwer 2004 en M.C.D. Embregts, 'Toegang voor de afgeleid-belanghebbende; is dat nodig?', *NTB* 2005, 3, p. 10-14. De minister heeft de commissie-Wetgeving algemene regels van bestuursrecht gevraagd hem te adviseren over de vraag of een vorm van een relativiteitsvereiste moet worden ingevoerd. Zie de brief van de Minister van Justitie aan de Tweede Kamer van 16 juli 2004 (*Kamerstukken II* 2003/04, 29 200 VI, nr. 176).

47. Uit de wetsgeschiedenis van de Aanpassingswet openbare uniforme voorbereidingsprocedure (*Kamerstuknr.* 29 421) wordt nog niet geheel duidelijk of sprake is van een ontvankelijkheidsstoets, en – zo ja –, hoe ver deze strekt. Uit de brief van de Minister van Justitie aan de Tweede Kamer van 29 oktober 2004 (*Kamerstukken II* 2004/05, 29 421, nr. 11) lijkt te kunnen worden afgeleid dat de wetgever slechts heeft beoogd een drempel op te werpen ten aanzien van beroepsgronden tegen niet eerder aangevochten onderdelen van het besluit. Voor het overige laat hij de ontwikkelingen over aan de rechtspraak. Zie in

dat verband al ABRvS 24 november 2004, *JB* 2005/43 (m.nt. EvdL).

48. ABRvS 15 januari 2003, *JB* 2003/48 (deels achterhaald door de regeling in art. 7:1a Awb (rechtstreeks beroep)).

49. ABRvS 28 januari 2000, *JB* 2000/71 en ABRvS 22 april 1996, *AB* 1997, 39 (m.nt. NV). Hetzelfde geldt voor de zienswijze bij een ontwerpbestemmingsplan of bedenkingen als bedoeld in de WRO. Zie ABRvS 19 mei 2004, *JB* 2005/254 en ABRvS 24 november 1998, *BR* 1999, p. 213 (m.nt. De Vries).

50. ABRvS 28 januari 2000, *JB* 2000/71 en CRvB 21 januari 1999, *AB* 1999, 199 (m.nt. HH).

51. Zie voor de bezwaartermijn: ABRvS 27 november 2002, *AB* 2003, 146 (m.nt. AMLJ), ABRvS 19 maart 1999, *AB* 1999, 205 (m.nt. MSV), CRvB 19 november 1996, *JB* 1997/11 (m.nt. MAH), ABRvS 27 februari 1998, *BR* 1998, p. 507 (m.nt. Aarts), ABRvS 5 december 1995, *AB* 1996, 298 (m.nt. AF-MB), CRvB 19 november 1996, *JB* 1997/11 (m.nt. MAH), ABRvS 17 september 2003, *AB* 2004, 7 en Rechtbank Breda 19 april 2005, LJ-nummer AT4416, [www.rechtspraak.nl](http://www.rechtspraak.nl). Zie voor de bedenkingentermijn: ABRvS 27 februari 1998, *BR* 1998, p. 507 (m.nt. PvB).

52. ABRvS 14 april 2000, *JB* 2000/159 en CRvB 29 februari 2000, *AB* 2000, 443 (m.nt.

HBr).

53. CRvB 7 februari 2001, *AB* 2001, 178 (m.nt. HBr) en ABRvS 29 juli 1996, *JB* 1996/190 (m.nt. MAH).

54. CRvB 15 oktober 1998, *AB* 1999, 33 (m.nt. HH).

55. CRvB 4 januari 2000, *AB* 2000, 146. Zie voor een uitzondering ABRvS 20 november 2002, *JB* 2003/17.

56. CRvB 8 april 2003, *Abkort* 2003, 344 en CRvB 8 juli 1997, *JB* 1997/179 (m.nt. R.J.G.H.S.). Vergelijk ook CRvB 25 november 2004, *JB* 2005/50.

57. ABRvS 17 september 2003, *JB* 2003/299 (m.nt. C.L.G.F.H.A.).

58. Zie CRvB 8 april 2003, *Abkort* 2003, nr. 344.

59. ABRvS 30 mei 1995, *AB* 1995, 418 (m.nt. AvH) en ABRvS 19 januari 2005, *JB* 2005/76.

60. ABRvS 19 maart 1999, *AB* 1999, 205 (m.nt. MSV), ABRvS 6 november 2002, *JB* 2003/5 (m.nt. R.J.N.S.), ABRvS 1 oktober 2003, *AB* 2004, 50 (m.nt. TN), ABRvS 11 mei 2005, *JB* 2005/190, CRvB 15 oktober 1998, *AB* 1999, 33 (m.nt. HH), CRvB 16 oktober 1998, *JB* 1996/261, CRvB 4 maart 1997, *AB* 1997, 268 (m.nt. FP), RSV 1997, 212 en CRvB 29 april 2003, *JB* 2003/192.

61. CRvB 7 augustus 1997, *AB* 1997, 376 (m.nt. HH) en ABRvS 12 januari 2005, *JB* 2005/66.

men de toepassing van art. 8:29 Awb<sup>62</sup>, de verzending (per aangetekende post) van uitnodigingen of oproepen voor een zitting of comparitie<sup>63</sup>, de juiste toepassing van art. 8:55 Awb en het voorschrift dat behandeling ter zitting alleen bij toestemming van alle partijen achterwege kan blijven.<sup>64</sup> In die categorie vallen ook het voorschrift dat de uitspraak moet zijn ondertekend door de rechter en de griffier, de vermelding van de datum van de uitspraak en de verzending daarvan, en de vraag of aan partijen een volledig afschrift van de uitspraak is toegezonden.<sup>65</sup>

Is het terecht dat de (appèl)rechter aan deze procedure-regels ambtshalve toetst? Voorzover het gaat om grond-regels voor een behoorlijk proces, die door de rechter in eerste aanleg moeten worden nageleefd, valt hier veel voor te zeggen. Dergelijke regels hebben zonder twijfel een zelfstandige betekenis voor het bestuursproces. Sterker nog, partijen kunnen aan veel van deze voorschriften niet rechtstreeks rechten ontnemen omdat deze voorschriften zich uitsluitend tot de rechter richten. Voor het overige hangt het antwoord op deze vraag ook voor een belangrijk deel af van de functie die men de hoger beroep rechter toedicht.<sup>66</sup> Is hij bewaker van de kwaliteit van de rechtspraak, dan is ambtshalve toetsing al snel aangewezen. Moet de appèlrechter vooral voor rechtseenheid zorgen of partijen een herkansing bieden, dan ligt ambtshalve toetsing minder vaak in de rede. Ik gaf al aan dat gewone materiële normen, hoe belangrijk ook, mijns inziens niet voor ambtshalve toetsing in aanmerking komen. De Afdeling heeft de lijn verlaten (voorzover die bestond) waarbij bouwvergunningen ambtshalve aan het bestemmingsplan werden getoetst.<sup>67</sup> Ook aan voorschriften die strekken ter bescherming van kwetsbare belangen, zou mijns inziens niet ambtshalve moeten worden getoetst, indien zij niet tevens een zelfstandige betekenis voor het

bestuursproces hebben. Om die reden maakt het evenmin uit of bij het ter toetsing voorgelegde besluit een (punitieve) sanctie is opgelegd.<sup>68</sup> Tot slot hoeft mijns inziens in beginsel ook niet ambtshalve te worden getoetst aan normen van Europese oorsprong.<sup>69</sup> Tot slot verdient nog vermelding de ambtshalve toetsing of sprake is van nieuwe feiten en omstandigheden als bedoeld in art. 4:6 Awb. Deze koers is door de Afdeling met name in de vreemdelingenrechtspraak verder ontwikkeld.<sup>70</sup> De Afdeling gaat uit van het bestaan van een ne-bis-in-idem-beginsel, op grond waarvan dezelfde zaak niet tweemaal aan de rechter mag worden voorgelegd. Het bestaan van een novum – een nieuw feit dat ten grondslag ligt aan de tweede aanvraag – is in die optiek een ontvankelijkheidsvereiste. Mijns inziens kan men zich afvragen of uit het systeem van het bestuursprocesrecht inderdaad een ne-bis-in-idem-regel kan worden afgeleid.<sup>71</sup> Maar als een dergelijke regel bestaat, moet daaraan ambtshalve worden getoetst.

### 3 Ambtshalve toetsing in Europees perspectief

In het eerste deel heb ik de plaats van ambtshalve toetsing in het nationale bestuursprocesrecht afgebakend tot verplichte toetsing aan voorschriften die een zelfstandige betekenis hebben voor het bestuursproces. De volgende vraag is of deze afbakening (geheel) past binnen de randvoorwaarden die door de Europese rechtsorde aan bestuursrechtspraak worden gesteld. Is geschillenbeslechting en het verlenen van rechtsbescherming voldoende of eist 'Europa' dat rechters integraal, los van het partijgeschil, toetsen of het desbetreffende besluit rechtmatig is? Bij een positieve beantwoording van deze vraag, zou de reikwijdte van ambtshalve toet-

62. Zie CRvB 15 april 2005, *JB* 2005/178. Nu aan appellante inzage van een stuk in de gehele procedure ten onrechte is onthouden, heeft een zodanige schending van een fundamenteel beginsel van bestuursprocesrecht plaatsgevonden dat dit dient te leiden tot vernietiging van de aangevallen uitspraak en het bestreden besluit.

63. CRvB 31 december 2002, *JB* 2003, 53 en CRvB 4 maart 1997, *RSV* 1997, 212.

64. CRvB 23 maart 1999, *AB* 1999, 318 en CRvB 5 december 2002, *RSV* 2001/39. Voor 8:55 zie CRvB 2 april 1998, *AB* 1998, 316.

65. Zie art. 8:77 lid 3 Awb (ondertekening uitspraak), 8:77 lid 1 sub e (datum uitspraak) en 8:79 lid 1 Awb (verzending). ABRvS 27 maart 2002, *AB* 2002, 196 (m.nt. Sew) (al levert dit merkwaardig genoeg geen vernietiging van de uitspraak van de rechtbank op), ABRvS 26 maart 2003, *JB* 2003/128 en CRvB 26 april 2005, *AB* 2005, 99. In ABRvS 28 mei 2004, *JB* 2004/260 werd een 'innerlijk tegenstrijdige uitspraak' vernietigd: het betrof de dicta.

66. Zie over de (mogelijke) functies van hoger beroep meer uitvoerig R.J.G.M. Widdershoven en R.J.N. Schlössels, *Hoger beroep. Algemeen bestuursrecht 2001*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2001, m.n. p. 19-28.

67. Zie de gebruikte terminologie in ABRvS 8 augustus 1996, *AB* 1996, 481 (m.nt. PvB), *JB* 1996/198 (m.nt. MAH), *BR* 1997, p. 120 (*Schaap/Zaanstad*). De 'nieuwe' lijn is te vinden in ABRvS 21 mei 2003, *AB* 2003, 324 (m.nt. TN). Ook welstandseisen (ABRvS 12 maart 2003, *JB* 2003/124 (m.nt.

C.L.G.F.H.A.)) en de voorwaarden voor het recht op een WW-uitkering (CRvB 19 december 2002, *JB* 2003/50 (m.nt. C.L.G.F.H.A. onder *JB* 2003/55)).

68. Anders: C.L.F.H. Albers en R.J.N. Schlössels, 'De bestuurlijke boete: een koekei in het bestuursprocesrecht', *NTB* 2002-7, p. 187-198, aldaar p. 192. Overigens lijkt hier alleen sprake van een terminologisch verschil van mening; voor ruimhartige interpretatie van de geschilpunten (ar. 8:69 lid 1) en aanvulling van de rechtsgronden bestaat zoals gezegd mijns inziens wel aanleiding.

69. ABRvS 23 april 2003, *JV* 2003/262 (noot Battjes onder *JV* 2003/243), ABRvS 2 maart 2004, *JB* 2004/152 (m.nt. C.L.G.F.H.A.) en *AB* 2004, 152 (m.nt. BPV en RW). Op het Europese perspectief kom ik in het tweede deel nog uitvoerig terug.

70. Zie bijv. J. van der Winden, 'Mag ik uitgaan van uw discretie? Over de bijzondere omstandighedentoets in de ne bis in idem-ju-

risprudentie van de Afdeling', *Journal Vreemdelingenrecht* 2004-8, p. 579-483, waarin wordt verwezen naar de standaarduitspraak ABRvS 4 april 2003, *JV* 2003/219 (m.nt. Spijkerboer). Voor een overzicht van jurisprudentie van de verschillende bestuursrechters verwijs ik naar J.C.A. de Poorter, 'Formele rechtskracht en de heroverweging van Awb-besluiten', *TAR* 2004-6, p. 281-292 en J. de Vries, 'Artikel 4:6 Awb: enkele beschouwingen over de jurisprudentie van de bestuursrechters', *Gst.* 2002, 7172, p. 521-528.

71. Is een dergelijke regel wel goed in te passen in het huidige stelsel, dat uitgaat van de toetsing van een besluit? Voor het recht op rechtsbescherming is 'slechts' vereist dat een besluit ter toetsing wordt voorgelegd; de inhoud van dit besluit is voor de toegang tot de rechter nog niet van belang. Het is vervolgens aan de rechter om met toepassing van art. 8:69 Awb te onderzoeken of het voorgelegde besluit rechtmatig is. Als een herhaalde aanvraag zonder nadere motivering is afgewezen wegens het ontbreken van nieuwe feiten, moet dat worden getoetst. Als een inhoudelijke motivering is gegeven, dient die motivering te worden getoetst.

sing moeten worden verbreed. Bij de bespreking daarvan heb ik me beperkt tot de twee belangrijkste categorieën 'Europees recht', te weten het recht afkomstig uit de Europese Unie, waarvan met name het gemeenschapsrecht relevant is (hierna: gemeenschapsrecht of communautair recht), en het EVRM.

### 3.1 **Ambtshalve toetsing in het licht van het gemeenschapsrecht**

Voor de beantwoording van de vraag naar de invloed van het gemeenschapsrecht op het Nederlandse bestuursprocesrecht is allereerst art. 10 EG van belang. In dit artikel is het beginsel van gemeenschapstrouw (loyale samenwerking) neergelegd. Dit beginsel geldt blijkens de jurisprudentie van het Hof van Justitie ook voor de nationale rechter en voor de wetgever. De rechter moet dus ten opzichte van de EU 'loyaal' recht spreken en de 'volle werking' van het gemeenschapsrecht verzekeren; het nationale procesrecht moet hem hiertoe in staat stellen.

Anderzijds is ook de procedurele autonomie van de lidstaten een belangrijk communautair rechtsbeginsel. Het gemeenschapsrecht komt tot volle werking binnen het rechtssysteem van de individuele lidstaten; hun autoriteiten, waaronder de gerechtelijke, zijn de 'handen en voeten'<sup>72</sup> van het gemeenschapsrecht. Een gemeenschappelijk procesrecht bestaat – behoudens wetgeving op enkele deelterreinen (zoals het douaneren aanbestedingsrecht) – niet. De Europese Unie kent ook geen eigen gerechtelijke autoriteiten waartoe burgers zich zelfstandig en rechtstreeks kunnen wenden met een klacht over een lidstaat.<sup>73</sup> Het Hof van Justitie en het Gerecht van eerste aanleg zijn weliswaar op deelterreinen bevoegd om over geschillen over Europees recht te oordelen, maar de nationale rechter is de werkelijke 'juge de droit commun'.<sup>74</sup> Op hem rust de verantwoordelijkheid voor een juiste toepassing van het gemeenschapsrecht; hij dient in voorkomende gevallen prejudiciële vragen te stellen aan het Hof.<sup>75</sup> Nationale procesautonomie kan aan loyale samenwerking in de weg staan indien de nationale procedureregels een beroep op het gemeenschapsrecht zeer moeilijk of nagenoeg onmogelijk maken. De twee beginselen staan dus soms op gespannen voet met elkaar. In de jurispru-

dentie van het Hof is de verhouding tussen beide beginselen uitgekristalliseerd in een regel, die bekend is geworden onder de aanduiding 'Rewe-riedel'.<sup>76</sup> Volgens die 'riedel' mag het nationale procesrecht in de eerste plaats niet discrimineren tussen geschillen met en zonder Europese dimensie.<sup>77</sup> Ten tweede mogen de procedure-regels de uitoefening van in het gemeenschapsrecht verankerde rechten niet uiterst moeilijk of onmogelijk maken (het effectiviteits- of doeltreffendheidsbeginsel).<sup>78</sup> In samenhang daarmee wil het beginsel van effectieve rechtsbescherming dat onderdanen van de lidstaten deze rechten daadwerkelijk bij een nationale rechter kunnen afdwingen. Het wordt blijkens de jurisprudentie over toepassing van de 'Rewe-riedel' als een absolute minimumvoorwaarde gezien.

De 'Rewe-riedel' biedt het algemene toetsingskader voor procedureregels. Het Hof heeft zich ook meer specifiek uitgelaten over ambtshalve toetsing. Althans – preciezer geformuleerd – het heeft zich uitgesproken over de vraag in hoeverre gemeenschapsrecht door de rechter moet worden toegepast, zonder dat partijen zich daarop hebben beroepen. Dat is immers niet noodzakelijkerwijs hetzelfde als ambtshalve toetsing (als door mij gedefinieerd). Met name de arresten-Van Schijndel, Kraaijeveld en Peterbroeck<sup>79</sup> zijn van belang. Welke accenten zijn in deze arresten gelegd? Een eerste belangrijke uitwerking van de Rewe-riedel betreft die met betrekking tot de toepassing van de anti-discriminatieregels. Uit de arresten Kraaijeveld en Van Schijndel blijkt dat de plicht tot ambtshalve toepassing van gemeenschapsrecht niet alleen bestaat indien de nationale rechter hiertoe *verplicht* is bij soortgelijke bepalingen van nationaal recht, maar ook indien de nationale rechter hiertoe de *bevoegdheid* heeft. Het Hof laat de nationale procesautonomie dus intact – alleen als het mag, moet het – maar versterkt de anti-discriminatieregels met een extra waarborg tegen discriminatie van Europese normen: als het mag bij nationaal recht, dan moet het bij Europees recht. Men vat dit uitgangspunt – in feite een vorm van positieve discriminatie – wel samen met het motto: 'nationale bevoegdheid = communautaire plicht'.<sup>80</sup>

De tweede (algemene) minimumvoorwaarde, die inhoudt dat het procesrecht de uitoefening van door het gemeenschapsrecht verleende rechten niet uiterst moeilijk of onmogelijk mag maken (het effectiviteitsbe-

72. Aldus Keus in E.H. Hondius en L.A.D. Keus, *Europees privaatrecht: een bonte lap-pendeken (Pre-advies voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht en de Nederlandse Vereniging voor Europees Recht)*, Lelystad: Vermande 1993, p. 35.

73. Particulieren kunnen onder bepaalde voorwaarden wel rechtstreeks beroep instellen tegen bepaalde handelingen van de instellingen. Zie art. 230 en 234 EG.

74. Zie onder meer Kapteyn, *Verloren van Themaat, Inleiding tot het recht van de Europese Gemeenschappen. Na Maastricht*, Deventer: Kluwer 2003, p. 393-410.

75. De hoogste rechters zijn hiertoe verplicht; zie art. 234 EG. In de rechtspraak

wordt een zogenoemde *acte claire* of *acte éclairé* van deze verplichting uitgezonderd. Zie verder o.a. R. Barents en L.J. Brinkhorst, *Grondlijnen van Europees recht*, Deventer: Kluwer 2003, p. 240-241.

76. Het 'auteursrecht' op de term 'Rewe-riedel' berust – naar verschillende bronnen melden – bij S. Prechal. De term verwijst naar HvJ EG 16 december 1976, zaak 33/76 (*Rewe*) *Jur.* 1976, p. 1989, p. 5. Zie ook HvJ EG 4 december 2003, zaak C-63/01 (*Evans*). Uitspraken van het HvJ EG waarvan geen andere vindplaats is vermeld, zijn in ieder geval te vinden via [www.curia.int](http://www.curia.int).

77. Deze voorwaarde wordt ook wel aangeduid als het non-discriminatie-, assimilatie- of

gelijkwaardigheidsbeginsel.

78. Zie ook art. II-107 van het Verdrag tot vaststelling van een Grondwet voor Europa.

79. HvJ EG 14 december 1995, zaken C-430-93 en C-431/93 (*Van Schijndel* en *Van Veen*), *Jur.* 1995, p. I-4705; HvJ EG 14 december 1995, zaak C-312/93 (*Peterbroeck*), *Jur.* 1995, p. I-4599; HvJ EG 24 oktober 1996, zaak C-72/95 (*Kraaijeveld*), *Jur.* 1996, p. I-5403.

80. Zie bijv. J.H. Jans en K.J. de Graaf, 'Bevoegdheid = verplichting? Enkele opmerkingen over de uitspraak van het Hof van Justitie in de zaak Kühne & Heitz', *NTER*, 2004-4, p. 98-102.

ginsel), is met name in het arrest-Peterbroeck nader ingevuld. Of 'ambtshalve' toepassing van communautair recht vanwege het effectiviteitsbeginsel moet plaatsvinden, hangt blijkens dit arrest af van de omstandigheden van de zaak. Gelet moet worden op de plaats die de bepaling op grond waarvan ambtshalve toetsing verboden is, in de gehele procedure inneemt en op de beginselen die aan de nationale rechtspraak ten grondslag liggen. Men spreekt hier wel van een procedurele 'rule of reason'.

Wat betekent dit voor de nationale procedureregels inzake ambtshalve toetsing? Het 'Kraaijeveld-motto' (nationale bevoegdheid = communautaire plicht) levert weinig problemen op. Dat het Hof een eventuele bevoegdheid van de rechter tot ambtshalve toetsing omzet in een Europese plicht, maakt voor ambtshalve toetsing geen verschil. De rechter is op grond van het nationale procesrecht al verplicht tot ambtshalve toetsing. Daarbij is niet zozeer de oorsprong van de normen relevant (nationaal of Europees) als wel de aard ervan: het moet gaan om openbare-ordevoorschriften. Gaat het niet om openbare-ordevoorschriften, dan is ambtshalve toetsing niet aan de orde.<sup>81</sup>

Omdat de rechter aan voorschriften van openbare orde ambtshalve moet toetsen, ongeacht hun oorsprong, leidt ambtshalve toetsing (en het verbod om aan andere normen ambtshalve te toetsen) ook overigens niet tot problemen tegen de achtergrond van het discriminatieverbod. Of voorschriften van openbare orde zijn, hangt af van hun aard en niet van hun afkomst. De ambtshalve te toetsen voorschriften kunnen dus in beginsel zowel uit de nationale als de Europese rechtsorde afkomstig zijn, al zal dat laatste niet vaak het geval zijn. Openbare-ordevoorschriften houden immers vaak procedureregels in en die zijn veelal nationaal-rechtelijk van aard. Maar er zijn ook openbare-ordevoorschriften van Europese oorsprong. Te denken valt bijvoorbeeld aan bepaalde voorschriften in het Communautaire Douane Wetboek.<sup>82</sup>

Voor de duidelijkheid zij opgemerkt dat voor de vraag of ambtshalve toetsing aangewezen is, bepalend is of de desbetreffende norm van openbare orde is in de (nationale) context van de ambtshalve toetsing. Het Hof van Justitie mag dit begrip niet zelf uitleggen, evenmin als het andere nationaalrechtelijke begrippen als 'besluit' of 'bestuursorgaan' zelf mag uitleggen. Het mag wel vaststellen of toepassing van het nationale procesrecht en het in dat kader gehanteerde openbare-ordebegrip in strijd is met (bijv.) het effectiviteitsbeginsel. Om die reden is volgens mij moeilijk voorstelbaar dat het Hof, indien hij goed zou worden voorgelicht over het

Nederlandse stelsel, art. 18 EG, dat een verblijfsrecht voor Unie-burgers regelt, van openbare orde zou kunnen achten zodat daaraan door de Nederlandse bestuursrechter ambtshalve moet worden getoetst.<sup>83</sup> Art. 18 EG is immers een bepaling met puur materiële betekenis, ook al is die betekenis 'grondrechtelijk-achtig' groot. Kan het uitgangspunt dat 'gewone' materiële normen niet van openbare orde zijn in stand blijven, gelet op het Benneton-arrest?<sup>84</sup> Sommige auteurs betwijfelen dat. In de Benneton-zaak oordeelde het Hof immers dat art. 81 EG (het kartelverbod: een 'gewone' materiële norm) van openbare orde is, zodat een arbitraal vonnis voor vernietiging in aanmerking kwam. Mijns inziens kan dit oordeel niet zonder meer worden doorgetrokken voor de reikwijdte van openbare orde in het kader van ambtshalve toetsing. In het arbitragerecht wordt immers een ander openbare-ordebegrip gehanteerd met een andere betekenis; daarbij is de fundamentele betekenis van de inhoud van de norm zelf wel van belang.<sup>85</sup> Bovendien kan voor het Hof hebben meegespeeld dat het nationale recht geen andere mogelijkheid bood om de verenigbaarheid met art. 81 EG, die in de arbitrage geheel niet aan de orde was geweest, aan een rechter te kunnen voorleggen. Om die reden moest het Hof wel oordelen dat art. 81 EG van openbare orde is. Een dergelijke redenering kan in het bestuursprocesrecht worden gemist. Immers, in een bestuursrechtelijke procedure is er voor partijen in beginsel altijd een mogelijkheid om een communautaire rechtsgrond aan de rechter voor te leggen. Vanzelfsprekend dienen daarbij de overige nationale procedureregels in acht te worden genomen; de grond moet bijvoorbeeld tijdig worden ingebracht.<sup>86</sup> Indien en voorzover de nationale procedureregels aan effectieve rechtsbescherming in de weg staan, dienen zij buiten toepassing te worden gelaten (denk aan de zogenoemde 'fuiken'). In het licht van de Benneton-zaak is vooral een fuik in de bestuurlijke fase verdacht. Dreigt er dan geen strijd met het effectiviteitsbeginsel als aan de meeste Europese voorschriften niet ambtshalve mag worden getoetst omdat zij niet van openbare orde zijn? Mijns inziens hoeft daar niet voor te worden gevreesd, indien de rechter op zorgvuldige wijze tot een afbakening van het geschil komt. Ik verwijs naar hetgeen ik over de andere toetsingsvormen heb opgemerkt en voeg daaraan toe dat het effectiviteitsvereiste wel degelijk eisen stelt aan de opstelling van de rechter bij de behandeling van het hem voorgelegde geschil. De rechter moet zich actief opstellen, het dossier goed lezen, 'meedenken' met partijen, rechtsgronden zorgvuldig aanvullen, de 'fuiken' met beleid toe-

81. Overigens roept toepassing van deze regel wel interessante vragen op over de bevoegdheid van de rechter om de feiten aan te vullen (art. 8:69 lid 2) en de bevoegdheid van de belastingrechter in cassatie om ambtshalve gronden 'bij te brengen'. Worden die bevoegdheden ten aanzien van Europeesrechtelijke kwesties omgezet in verplichtingen?

82. Verordening (EEG) nr. 2913/92 van de Raad van 12 oktober 1992 tot vaststelling

van het communautair douanewetboek (*PbEG* L 302 van 19.10.199, p. 1). Zie m.n. titel VIII, dat bepalingen over bezwaar en beroep bevat.

83. Anders: J.H. Jans, 'Recht en vreemdelingenrecht', *NJB* 2004, p. 1126. Zie ook de reactie van F.P. Zwart en het naschrift van Jans in *NJB* 2004, p. 1889-1891.

84. HvJ EG 1 juni 1999, zaak C-126/97 (*Eco Swiss/Benneton*), *Jur.* 1999, p. I-3055.

85. Zie ook de noot van Vermeulen en Widdershoven onder ABRvS 2 maart 2004, *AB* 2004, 152, *JB* 2004/152 (m.nt. C.L.G.F.H.A) en *JV* 2004/176 (m.nt. HBA).

86. Vergelijk HR (belastingkamer) 18 februari 2005, *NJB* 2005, p. 649 waarin de Hoge Raad oordeelt dat een buiten de termijn ingediend bezwaarschrift niet-ontvankelijk is ondanks de eventuele strijdigheid met Europees recht.

passen en met inachtneming van de aard van de zaak en de hoedanigheid van partijen de goede procesorde bewaken.<sup>87</sup> Dit moet hij des te meer als sprake is van een ongelijkwaardige relatie.<sup>88</sup> Maar een rechter aan wie wordt gevraagd te beslissen over een geschil inzake de hoogte van een subsidie hoeft deze subsidiebeschikking mijns inziens niet ambtshalve te toetsen aan communautair recht dat voorschrijft wanneer sprake is van onrechtmatige overheidssteun, zolang dit onderwerp niet door een derde-belanghebbende<sup>89</sup> tot onderwerp van het geschil is gemaakt. Anders zou die appellante slechter af zijn dan hij zonder rechterlijke procedure zou zijn geweest. En dat strookt niet met rechtsbeginselen als dat van rechtszekerheid en bescherming van de rechten van de verdediging, die ook in het gemeenschapsrecht worden erkend.<sup>90</sup> Er zijn geen uitspraken van het Hof die erop duiden dat de Nederlandse bestuursrechter communautair recht buiten het geschil om moet toepassen, zodat een verslechtering van de rechtspositie van appellante mogelijk is.

In dat verband is van belang dat de Europese rechtsorde over een ander instrument beschikt om de communautaire rechtmatigheid van nationale besluitvorming te controleren. De Europese Commissie kan immers op grond van art. 226 EG een inbreukactie starten tegen een lidstaat die het gemeenschapsrecht naar haar oordeel schendt. Een lidstaat die stelselmatig toepassing van (bijv. belastend) communautair recht ‘vergeet’ zonder dat daarover wordt geklaagd, kan op die wijze op de vingers worden getikt.<sup>91</sup> Een rechterlijke instantie die het gemeenschapsrechtelijke perspectief van een aan hem voorgelegd geschil zonder grond buiten beschouwing laat, kan dat evenmin zonder meer ongestraft doen.<sup>92</sup>

Recent heeft het College van Beroep voor het bedrijfsleven in een viertal zaken prejudiciële vragen gesteld over ambtshalve toetsing.<sup>93</sup> Het ging om zaken waarin appellante een argument ter vernietiging van een besluit van de minister van LNV niet had aangevoerd (namelijk, kort gezegd: het ID-Lelystad is in verband met het in Richtlijn 85/511/EEG bepaalde, niet bevoegd laboratoriumonderzoeken ter opsporing van MKZ uit te voeren), terwijl inmiddels in een andere zaak op 18 januari 2005 prejudiciële vragen zijn gesteld, die bij een positieve beantwoording het viertal zaken mogelijk

(eveneens) tot vernietiging van de bestreden besluiten kunnen leiden. Het CBB stelde de vraag of in dit geval ambtshalve moet worden getoetst aan genoemde Richtlijn. Het antwoord zie ik met veel belangstelling tegemoet. Wel vraag ik mij nog één ding af. Heeft het CBB het Hof door de formulering van de vragen niet al te zeer in verleiding gebracht om de betreffende bepaling van de Richtlijn van openbare orde te achten? Had niet de eerste vraag kunnen zijn of het CBB verplicht was deze kwestie binnen de omvang van het geding te trekken?<sup>94</sup> Zo vreemd lijkt mij dat niet: appellanten waren immers uit op vernietiging van het onrechtmatige besluit, dat voor hen zwaarwegende belastende gevolgen had. Ligt het in een dergelijke situatie niet voor de hand partijen om hun standpunt over de uitspraak van 18 januari 2005 vragen, zo nodig na heropening van het onderzoek? Op die manier kan het college vaststellen of appellanten dit argument oarmen. Tegelijkertijd had het CBB dan kunnen benadrukken dat ambtshalve toetsing in het Nederlandse bestuursprocesrecht een uitzonderlijke vorm van toetsing is die alleen geschiedt in geval van bepalingen van openbare orde en die tot reformatio in peius kan leiden. Zoals uit het voorgaande blijkt, zou ik dat zelf een zuiverder benadering vinden.

Tot slot nog dit. Het effectiviteitsbeginsel kan ook een rol spelen in een ander – tegengesteld – perspectief. Ambtshalve toetsing aan voorschriften van openbare orde kan onder omstandigheden immers tot gevolg hebben dat de toegang van partijen tot de rechter uiterst moeilijk of onmogelijk wordt gemaakt. Wordt de beroepstermijn niet in acht genomen of het griffierecht niet betaald, dan is het beroep niet-ontvankelijk. Wordt die termijn onnodig strikt gehanteerd of is sprake van ‘overdreven formalisme’, dan zou het effectiviteitsbeginsel in beeld kunnen komen. De jurisprudentie van het Hof is op dit punt erg terughoudend. De voorschriften waaraan ambtshalve moet worden getoetst (bevoegdheids- en ontvankelijkheidsvragen) worden in het algemeen ongemoeid gelaten. Voor beroepstermijnen is de enige (zeer beperkte) uitzondering te vinden in het Emmot-arrest, waarin is uitgemaakt dat een fatale beroepstermijn niet zonder meer kan worden tegengeworpen indien een beroep wordt gedaan op een niet (juist) omgezette richtlijn.<sup>95</sup> Toepassing van het

87. In zoverre ben ik het ook geheel eens met het door Jans in zijn oratie verdedigde standpunt. Zie H. Jans, *Doorgesloten? Enkele opmerkingen over de gevolgen van de Europeanisering van het bestuursrecht voor de grondslagen van de bestuursrechtspraak* (oratie Groningen), Groningen/Amsterdam: Europa Law Publishing 2005, m.n. p. 8-17.

88. Vergelijk HvJ EG 27 juni 2000, zaken C-240/98 tot en met C-244/98 (*Océano Grupo Editorial SA*), waar het Hof op een prejudiciële vraag antwoordde dat de bescherming waarin de richtlijn (over oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten) voorziet, meebrengt dat de rechter ambtshalve moet toetsen of een beding in de hem voorgelegde overeenkomst oneerlijk is.

89. Een concurrent van degene aan wie een subsidiebesluit is gericht kan belanghebbende zijn in de zin van art. 1:2 Awb. Zie ABRvS 17 mei 2001, *JB* 2001/176.

90. Jans 2005 (zie noot 88), p. 365.

91. Zie reeds HvJ EG 19 november 1991, zaken C-6/90 en C-9/90 (*Francovich*), *Jur.* 1991, p. 1-5357.

92. HvJ EG 9 december 2003, zaak C-129/00 (*commissie/Italië*), *AB* 2004, 59 (m.nt. RW).

93. CBB 17 mei 2005, LJ-nummers: AT 5805/09/16/32, [www.rechtspraak.nl](http://www.rechtspraak.nl), *NJB* 2005, p. 1415-1416. De uitspraken houden verband met CBB 18 januari 2005, *JB* 2005/90, waarin prejudiciële vragen zijn gesteld.

94. Zie ook de terminologie van Jans in Jans 2005 (zie noot 86), p. 10.

95. Zie J.H. Jans, R. de Lange, S. Prechal en R.J.G.M. Widdershoven, *Inleiding tot het Europees bestuursrecht*, Nijmegen: Ars Aequi 2002, p. 340-353 en de aldaar genoemde jurisprudentie en de noot van Widdershoven onder HR 18 februari 2005, *AB* 2005, 119 waarin hij toelicht dat de ‘Emmot-uitzondering’, zeker na het Fantask-arrest (HvJ 2 december 1997, zaak C-188/99, *Jur.* 1997, p. I-6783, r.o. 52), voor Nederland nauwelijks feitelijke betekenis heeft. Vergelijk ook CBB 19 juli 2000, *RAwb* 2000, 58 en CRvB 23 december 2002, *AB* 2003, 209 (m.nt. RW).

effectiviteitsbeginsel zou verder de scherpe kanten van de zogenoemde procestechnische fuiken en trechters kunnen afhalen.<sup>96</sup> Het effectiviteitsbeginsel zou tot slot een aansporing kunnen vormen voor de wetgever om de toegangsregels niet onnodig rigide te maken. Een relatief korte beroepstermijn bij besluiten valt over het algemeen wel goed te verdedigen, vanwege de ‘derdenwerking’ ervan. Maar waarom moet de beroepstermijn bij zelfstandige schadebesluiten of bij andere besluiten in twee-partijenverhoudingen ook zes weken zijn, zonder enige mogelijkheid voor uitzonderingen? De belangen van de rechtsorde worden nauwelijks geschaad als de beroepstermijn in een twee-partijengeschil over een schadeclaim langer zou zijn (of in uitzonderlijke situaties mag worden verlengd).<sup>97</sup>

### 3.2 *Ambtshalve toetsing in het licht van het EVRM*

In het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM), waarbij ook alle lidstaten van de EU zijn aangesloten, is een aantal grondrechten opgenomen die in de aangesloten landen moeten worden gerespecteerd. Geschillen over de in het EVRM geregelde rechten kunnen na benutting (‘uitputting’) van de nationale rechtsmiddelen rechtstreeks door de burger aan het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) worden voorgelegd. Voor het overige kent het EVRM geen institutionele structuur; de naleving van de daarin verankerde rechten moet ook hier voor een belangrijk deel door de nationale organen, waaronder de nationale rechters, worden verzekerd. Art. 1 van het EVRM kent wel een met het EG-recht vergelijkbare verplichting van de aangesloten staten om de in het EVRM neergelegde rechten en verplichtingen te respecteren, maar deze bepaling heeft voor Nederland geen zelfstandige betekenis. Het zijn de in het EVRM neergelegde (grond)rechten zelf die bepalend zijn.<sup>98</sup>

Als wordt bezien welke eisen het EVRM aan een nationale gerechtelijke procedure stelt, springt art. 6 EVRM direct in het oog. Dit artikel, waarvan de rechtstreekse werking in de Nederlandse rechtsorde niet ter discussie staat, geeft een ieder het recht op een eerlijk proces

door een onafhankelijke rechter indien burgerlijke rechten en verplichtingen of een strafrechtelijke vervolging in het geding zijn. Bij de meeste bestuursrechtelijke kwesties zijn dergelijke rechten aan de orde.<sup>99</sup> Wat betekent dit recht voor de (beperkte) verplichting van de Nederlandse bestuursrechter tot ambtshalve toetsing? Eigenlijk nauwelijks iets, zo blijkt uit de Straatsburgse jurisprudentie. Art. 6 EVRM stelt wel bepaalde specifieke eisen aan de kwaliteit van de rechtsbescherming van individuen – zo moet de rechter voldoende bevoegdheden hebben om een volledig oordeel te kunnen vellen over zowel het recht als de feiten<sup>100</sup> –, maar art. 6 EVRM omvat geen opdracht aan de rechter om de kwaliteit van aan hem voorgelegde overheidsbesluiten integraal ambtshalve te toetsen, ook niet voorzover het de kwaliteit in het licht van het EVRM betreft. Dat kan ook met name worden afgeleid uit jurisprudentie over de toepassing van art. 35 EVRM. Volgens deze bepaling moeten de nationale rechtsmiddelen zijn uitgeput, om in Straatsburg gehoor te krijgen. Dat betekent niet alleen dat alle rechtsmiddelen zijn gebruikt, maar ook dat de betreffende klacht over de schending van het mensenrecht, ‘at least in substance and in compliance with the formal requirements and time-limits laid down in domestic law’, naar voren moet zijn gebracht bij de bevoegde nationale rechters. Is dat niet gebeurd, dan kan dat niet voor het eerst bij het Hof. Dit houdt verband met haar subsidiaire rol.<sup>101</sup> Dus het Hof toetst zelf niet ambtshalve.<sup>102</sup> De klacht dat de nationale rechter niet ambtshalve heeft getoetst, vindt in Straatsburg evenmin gehoor. Sterker nog, het EHRM grijpt zelfs niet in indien de nationale rechter verplicht was ambtshalve de rechtsgronden aan te vullen (indachtig het motto: *curia ius novit*) maar dat niet heeft gedaan. Ook dan blijft voorop staan dat de klacht ‘in substance’ moet zijn aangevoerd.<sup>103</sup> Dan is er nog art. 13 EVRM. In deze bepaling worden bijzondere eisen aan de nationale rechtsbescherming gesteld in zaken waarin andere, in de eerste titel van het EVRM neergelegde, grondrechten in het geding zijn. Ingevolge art. 13 EVRM heeft eenieder wiens recht is geschonden, recht op een daadwerkelijk rechtsmiddel (‘effective remedy’) voor een nationale instantie. Deze bepaling blijkt in de praktijk weinig toegevoegde waarde te hebben boven de waarborgen die art. 6 EVRM al

96. Dit is ten dele (zie met name het milieurecht) ook al gebeurd. Zie de noot van Widdershoven onder ABRvS 12 januari 2005, AB 2005, 75 voor een overzicht van de jurisprudentie.

97. Vergelijk stelling 1 van Verheij bij de jaarvergadering van de Nederlandse Vereniging voor Procesrecht (NVvP): ‘Voor het financiële bestuursrecht is de beroepstermijn van zes weken onnodig kort en is de jurisprudentie inzake verschoonbare termijnoverschrijding onnodig streng’. Zie ook meer uitvoerig zijn oratie ‘Relatief onaantastbaar’, uitgesproken ter gelegenheid van zijn benoeming als hoogleraar Europees bestuursrecht en openbaar bestuur aan de universiteit Maastricht, te downloaden van de website

van de universiteit ([www.unimaas.nl](http://www.unimaas.nl)).

98. Zie o.m. de losbladige A.W. Heringa, J.G.C. Schokkenbroek & J. van der Velde, *Europees Verdrag voor de rechten van de Mens* (Tekst en Commentaar), Lelystad: Vermande.

99. Vanzelfsprekend zijn er ook onderwerpen denkbaar die daar niet onder vallen, zoals (een deel van) het vreemdelingenrecht. Het lijkt me niet opportuun daarop thans uitvoerig in te gaan, al was het maar omdat het Nederlandse rechtsstelsel mijns inziens in zijn geheel ‘EVRM-proof’ zou moeten zijn.

100. Zie bijv. EHRM 23 juni 1981, Le Compte, Van Leuven & De Meyere t. België, NJ 1982, 602, par. 51; EHRM 10 februari 1983, Albert & Le Compte t. België, NJ

1987, 315, par. 31-36.

101. Dit blijkt uit EHRM 15 november 1996, *Sadik t. Griekenland*. Uitspraken van het EHRM waarvan geen andere vindplaats zijn vermeld, zijn in ieder geval te vinden op [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int) (via hudoc). Zie ook de ontvankelijkheidsbeslissing in EHRM 17 november 1998, *Peree t. Nederland*. Hierover uitvoeriger: T. Barkhuysen, *Het EVRM als integraal onderdeel van het Nederlandse materiële bestuursrecht* (VAR-reeks 132), Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2004, p. 96.

102. Afgezien van toetsing aan bevoegdheids- en ontvankelijkheidsregels, zoals aan art. 35 EVRM zelf.

103. EHRM 4 oktober 1980, *Van Oosterwijck t. België*, par. 39.

biedt. Als het Hof al toekomt aan de uitleg ervan, sluit het aan bij de betekenis van art. 6 EVRM.<sup>104</sup>

Al met al eist het EVRM dus nauwelijks ambtshalve activiteiten van de rechter.<sup>105</sup>

Aan ambtshalve toetsing zelf stelt het EHRM wel randvoorwaarden, al is dat dan in zeer beperkte mate. Zo dient volgens de Straatsburgse jurisprudentie (ambtshalve) toetsing aan bevoegdheids- en ontvankelijkheidsvereisten met de nodige flexibiliteit plaats te vinden. Is sprake van omstandigheden waarbij onverkorte toepassing van ontvankelijkheidseisen de effectieve toegang tot de rechter belemmert, dan kan in concreto sprake zijn van een schending van art. 6 EVRM. De toegang tot de rechter mag niet zodanig worden beperkt dat de essentie ervan in het gedrang komt. De toegangsregels moeten een legitiem doel dienen en moeten evenredig zijn.<sup>106</sup> En rechterlijke colleges moeten 'éviter à la fois un excès de formalisme qui porterait atteinte à l'équité de la procédure et une souplesse excessive qui aboutirait à supprimer les conditions de procédure établies par les lois'.<sup>107</sup>

#### 4 Conclusie

In het eerste deel van mijn bijdrage heb ik ambtshalve toetsing nader afgebakend. Daarin komt naar voren dat ambtshalve toetsing – verplichte toetsing aan voorschriften zonder dat het partijgeschil daar enige aanleiding voor hoeft te geven – naar mijn idee het best kan worden gereserveerd voor rechtsregels die een zelfstandige betekenis voor het bestuursproces hebben. Daaronder vallen in ieder geval voorschriften die waarborgen dat de toegang tot het bestuursproces voor een ieder gelijk gewaarborgd is en voorts normen die waarborgen dat dit bestuursproces aan bepaalde basiskwaliteitsvereisten voldoet. Andere voorschriften komen niet voor ambtshalve toetsing in aanmerking, hoe belangrijk zij op andere gronden ook zijn. Een beperkte uitleg van ambtshalve toetsing gaat niet ten koste van de individuele rechtsbescherming. Toetsing aan recht met dat doel kan ook – en beter – door middel van andere wegen geschieden. Heeft een appelland een rechtsgrond niet expliciet aangevoerd (dat blijft de eenvoudigste en meest zekere manier om de rechter tot toetsing aan recht te bewegen), dan kunnen de in het eerste lid van art. 8:69 genoemde bronnen daarvoor aanknopingspunten geven, eventueel na aanvulling van de rechtsgronden. Verder omvat toetsing aan recht ook het onderzoek naar de geldigheid van rechtsregels en kan het verder noodzakelijk zijn dat tevens juridische voorvragen of samenhangende rechts-

vragen worden beantwoord. Ik heb benadrukt dat een subjectieve benadering van de functie van het bestuursprocesrecht niet moet worden gelijkgesteld met een passieve, terughoudende behandeling van het geschil door de rechter. Zolang de rechter het door partijen voorgedragen geschil, zoals dat blijkt uit de beroepsgronden én de overige in art. 8:69 lid 1 genoemde bronnen, als uitgangspunt neemt, is veel mogelijk.

Wat wordt nu bereikt met een consequente scheiding tussen ambtshalve toetsing aan voorschriften van openbare orde en de andere (ambtshalve) taken van de rechter? Mijns inziens levert deze benadering meer op dan een enkel woord- en begrippenspel. Het is nuttig een strikt onderscheid te bewaren tussen enerzijds toetsing met het oog op het belang van 'de openbare orde' in strikte zin en anderzijds toetsing met het oog op de behandeling van het geschil. Indien ambtshalve toetsing wordt gereserveerd voor een bepaalde categorie voorschriften dat de 'openbare orde' van de bestuursrechtspraak reguleert, is namelijk verklaarbaar én aanvaardbaar dat deze toetsing ongeacht de belangen van partijen geschiedt, verplicht is en voor partijen ook averechts kan uitpakken. Bij de behandeling van het geschil binnen de omvang van het geding is een flexibeler, op het partijgeschil afgestemde, benadering mogelijk, waarbij bij de afbakening van het geding rekening kan worden gehouden met de aard van de zaak, de hoedanigheid van partijen en het belang van partijen. Zo kan ook worden bewerkstelligd dat in overeenstemming wordt gehandeld met de voorwaarden die Europa aan een effectieve procedure stelt. Ambtshalve toetsing hoeft daarvoor niet in stelling te worden gebracht: het is – vanwege haar specifieke plaats in het bestuursprocesrecht – daarvoor ook geen geschikt instrument.

Het Europese perspectief leidt nog tot een ander inzicht. Om te voorkomen dat de toegang tot de rechter onnodig wordt beperkt, mag de 'echte' ambtshalve toetsing geen onnodig formalistische aangelegenheid worden. Een zorgvuldige toetsing, met oog voor de belangen van partijen, is aangewezen. Wellicht moet soms het belang van de 'openbare orde' worden heroverwogen. Dit laatste lijkt mij ook een aandachtspunt voor de wetgever, wanneer die de toegangsregels maakt. Mogelijk is er ook ten aanzien van de toegangsregels aanleiding voor een bestuursprocesrecht van meer gestrengheden.<sup>108</sup>

104. Zie T. Barkhuysen, *Art. 13 EVRM: effectieve nationale rechtsbescherming bij schending van mensenrechten* (diss., Leiden: Koninklijke Vermande 1998, aldaar met name p. 190-191).

105. Verschillende auteurs betreuren dit. Zie bijv. R. Lawson, 'EHRM verlangt geen ambtshalve toetsing' (reactie op artikel van

De Werd), *NJB* 1998-24, p. 1074. Zie ook de dissenting opinions van Martens in de zaken Cardot (zie EHRM 19 maart 1991, *NJ* 1993, 709) en in de eerder aangehaalde zaak Sadik.

106. Zie EHRM 29 juli 1998, *Guérin t.*

*Frankrijk*, 1998-IV, par. 37.

107. EHRM 20 april 2004, *Bulena t. de Republiek Tsjechië*.

108. Zie bijvoorbeeld L.J.A. Damen, 'Juridische kwaliteit: de burger centraal', in: M. Herweijer (red.), *Alles in één keer goed. Juridische kwaliteit van bestuurlijke besluitvorming*, Deventer: Kluwer 2005, p. 13-33, aldaar p. 26-27.

# Concentratie en Effectiviteit

35

A. ten Veen\*

Vanuit het perspectief van de bestuursrechtelijke advocatuur kan op zich begrip worden opgebracht voor de dogmatisch verantwoorde en in de tijd gezien standvastige benadering van Prof. De Haan, waarbij tevens indachtig het poldermodel wordt gestreefd naar een zo pragmatisch mogelijke oplossing. De gekozen benadering gaat echter te snel voorbij aan het succes van de eerste herziening van de rechterlijke organisatie, waarbij een belangrijk deel van de bestuursrechtspraak in eerste aanleg werd opgedragen aan de rechtbanken en onder meer werd gekomen tot de huidige Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State. Die operatie mag toch zeker succesvol worden genoemd en heeft er in elk geval toe geleid dat de huidige problemen binnen de bestuursrechtspraakkolom niet meer van institutionele aard zijn. Ook kan niet meer worden gesteld dat het stelsel van bestuursrechtspraak zodanig ingewikkeld is dat een drastische vereenvoudiging noodzakelijk is. Dat laat overigens onverlet dat weinig gewicht moet worden toegekend aan het standpunt dat verdere integratie van de bestuursrechtspraak vanwege de eigen aard van de bestuursrechtspraak niet wenselijk zou zijn. Zoals gezegd – en alom bevestigd – is de eerste fase van de herziening van de rechterlijke organisatie een succes en kan zeker niet worden gesteld dat de sectoren bestuursrecht van de verschillende rechtbanken onvoldoende goed zouden kunnen omgaan met de eigen aard van de bestuursrechtspraak.

De hoofdlijn van dit betoog is dan ook dat er weliswaar dogmatische redenen aanwezig zijn om de bestuursrechtspraak in de gewone rechterlijke macht te integreren, maar dat met een relatief beperkte aanpassing van het huidige model zowel eenheid als nadere institutionele vereenvoudiging kan worden bereikt, terwijl er geen fundamentele problemen zijn die een verregaande reorganisatie noodzaken. Of met de woorden van Donner: geen ‘systeemdrift’ (Verslag van Algemeen Overleg, 15 juni 2005, *Kamerstukken II 2004/05*, 29 279, nr. 27).

De aanpassing zou daaruit moeten bestaan dat, los van historische gevoelens en bestaande structuren, wordt gekozen voor concentratie binnen de bestuursrechtelijke kolom. Het samenvoegen van de Afdeling bestuursrechtspraak, de Centrale Raad van Beroep en het College van Beroep voor het bedrijfsleven tot (bijvoorbeeld) Dé Afdeling bestuursrechtspraak is betrekkelijk

eenvoudig (hoewel wel omvangrijk) en zal leiden tot handhaving van de huidige kwaliteit en het realiseren van rechtseenheid binnen de bestuursrechtspraakkolom. Dat sprake is van een zekere mate van specialisatie doet aan het hiervoor gestelde niet af. Ook thans weten de hoogste bestuursrechtspraak colleges middels een indeling in kamers de specialisatie en daarmee de kwaliteit van de rechtspraak te borgen. Specialisatie, maar dan onder één dak, kan worden gecontinueerd zonder dat de rechtseenheid over principiële vragen tot problemen zal leiden. Voordeel is ook dat een voorgesteld stelsel met prejudiciële vragen overbodig wordt. Deze benadering voorkomt ook dat in bestuursrechtelijke zaken naast beroep en hoger beroep cassatie mogelijk wordt. Dat stelsel is ineffectief, terwijl het grote probleem binnen de bestuursrechtspraak is en blijft het ontbreken van een voldoende effectieve bestuursrechtspraak. Of met de woorden van Prof. mr.

*De aanpassing zou daaruit moeten bestaan dat, los van historische gevoelens en bestaande structuren, wordt gekozen voor concentratie binnen de bestuursrechtelijke kolom*

J.E.M. Polak (zie oratie Effectieve bestuursrechtspraak, Kluwer: 2000) het gepingpong met de Awb. Het wordt hoog tijd dat meer inhoud wordt gegeven aan effectieve bestuursrechtspraak. Daaraan zou meer aandacht moeten worden besteed dan aan de herziening van de rechterlijke organisatie. Wetsvoorstellen zijn aangekondigd, waarbij een verruimde toepassing van art. 6:22 Awb, dan wel het toepassen van de zogeheten bestuurlijke lus worden voorzien (zie o.a. Prof. mr. B.J. Schueler, *Vernietigen en opnieuw voorzien, Over het vernietigen en beslechten van geschillen* (diss. Utrecht), Zwolle: 1994, alsmede met een iets andere invulling, Prof. mr. J.E.M. Polak in zijn oratie), maar hebben nog niet het levenslicht gezien. Dat terwijl de problematiek van de effectieve bestuursrechtspraak niets aan belang heeft ingeboet, al was het alleen maar omdat in de praktijk de zienswijzen-fuik, onderdeel van de procedure ex Afdeling 3.4 Awb (zie Prof. mr. R.J.G. Widdershoven, ‘Rechtsbescherming in het milieurecht

\* Mr. A. ten Veen is advocaat bij Stibbe te Amsterdam. Citeertitel: A. ten Veen, ‘Concentratie en Effectiviteit’, *NTB 2005*, 35.



in Europees perspectief, *M & R* 2004/9) en de Brummen-jurisprudentie (ABRvS 6 augustus 2003, o.a. *JB* 2003/216) het voor de rechtzoekende nog lastiger hebben gemaakt om zijn of haar recht te halen. De problematiek van de effectieve bestuursrechtspraak verdient bovendien snel materiële aandacht, omdat het wetsvoorstel Wet Algemene Bepalingen

Omgevingsrecht niet alleen zal leiden tot één omgevingsvergunning, maar tevens zal leiden tot bestuursrechtspraak in twee instanties ook in milieugeschillen. De behoefte aan effectieve bestuursrechtspraak zal onder de Wet Algemene Bepalingen Omgevingsrecht alleen maar toenemen. Partijen hebben geen belang bij gepingpong onder de Awb. Het huidige stelsel leent zich daar te veel voor en de inmiddels professionele en gestroomlijnde organisatie van de Afdeling bestuursrechtspraak (met in hoger beroep doorlooptijden van slechts zes-acht maanden) kan daar niets aan veranderen.

Kanttekening bij het hiervoor gestelde is wel dat door de Ministers van Binnenlandse Zaken en Justitie, in overleg met de Raad van State, op korte termijn een adequate invulling moet worden gegeven aan de toekomstige structuur van de Raad van State, zulks in het licht van de uitspraak van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens in de zaak *Kleyn* (EHRM 6 mei 2003, o.a. *JB* 2003/119). In het arrest-*Kleyn* is weliswaar gesteld dat de wetgevende taak en de bestuursrechtsprekende taak van de Raad van State op zich met elkaar zijn te verenigen, maar deze uitspraak was een 'narrow escape' en het feit dat Staatsraden zowel zitting hebben in de Afdeling wetgeving als in de Afdeling bestuursrechtspraak, brengt wel met zich dat middels wetgeving in formele zin vermenging van functies en taken moet worden voorkomen. Het is al kwalijk dat ruim tweeënehalf jaar wordt gewacht op de toekomstige structuur van de Raad van State, terwijl voor een ieder duidelijk is dat er iets moet gebeuren. Ook hier zullen wellicht historische argumenten en de bestaande structuur de reden zijn van de vertraging. Die vertraging en de genoemde redenen spelen hoogstens de voorstanders van een totale integratie in de kaart.

# Reactie op het voorstel De Haan inzake de rechterlijke organisatie

36

R.J.N. Schlössels\*

De Haan wil de integratie van de bestuursrechtspraak in de gewone rechterlijke organisatie voltooien. Daarin staat hij niet alleen. Hij lanceert hiertoe een onorthodox plan dat aandacht verdient. Door een concentratie van appelgeschillen kan specialistische kennis bij de gerechtshoven worden gewaarborgd (vgl. het rapport van de VAR-Commissie Rechtsbescherming, p. 148). Tevens pleit De Haan voor algemene cassatierechtspraak in het bestuursrecht. De laatste keuze impliceert dat hij de rechtseenheidskamer afserveert (een 'krakemikkige' voorziening). Deze systeemvreemde en gebrekkige voorziening kunnen we inderdaad missen temeer omdat er in het bestuursrecht vooralsnog sprake is van een beheersbaar rechtseenheidsprobleem (vgl. *Kamerstukken II 2004/05*, 25 425 en 29 800 VII, nr. 8, p. 6-8). Het verdient daarom aanbeveling te wachten tot de tijd rijp is voor een meer fundamentele oplossing.

Hoe te oordelen over de overige voorstellen van De Haan? Vooropgesteld moet worden dat er in ons land geen sprake is van een discussie voor of tegen afzonderlijke bestuursrechtspraak. Het gaat om de vraag of

*Het gaat om de vraag of deze bestuursrechtspraak als functie al dan niet in de gewone rechterlijke organisatie dient te worden ondergebracht*

deze bestuursrechtspraak als *functie* al dan niet in de gewone rechterlijke *organisatie* dient te worden ondergebracht. Dat er bijvoorbeeld behoefte bestaat aan een gespecialiseerd type geschilbeslechting met een bijbehorend procesrecht dat recht doet aan de eigen aard van bestuursrechtelijke geschillen (o.m. geschilbeslechting tussen ongelijkwaardige partijen) staat nauwelijks ter discussie.

Dit gezegd zijnde, moet worden vastgesteld dat er geen noodzaak bestaat om de bestuursrechtspraak *buiten* de gewone rechterlijke organisatie te regelen. Het (deels reeds ontmantelde) stelsel van bijzondere bestuurs-

rechtspraak is een historisch gegeven. Men kan dit stelsel in stand houden omdat het redelijk functioneert en niet teveel energie wil steken in een ingrijpende reorganisatie. Het 100% EVRM-proof maken van de Afdeling bestuursrechtspraak en enige herverkaveling van rechtsmacht leidt dan – tenzij men in het geheel niet kan leven met de Afdeling – tot een aanvaardbaar stelsel van rechtsbescherming tegen de overheid. Deze pragmatische benadering voorkomt tevens wrevel bij bepaalde rechtscolleges.

Maar waarom kiezen voor de weg van de minste weerstand? Van belang is dat er géén zwaarwegende argumenten bestaan *tegen* verdere integratie. Het specialisatieargument legt gewicht in de schaal, maar het is bepaald geen dwingend argument om een bestaande organisatie in stand te houden. Indien de opgebouwde expertise op een verantwoorde wijze (vgl. het voorstel van De Haan) wordt overgebracht naar een nieuw organisatorisch kader dan hoeft er geen kennis en ervaring verloren te gaan (vgl. bijv. de integratie van de raden van beroep en de ambtenarengerechten in de rechtbanken).

Een voltooide integratie leidt tot een heldere hiërarchische organisatie met twee feitelijke instanties en aan de top één cassatierechter. Deze laatste rechter draagt de eindverantwoordelijkheid voor de rechtsvorming en, indien nodig, het realiseren van rechtseenheid. Het veelgehoorde argument dat een stelsel met drie instanties, mede gelet op de bestuursrechtelijke voorprocedures, niet samengaat met *de aard* van het bestuursrecht is te ongenueanceerd. Neem een Duits handboek en men leest zowaar dat de *Verwaltungsgerichtsbarkeit 'grundsätzlich dreistufig'* is (vgl. bijv. F. Hufen, *Verwaltungsprozessrecht*, 5. Auflage, München: 2003, p. 51). Voorprocedures doen daar niet aan af. Waar en stapeling van drie rechterlijke instanties onwenselijk is, kan de wetgever maatwerk leveren. En terzijde: het *finaliteitsprobleem* houdt vooral verband met de aard van ons besluitenprocesrecht. Dit procesrecht en *niet* het rechterlijk organisatierecht zal op dit punt primair antwoorden moeten geven.

De invoering van *algemene* cassatierechtspraak in het bestuursrecht is logisch en wenselijk. Ook hier steun ik De Haan. Waarom zou deze voorziening wél noodzakelijk zijn in het civiele en strafrecht en *niet* in het bestuursrecht? Het tegenargument dat bestuursrechtelijke rechtsvragen *in wezen* anders van aard zijn (vgl. *Kamerstukken II 2004/05*, 25 425 en 29 800 VII, nr. 8, p. 7) is niet sterk. Iets anders is dat er binnen de *bij-*

\* Prof. mr. R.J.N. Schlössels is hoogleraar bestuursrecht aan de Radbouduniversiteit Nijmegen. Citeertitel: R.J.N. Schlössels, 'Reactie op het voorstel De Haan inzake de rechterlijke organisatie', *NTB* 2005, 36.

*zondere delen* minder rechtseenheidproblemen ontstaan en dat de rechter zich rekenschap moet geven van de positie van het bestuur als rechtsvormer. De wetgever kan de toegang tot de cassatievoorziening overigens op proceseconomische gronden aan beperkingen onderwerpen (bijv. een verlofstelsel). De Hoge Raad is de meest aangewezen cassatierechter. Hij beschikt over een onschatbare ervaring op het terrein van de rechtsvorming en het bewaken van de rechtseenheid. Hierbij komt dat dit college lange tijd een belangrijke bijdrage heeft geleverd aan de ontwik-

*Indien de opgebouwde expertise op een verantwoorde wijze wordt overgebracht naar een nieuw organisatorisch kader dan hoeft er geen kennis en ervaring verloren te gaan*

keling van het algemeen deel van het bestuursrecht en aan bepaalde bijzondere delen.

Er pleit nog meer voor verdere integratie. Zo is rechterlijke specialisatie een groot goed, maar *teveel* specialisatie kan averechts werken. Mijn Nijmeegs-Noorse collega Kjellefold maakte mij in dit verband attent op interessante Noorse discussies. Daar is de mening heersend dat gespecialiseerde en afzonderlijk georganiseerde bestuursrechtspraak leidt tot onwenselijke *geïsoleerde rechtsculturen* en *eenzijdige rechtskennis*. In 1999 rapporteerde hierover in Noorwegen een staatscommissie.

Mede tegen deze achtergrond spreekt het ‘ontwikkelingsargument’ van De Haan aan. De ontwikkeling van het algemeen bestuursrecht zal, zeker in de sfeer van het ‘grensoverschrijdende’ bestuursstrafrecht en het overheidsprivaatrecht, wel varen bij een voltooide integratie. In combinatie met hervormingen van het bestuursprocesrecht (vgl. het rapport van de VAR-Commissie Rechtsbescherming) zal een en ander ons op termijn ook kunnen verlossen van de ingewikkelde rechtsmachtafbakening tussen de bestuursrechter(s) en de burgerlijke rechter en de ‘versnipperde’ beslechting van geschillen tussen overheid en burger.

## Bijzondere bestuursrechtelijke colleges: opheffen wegens behaald succes

37

J.L. Verbeek\*

De discussie over de verdere integratie van de bestuursrechtspraak in de gewone rechterlijke macht wordt op twee niveaus gevoerd: een principieel en meer uitvoeringstechnisch. Daarnaast spelen volgens mij ook meer gevoelsmatige aspecten een rol, al worden die niet altijd zo duidelijk benoemd.

Eerst de principiële vraag: volledige integratie of niet. Terecht betoogt De Haan dat volledige integratie noodzakelijk is vanwege de noodzaak tot afstemming tussen privaatrecht en bestuursrecht en tussen strafrecht en bestuursrecht. Gewezen zij alleen maar op de problemen rond schadevergoeding bij onrechtmatig overheidshandelen en de samenloop van de komende regeling van de publiekrechtelijke geldschulden met het BW. Daarnaast is er de samenloop met het strafrecht ten aanzien van punitieve sancties.

Ook binnen het bestuursrecht is de behoefte aan volledige integratie steeds groter, nu de Hoge Raad, met name door de invoering van belastingrechtspraak in twee instanties, een directe rol speelt in de interpretatie

*Er is maar één rechterlijke instantie die de rechtseenheid, zowel binnen het bestuursrecht als met de andere rechtsgebieden, voldoende kan waarborgen, en dat is de Hoge Raad*

van de Awb, en daarbij vaak afwijkt van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State en de Centrale Raad van Beroep.

Er is maar één rechterlijke instantie die de rechtseenheid, zowel binnen het bestuursrecht als met de andere rechtsgebieden, voldoende kan waarborgen, en dat is de Hoge Raad.

Het vaak gebruikte tegenargument van de eigenheid van het bestuursrecht is, zoals De Haan terecht opmerkt, een onzinnig argument *tegen integratie*. Dat het *op zichzelf* juist is, doet niet terzake, dat geldt immers minstens zoveel voor het strafrecht. Ik ben geneigd het daarom niet zozeer een principieel maar meer een gevoelsmatig argument te vinden. Ik denk dat

het deels nog voortkomt uit de periode dat het bestuursrecht niet voor vol werd aangezien ('eigenlijk toch niet meer dan bijzonder onrechtmatige daadrecht', vertrouwde een, inmiddels gepensioneerd, vooraanstaand lid van de gewone rechterlijke macht mij eens toe), en bijgevolg ook de bestuursrechtspraak niet. Maar inmiddels staat de positie van het bestuursrecht als volwaardig en zelfstandig rechtsgebied niet meer ter discussie, juist dankzij de bijzondere bestuursrechtelijke colleges. De Centrale Raad van Beroep heeft vanaf

*Maar inmiddels staat de positie van het bestuursrecht als volwaardig en zelfstandig rechtsgebied niet meer ter discussie, juist dankzij de bijzondere bestuursrechtelijke colleges*

zijn instelling in 1903 de ontwikkeling van het administratief recht, zoals het toen nog heette, in gang gezet. Het College van Beroep voor het bedrijfsleven heeft nadien een belangrijke bijdrage geleverd aan het ontwikkelen van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. En vanaf 1976 heeft de Afdeling rechtspraak van de Raad van State via het beroep krachtens de Wet Arob het bestuursrecht een volwaardige en zelfstandige plaats gegeven binnen het Nederlands rechtsstelsel. De decentralisatie van de Arob-zaken naar de rechtbanken heeft de positie van bestuursrecht juist versterkt, een sterk empirisch argument vóór integratie. Nadat het Kroonberoep in Straatsburg zijn Waterloo had gevonden, heeft het daaronder vallende deel van het bestuursrecht ook volwaardige rechtspraak gekregen door de instelling van één Afdeling Bestuursrechtspraak bij de Raad van State. De eigenheid van het bestuursrecht zal bij volledige integratie van de bestuursrechtspraak heus niet meer verloren gaan.

Een negatieve lading aan de integratiediscussie is in mijn waarneming ontstaan door de kwestie-Procola. Dat op grond van dat arrest aan het institutionele bestaansrecht van een rechtsprekende afdeling bij de Raad van State werd getwijfeld, was, naar later is gebleken tijdelijk, een extra argument voor integratie. Dat die (op zich legitieme) discussie nu niet meer aan de orde is wil niet zeggen dat de principiële argumen-

\* Mr. J.L. Verbeek is rechter in de Rechtbank Den Haag. Citeertitel: J.L. Verbeek, 'Bijzondere bestuursrechtelijke colleges: opheffen wegens behaald succes', NTB 2005, 37.

ten voor integratie die er altijd al waren, geen of minder gelding hebben. Kwalijk was dat op grond van die institutionele discussie sommigen ook maar meteen de inhoud van de jurisprudentie van de ABRvS, en de Afdeling zelf, naar de prullenmand c.q. mestvaalt verwijzen. Die vervuiling van het debat heeft ongetwijfeld de weerstand tegen integratieplannen aangewakkerd. Nu het stof in die discussie is neergedaald en het bestaansrecht van de Afdeling niet meer ter discussie staat zou over die weerstand heen gestapt moeten kunnen worden, dunkt mij.

Naar mijn mening kunnen de bijzondere bestuursrechtelijke colleges thans dus worden opgeheven.

Niet omdat er iets aan ze zou mankeren, maar integendeel omdat ze het bestuursrecht zo hebben geëmancipeerd dat de bestuursrechtspraak zonder bezwaar volledig geïntegreerd kan worden in de gewone rechterlijke macht.

Natuurlijk is het daarbij van groot belang te voorkomen dat alle opgebouwde expertise verloren gaat. Dat betreft die uitvoeringstechnische argumenten. Die hebben naar hun aard slechts een tijdelijke gelding en kunnen naar mijn mening daarom per definitie geen reden zijn om een voor het waarborgen van de rechtseenheid noodzakelijke integratie permanent achterwege te laten. Wel kunnen er goede argumenten aan worden ontleend om de integratie gefaseerd en met behoud van de gecumuleerde kennis en ervaring bij de bijzondere bestuursrechtelijke colleges uit te voeren, en daarbij lijkt het voorstel van De Haan mij een goed vertrekpunt.

De leden van de op te heffen colleges kunnen zich daarbij koesteren in de wetenschap dat de opheffing plaatsvindt vanwege het mede door hen behaalde succes.

# Harmonisatie van de rechterlijke macht en de eenwording van het bestuursrecht

38

Ch.J. Langereis\*

De afronding van de herziening van de rechterlijke macht komt maar niet van de grond. Dat is spijtig, want herstructurering is hard nodig. Reeds decennia wordt er door rechtzoekenden en beoefenaars van het recht geklaagd over de lappendeken van de bestuursrechtspraak.

Interessant is wat de regering bij de formulering van de eerste tranche van de Algemene wet bestuursrecht hierover formuleerde:

‘De moeilijke toegankelijkheid van het bestuursrecht is verder verergerd doordat de door de uitbreiding van de wetgeving toegenomen behoefte aan rechtsbescherming is beantwoord door regelmatig nieuwe organen, belast met administratieve rechtspraak, in het leven te roepen. Als gevolg daarvan moet de ontwikkeling van de bestuursrechterlijke jurisprudentie gestalte krijgen in de uitspraken van een veelheid van rechterlijke instanties. Omdat iedere rechter de verantwoordelijkheid draagt voor zijn eigen jurisprudentierecht en de eenheid daarin niet gegarandeerd wordt door het bestaan van één

Thans kent de bestuursrechtspraak maar liefst vier hoogste rechtscolleges:

- De Centrale Raad van Beroep;
- Het College van Beroep voor het bedrijfsleven;
- De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State;
- De Hoge Raad.

Elk college heeft ook weer zijn eigen interpretatie van de Algemene wet op bestuursrecht. Dat komt de rechtsgelijkheid en de rechtszekerheid niet ten goede. Dit maakt een pleidooi voor een tweede feitenrechter in het bestuursrecht des te sterker. De afwezigheid van een tweede feitenrechter is niet alleen onwenselijk, maar wordt ook gezien als strijdig met de verdragsverplichtingen, zo oordeelde de Human Rights Committee (hierna: HRC) reeds op 20 juli 2000 in een opinie inzake *C. Gómez Vázquez versus Spanje* (nr. 701/1996, *fiscaal weekblad (FED)* 2000/683).

Kort en goed oordeelde de HRC dat het ontbreken van een toezichthoudende hogere rechter strijdig is met het recht van een veroordeelde op een beoordeling van zowel de veroordeling als strafmaat door een hogere rechter. De herbeoordeling van de feiten maakt van dat toezicht een integraal onderdeel uit. Dit oordeel van de HRC is met name daarom van belang omdat boeten en sancties in vele delen van het bestuursrecht en derhalve ook van het bestuursprocesrecht voorkomen.

Vanwege de sterke kritiek vanuit het parlement op het stilzitten van de regering is met name door de uitspraak van de HRC van 20 juli 2000 de invoering van een nieuwe feitelijke instantie afgedwongen. In het belastingrecht komen immers regelmatig procedures voor over fiscale boeten. De Tweede Kamer oordeelde dat er geen twijfel over mag bestaan dat het bestuursprocesrecht in belastingzaken voldoet aan internationale rechtsnormen. Per 1 januari 2005 is dan ook in belastingzaken de tweede feitelijke instantie ingevoerd. Dit is om meerdere redenen een interessante gebeurtenis, omdat het als een kleinere schakel inzicht kan bieden in het effect van een grotere reorganisatie in de toekomst. De uitvoering is aldus geschied dat bij een vijftal rechtbanken belastingkamers zijn ingevoerd. Met opzet is ervan afgezien bij elke rechtbank een belastingkamer in te stellen. Immers, het aantrekken van voldoende competente fiscalisten leverde daarvoor teveel bezwaren op. Het hoger beroep staat thans open bij de belastingkamers van alle gerechtshoven. Het voorstel van De Haan om alle bestuursrechters op te nemen in de rechterlijke macht wil ik van harte toe-

*Het lijkt wel alsof deze kritiek aan dovemansoren is gericht*

hoogste rechter, zijn er duidelijke verschillen in de rechtspraak van de onderscheiden rechters te constateren. Nog bezwaarlijker is haast, dat op veel punten niet precies bekend is of de jurisprudentie van de verschillende rechters uiteenloopt. Geconstateerd moet daarom worden dat het met de toegankelijkheid van met name het ongeschreven bestuursrecht slecht is gesteld. Gezien de belangrijke rol die dit ongeschreven recht als gevolg van de ontwikkelingen van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur speelt, is dit ernstig te betreuren (MvT Awb, vergaderjaar 1988-1984, nr. 21 221, nr.3).’ We zijn nu ruim tien jaar en de invoering van een drietal tranches van de Algemene wet op bestuursrecht verder en nog is er defacto op dit punt niets veranderd. Het lijkt wel alsof deze kritiek aan dovemansoren is gericht.

\* Prof. mr. Ch.J. Langereis is Advocaat-belastingkundige te Amsterdam en hoogleraar Universiteit Leiden. Citeertitel: Ch.J. Langereis, ‘Harmonisatie van de rechterlijke macht en de eenwording van het bestuursrecht’, NTB 2005, 38.

juichen. Alleen op die manier kan in veel sterkere mate codificatie en integratie van de bestuursrechtspraak plaatsvinden.

Weliswaar zijn er thans informele overlegstructuren om de interpretatie van de Algemene wet bestuursrecht door de verschillende hoogste rechtscolleges zoveel mogelijk te uniformeren, maar daarvan is tot nu toe weinig te merken.

Dit kan worden geïllustreerd aan de hand van de wijze waarop het hoger beroep door de Centrale Raad van Beroep, de Afdeling rechtspraak van de Raad van State en de gerechtshoven in belastingzaken uiteenloopt.

Deze verschillen zijn met name terug te voeren tot de vraag of een belanghebbende in de tweede feitelijke instantie een geheel nieuwe kans krijgt, waarbij hij ook gebruik mag maken van stellingen en feiten die hij nog niet in een eerdere fase aan de rechter had voorgehouden. In het fiscale recht betekent een hoger beroep – mede in het licht van de uitspraak van de HRC van 20 juli 2000 – dat bij deze herkansing dan ook volledig nieuwe argumenten en feiten mogen worden aangedragen.

Zolang verschillende bestuursrechters een zo funda-

bij het gerechtshof zal worden gevoerd gering. Om die reden kan ik mij met een formele indeling van de belastingrechtspraak in appèl bij één gerechtshof nog wel vinden, zolang de praktische uitwerking ervan maar is dat dit hof nevenzittingen houdt in de gerechtshoven van de andere gerechtshoven. Alleen op die manier wordt voorkomen dat een belastingplichtige het hele land moet doorreizen – namelijk naar Leeuwarden toe – om in appèl zijn recht te halen. Het sluitstuk van dit alles zal zijn dat uiteindelijk de eindverantwoordelijkheid voor het bestuursprocesrecht bij de Hoge Raad komt te liggen. Op zichzelf lijkt dat een juiste beslissing. Aan het hybride karakter van de Raad van State, die zowel een adviserende als een rechtsprekende rol heeft, moet eens een einde komen. Het wordt tijd dat de regering en het parlement beseffen dat het gebouw van de eenwording van het bestuursrecht pas af is als er de sluitsteen van de harmonisatie van de rechterlijke macht is gelegd. Zolang zij dat beseffen niet hebben, kan de invoering van de Algemene wet op bestuursrecht niet als (volledig) geslaagd worden beschouwd.

*Weliswaar zijn er thans informele overlegstructuren om de interpretatie van de Algemene wet bestuursrecht door de verschillende hoogste rechtscolleges zoveel mogelijk te uniformeren, maar daarvan is tot nu toe weinig te merken*

menteel element als de reikwijdte van een hoger beroep op een zodanige verschillende wijze invulling geven, moet de wetgever ingrijpen. Het kan niet zo zijn dat een rechtzoekende – die in beginsel zelf zijn procedure bij de bestuursrechter moet kunnen voeren – moet ontdekken dat hij nieuwe argumenten en feiten *wel* bij de belastingrechter maar *niet* bij de Afdeling rechtspraak van de Raad van State kan aanvoeren. Ik onderstreep derhalve volledig de stelling van De Haan dat het hoog tijd wordt om alle bevoegdheden die nodig zijn voor een goede rechtsbedeling in het bestuursrecht over te brengen naar de gewone rechterlijke macht. Een belangrijk argument daarvoor is ook dat daarmee de beoordeling van de onrechtmatige overheidsdaad en van bestuursbeschikkingen kunnen worden beoordeeld door (verschillende kamers van) één rechtscollege. Interessant is de oplossing van De Haan om elk gerechtshof met een eigen taak op het punt van de appèlrechtspraak in bestuurszaken te belasten. Zijn voorstel is interessant, maar zou wel eens praktische bezwaren kunnen oproepen. Het aantal taken dat bij de Centrale Raad van Beroep en het College van Beroep voor het bedrijfsleven wordt aangebracht is in vergelijking tot het aantal belastingzaken dat in appèl

## Antwoord op vorenstaande reacties

39

P. de Haan\*

De redactie van het *NTB* is zo vriendelijk geweest een viertal reacties te vragen op mijn in het vorige nummer gepubliceerde 'Compromisvoorstel integratie rechterlijke macht'. Het betreft in alfabetische volgorde een advocaat-belastingkundige/tevens hoogleraar (Langereis), een hoogleraar bestuursrecht (Schlössels), een advocaat (Ten Veen) en een rechter (Verbeek). Drie van deze reacties vormen een belangrijke ondersteuning van mijn voorstel om de hogere bestuursrechtsspraak als geheel over te hevelen naar de gewone rechterlijke macht en daarbij zodanig over de gerechtshoven te verdelen dat de bestaande concentratie en specialisatie in ruimtelijk-ecologische (Afdeling bestuursrechtsspraak), sociale (Centrale Raad van Beroep) en economische bestuursrechtsspraak (College van Beroep voor het bedrijfsleven) gehandhaafd blijft. Hun instemming betreft in het bijzonder de invoering van cassatie-rechtsspraak in alle bestuurszaken. Dit vanwege de evidente noodzaak tot afstemming tussen privaatrecht en bestuursrecht en tussen strafrecht en bestuursrecht met de daartussen liggende, in belang toenemende gebieden. Op hun aanvullende argumenten zal ik slechts kort ingaan. Alleen Ten Veen onderscheidt zich door tegenspraak met zijn pleidooi voor concentratie *buiten* de rechterlijke macht en *tegen* cassatie, wat men van een advocaat zelden hoort. Zijn pleidooi voor een effectieve bestuursrechtsspraak ondersteun ik, evenwel met de toevoeging dat deze alleen bij de door mij voorgestelde integratie valt te bereiken.

Langereis wijst er terecht op dat de vier hoogste bestuursrechtscolleges CRvB, CBB, ABRvS en HR alle hun eigen interpretaties hebben van de Algemene wet bestuursrecht. Hij noemt als voorbeeld de rechtsspraak over de reikwijdte van het hoger beroep, die alleen bij het fiscale bestuursrecht neerkomt op een volledige herkansing ook met inbreng van nieuwe argumenten en feiten. Een treffende illustratie van uiteenlopende opvattingen tussen Hoge Raad en Afdeling bestuursrechtsspraak vindt men ook in het artikel van C.N.J. Kortmann in de *Gst.* 2005, 73, p. 257-267 over het causaal verband bij vernietigde besluiten. Veel genoeg deed mij verder dat Langereis ook voor de belastingrechtsspraak kan instemmen met mijn oplossing om elk gerechtshof te belasten met een eigen taak op het

punt van de appèlrechtsspraak in bestuurszaken. Wel ziet hij het praktische bezwaar van het grote aantal belastingzaken, eventueel op te vangen met nevenzittingen in de gerechtsgebouwen van de andere gerechtshoven. Tot zijn geruststelling kan ik meedelen, dat de belastingbezwaarde in mijn voorstel in ieder geval niet naar Leeuwarden hoeft, hoogstens naar 's-Hertogenbosch waar ik het fiscaal appèl had gelokaliseerd.

Schlössels noemt mijn voorstel een verfrissend en onorthodox plan. Hij ziet geen noodzaak om de bestuursrechtsspraak *buiten* de gewone rechterlijke organisatie te regelen en ook geen zwaarwegende argumenten *tegen* verdere integratie. Een voltooide integratie leidt volgens hem tot een heldere hiërarchische organisatie met twee feitelijke instanties en aan de top één cassatierechter die de eindverantwoordelijkheid draagt voor de rechtsvorming en, indien nodig, het realiseren van rechtseenheid. Zelf til ik wat het ordeningsrecht met zijn uitgebreide voorprocedures betreft iets minder zwaar aan het belang van twee feitelijke beroepsinstanties, maar dat is ook voor Schlössels een kwestie van nuances en maatwerk. Mijn 'ontwikkelingsargument' voor het 'grensoverschrijdende' bestuursstrafrecht en het overheidsprivaatrecht spreekt hem aan. In combinatie met de ook door hem bepleite hervormingen van het bestuursprocesrecht zal het voorstel ons inderdaad kunnen verlossen van de ingewikkelde rechtsmachtafbakening tussen de bestuursrechter(s) en de burgerlijke rechter en de 'versnipperde' beslechting van de geschillen tussen overheid en burger. Mooier kan ik het niet zeggen, vandaar mijn letterlijke citaat.

Rechter Verbeek hanteert een aansprekende vorm van redeneren om de bijzondere bestuursrechtelijke colleges met mijn integratievoorstel te verzoenen, namelijk opheffing wegens behaald succes! Inderdaad is onder hun leiding de verzelfstandiging en het eigen karakter van het bestuursrecht tegenover de beide andere hoofdgebieden privaat- en strafrecht tot de volle erkenning gekomen waaraan het destijds, toen ik in 1974 aan de VU een bescheiden begin maakte met het bestuursrecht in de sociale rechtsstaat nog aan ontbrak. Het werd destijds nog slechts aanvullings- en uitzonderingsrecht op het privaatrecht genoemd. Nu is in de woorden van Verbeek het bestuursrecht zo 'geëmancipeerd dat de bestuursrechtsspraak zonder bezwaar volledig geïntegreerd kan worden in de gewone rechterlijke macht'. Verbeek benadrukt ook de noodzaak van afstemming tussen de drie hoofdgebieden, die in de huidige situatie volledig ontbreekt en alleen door de Hoge Raad kan

\* Prof. mr. P. de Haan is emeritus hoogleraar in het onvoerend-goedrecht en het bestuursrecht aan de TU Delft en de VU te Amsterdam. Citeertitel: Prof. mr. P. de Haan, 'Antwoord prof. De Haan op bovenstaande reacties', *NTB* 2005, 39.



worden gewaarborgd. Zijn voorstel tot opheffing van de drie bijzondere rechtscolleges belet hem overigens niet hun integrale overbrenging naar daartoe aangewezen gerechtshoven, zoals door mij bepleit, een goed vertrekpunt te noemen. Kortom, het valt met die opheffing nogal mee.

Dan tenslotte het voorstel van Ten Veen om in plaats van integratie samenvoeging van de drie colleges (ABRvS, CRvB en CBB) buiten de rechterlijke macht te bepleiten, dit met behoud van specialisatie in aparte kamers. Inderdaad wordt hierdoor een zekere eenheid van rechtsvorming en rechtseenheid binnen de bestuursrechtkolom bereikt, overigens los van de reeds door de Hoge Raad bestreken delen van dit recht. Het laat echter volledig ongemoeid de eenheid met de beide andere hoofdgebieden. Ten Veen gaat zelfs zover een stelsel met cassatie in bestuurszaken ineffectief te noemen, terwijl ik in mijn artikel juist belastingrecht, onrechtmatige overheidsdaad en onteigeningsrecht als schitterende illustraties had genoemd van de effectiviteit van de cassatierechtspraak op bestuursrechtelijk gebied.

Hoe dat zij, Ten Veen schakelt moeiteloos over op de door hem terecht bepleite versterking van de effectiviteit van de bestuursrechtspraak. Alsof die volledig bereikbaar zou zijn buiten een geïntegreerde rechterlijke macht. Welnu, dat betwist ik ook in mijn artikel ten zeerste. Het bestuursrecht en ook de bestuursrechtspraak is niet los te denken van de nauwe verbondenheid met het overheidsprivaatrecht en sinds kort ook het bestuursstrafrecht, net zo min als het in opkomst zijnde publiekrechtelijke vermogensrecht zich laat isoleren van het privaatrechtelijke. Publiekrechtelijke geldschulden monden uit in het verbintenissenrecht, zoals publiekrechtelijke overeenkomsten ook hun tegenhanger hebben in privaatrechtelijke beleidsovereenkomsten. Om over de zaken met openbare bestemming – de hele openbare ruimte omvattende – in het goederenrecht maar niet te spreken. Ik kan Ten Veen de pas verschenen Bouwrecht Monografie nr. 26 van Bregman en De Win over Publiek-private samenwerking bij de ruimtelijke inrichting en haar exploitatie (659 pagina's) ter lezing aanbevelen om hem van de nauwe samenhang tussen de beide hoofdgebieden van het recht te overtuigen. In zijn voorstel zullen zich de door Schlössels genoemde ingewikkelde rechtsmachtafbakening tussen bestuursrechter en burgerlijke rechter en de versnipperde beslechting van geschillen tussen overheid en burger onverkort blijven voordoen. Wat is daar effectief aan?

# Verwachting

## 40 Omgangsvormen tussen hoogste rechters

M. Scheltema\*

Enige tijd geleden heeft de belastingkamer van de Hoge Raad een uitspraak gedaan over de bezwaarschriftprocedure die duidelijk afwijkt van de jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak. Het ging over de ontvankelijkheid van het bezwaarschrift, dat mogelijk te laat was ingediend. De inspecteur had zich niet beroepen op het feit van die mogelijk te late indiening, ook voor de rechter niet, en had het inhoudelijk beoordeeld. Uit de lijn van de jurisprudentie van de Afdeling vloeit voort dat de rechter in een dergelijk geval de ontvankelijkheid toch ambtshalve moet beoordelen, ook indien geen van de partijen daarvan een punt heeft gemaakt. De Hoge Raad beslist anders: indien tussen partijen geen geschil bestaat over de feiten die voor de ontvankelijkheid van belang zijn, dan mag de rechter niet ambtshalve tot een ander oordeel komen.

De uitspraak is interessant omdat daarmee weer de vraag aan de orde komt hoe de hoogste bestuursrechters moeten omgaan met het feit dat er nog steeds geen mechanisme bestaat om de eenheid van jurisprudentie in het bestuursrecht te handhaven. Dat komt er voorlopig ook niet, in elk geval niet voorzover het de Hoge Raad betreft: de belastingrechtspraak wordt in de regeringsvoorstellen voor een betere coördinatie buiten boord gehouden.

Ik stel voorop dat het nauwelijks verdedigbaar is dat de uitleg van dezelfde wetsbepalingen door verschillende rechters blijvend verschillend is. Dat geldt zeker voor procedurele bepalingen zoals hier aan de orde: die moeten eenvoudig toe te passen zijn. Hoe is aan de burger, of ook aan de bestuursrechter in eerste aanleg, uit te leggen dat zij dezelfde wetsbepaling verschillend moeten uitleggen, afhankelijk van de vraag wie in die zaak de hoogste rechter is? Nu de rechtbank ook voor belastingzaken in eerste aanleg is aangewezen, klemt dit punt nog meer. Dat wordt nog versterkt door het feit dat de belastingdienst inmiddels is belast met het uitkeren van enkele toeslagen, waarbij de Centrale Raad als hoogste rechter functioneert.

\* Citeertitel: M. Scheltema, 'Omgangsvormen tussen hoogste rechters', NTB 2005, 40.

De rechtvaardiging voor het ontbreken van eenheid in jurisprudentie ligt uiteraard in het verleden: de verbrokkelde groei van de bestuursrechtspraak heeft verschillende rechters naast elkaar opgeleverd. Het is sterk de vraag of die rechtvaardiging voor de toekomst voldoende is. Tegelijkertijd zijn de kosten van verandering en de weerstanden daartegen vanuit de bestaande toestand een moeilijk te nemen barrière.

Maar wanneer het bestaande tot uitgangspunt moet worden genomen, hoe moeten de hoogste rechters daarmee dan omgaan?

Ik zou menen dat zij dan in elk geval niet moeten doen of de collega's niet bestaan. In de uitspraak van de Hoge Raad wordt met geen woord gerept over het feit dat andere hoogste bestuursrechters een andere koers volgen. Dat is merkwaardig: nu eenheid in jurisprudentie toch van groot belang is – het is voor iedere hoogste rechter toch een bestaansgrond – moet de rechter daaraan aandacht schenken. Wanneer hij meent dat hij een andere koers moet volgen dan een collega, zou hij dat ook moeten motiveren. Het belang van rechtseenheid moet toch worden afgewogen tegen het belang dat de rechter ziet om toch anders te oordelen.

In dit geval zouden daarvoor ook sterke argumenten bestaan. Er is wel kritiek uit te oefenen op de benadering van de Raad van State. Meer nog dan bij de totstandkoming van de Awb wordt tegenwoordig het grote belang van conflictoplossing door partijen benadrukt. De belastingdienst heeft op dat punt interessante nieuwe initiatieven genomen, waarbij zowel mediation als een meer informele bezwaarschriftprocedure

*Ik zou menen dat zij dan in elk geval niet moeten doen of de collega's niet bestaan*

goede perspectieven bieden. Overigens neemt de belastingdienst bij de ontvankelijkheid van oudsher een tegemoetkomende houding aan. Een te laat bezwaar wordt weliswaar niet-ontvankelijk verklaard, maar toch inhoudelijk beoordeeld om bij gegrondheid tot ambtshalve vermindering van de aanslag te leiden. Men kan zich tegen deze achtergrond ernstig afvragen of de rechter deze ruimte om geschillen op te lossen moet beperken. Ik zie daarvoor geen goed argument, behoudens in het geval rechten van derde-belanghebbers in het spel zijn. Mochten zij erop rekenen dat het besluit onaantastbaar was geworden, dan is dat een sterk argument tegen het ontvangen van een te laat bezwaarschrift. Maar daarbuiten zie ik niet welke rol de rechter hier nuttig kan vervullen.

Men kan voor dat laatste standpunt ook een beroep doen op het feit dat de rechtsbeschermingfunctie in de Awb meer voorop is gesteld dan in het vroegere bestuursrecht te geval was. Maar belangrijker lijkt het mij om voor de concrete vraag die aan de orde is na te gaan hoe een bepaalde benadering uitwerkt. Dan kan ik slechts constateren dat de lijn van de Raad van State

voor de rechtsbescherming van de burger slechts nadelen heeft in belastingzaken, en ook in alle overige zaken in de twee partijen sfeer. En zou men menen dat daartegen wel die andere functie van het beroep op de rechter kan worden gediend – dat het objectieve recht wordt gehandhaafd – dan blijkt dat hier in elk geval niet haalbaar. Men kan immers als rechter toch niet bereiken dat te laat ingediende bezwaarschriften nog

*Het enige voordeel dat ik kan zien in het bestaan van verschillende hoogste rechters, is dat vernieuwing van jurisprudentie eenvoudiger is*

inhoudelijk worden behandeld, zoals bij de belastingdienst standaard is. Dat zou de (belasting)rechter ook niet moeten willen.

Het enige voordeel dat ik kan zien in het bestaan van verschillende hoogste rechters, is dat vernieuwing van jurisprudentie eenvoudiger is. Wanneer er duidelijke bezwaren tegen een benadering van een hoogste rechter bestaan, dan kan dat een collega-rechter ertoe brengen om een andere koers te kiezen. Dat kan dan leiden tot een goed en openlijk debat over de meest wenselijke koers.

Maar dat vereist wel dat de rechter die een uitspraak doet die duidelijk afwijkt van die van een collega, niet doet of zijn neus bloedt, maar inhoudelijk aangeeft waarom hij de argumenten van zijn collega voor een andere koers niet de doorslag heeft laten geven.

Een zo ingezette discussie zou voor de beoordeling van de ontvankelijkheid van te laat ingediende bezwaarschriften kunnen leiden tot een uitkomst, waarbij voor het belastingrecht, maar ook voor andere twee-partijen verhoudingen, de rechter een zelfstandige toetsing van de ontvankelijkheid bij te late indiening achterwege laat. Hij zou daartoe dan alleen overgaan wanneer belangen van niet-partijen daartoe aanleiding geven. Het is duidelijk dat ik een dergelijk resultaat zou toejuichen.

Maar belangrijker vind ik dat de hoogste rechters zich bewust tonen van het feit dat zij ook een taak hebben bij het bewaren van de rechtseenheid over de grenzen van hun eigen rechtsgebied heen. Dat houdt in elk geval in dat de jurisprudentie van de andere rechters serieus wordt genomen en wordt meegewogen, en dus niet wordt doodgezwegen. Ik verwacht ook dat de bestuursrechters in eerste aanleg daaraan grote behoefte hebben, en daarop dan ook zullen gaan aandringen.

# Kronieken

A.P.W. Duijkersloot en  
R.J.G.M. Widdershoven\*

## 41 Europees bestuursrecht

### Indeling

- 1 Bestuurlijke organisatie**
  - 1.1 Instellingen en organen van de EU
  - 1.2 Openbaarheid van bestuur
  - 1.3 Toezicht en samenwerking
  - 1.4 Nationale bestuursorganisatie
- 2 Bestuurshandelingen**
  - 2.1 Implementatievragen
  - 2.2 Besluiten
    - 2.2.1 Verordeningen
    - 2.2.2 Richtlijnen
    - 2.2.3 Beschikkingen
    - 2.2.4 Andere handelingen
- 3 Rechtsbescherming**
  - 3.1 Stelsel van rechtsbescherming
  - 3.2 Ontvankelijkheidsvragen
    - 3.2.1 Beroeps- en verjaringsstermijn
    - 3.2.2 Procespartijen
    - 3.2.3 Voor beroep vatbare handeling
  - 3.3 Behandeling van het geschil
  - 3.4 Uitspraken
  - 3.5 Bijzondere procedures
    - 3.5.1 Schorsing/voorlopige maatregelen
    - 3.5.2 Prejudiciële vragen
- 4 Rechtsbeginselen**
  - 4.1 Reikwijdte
  - 4.2 De uit de algemene rechtsbeginselen voortvloeiende eisen
    - 4.2.1 Voorbereiding en besluitvorming
    - 4.2.2 Motivering
    - 4.2.3 Materiële eisen
    - 4.2.4 Overige eisen
- 5 Handhaving en schadevergoeding**
  - 5.1 Handhaving
  - 5.2 Aansprakelijkheid

*Kroniekonderdelen worden weggelaten als geen of onvoldoende van belang zijnde ontwikkelingen hebben plaatsgevonden.*

## 1 Bestuurlijke organisatie

### 1.1 Instellingen en organen van de EU

De belangrijkste gebeurtenis voor deze kroniek in de afgelopen periode was uiteraard het Franse en Nederlandse 'non' en 'nee' bij de referenda over de Europese Grondwet. Hoewel de Nederlandse afwijzing geleet op de peilingen niet echt verrassend was, was het aantal tegenstemmers (62%) wel onverwacht hoog. De Europese top heeft inmiddels een reflectieperiode ingelast om na te denken hoe het verder moet met de Europese Grondwet en met Europa in het algemeen. In sommige landen is het ratificatieproces stopgezet; in andere gaat de ratificatie van de Grondwet gewoon door.

In de kroniekperiode is nog het nodige over de Grondwet gepubliceerd. R. Barents completeerde zijn artikelenreeks over de Grondwet met bijdragen in *NTER* 2005/1, p. 16-22 (rechtspraak), *NTER* 2005/2, p. 39-45 (grondrechten), *NTER* 2005/3-4, p. 84-90 (externe betrekkingen) en in *NTER* 2005/5, p. 107-113 (ruimte voor vrijheid, veiligheid en recht). De volledige reeks is inmiddels als boek gepubliceerd onder de titel 'Een grondwet voor Europa', in *Europese monografieën*, Deventer: Kluwer 2005, nr. 80. Verder verscheen F. Amtenbrink & S.B. van Baalen (red.), *Europa; eenheid in verscheidenheid?*, *Groningse beschouwingen over de Europese Grondwet* (CBRS-reeks, deel 11), Den Haag: BJu 2005, en verschijnt binnenkort H.M.Th.D. ten Napel & W.J.M. Voermans (red.), *De betekenis van de Europese Grondwet voor de Nederlandse staatsinstellingen* (Publicaties voor de Staatsrechtkring), Deventer: Kluwer 2005. In de laatste bundel worden ook beschouwingen gewijd aan de vraag waartoe de ingelaste reflectieperiode zou moeten leiden. In *SEW* 2005, p. 194-201, discussiëren J.A. Peters, 'Tien stellingen over het Verdrag tot vaststelling van een Grondwet voor Europa', en W.J.M. Voermans, 'Europese Grondwet in de stellingen, over de goede en minder goede kanten van de Grondwet'. L.F.M. Besselink e.a. (red.), *Grondwet voor Europa*, Den Haag: Sdu 2005. bevat zowel de tekst van de Grondwet als een vergelijking met de geldende basisverdragen.

Specifieke aspecten van de Grondwet komen aan de orde in: J.S. van den Oosterkamp, 'Rechtsinstrumenten van de Unie nu en volgens het Grondwettelijk Verdrag', *SEW* 2005, p. 296-306; A. Peters, 'The European Ombudsman and the European Constitution', *CML Rev.* 2005, p. 697-743; H. Bribosia & F. Tuytschaever, 'Nauwere samenwerking volgens het Verdrag tot vaststelling van een Grondwet voor Europa', *SEW* 2005, p. 150-163; H. Bribosia,

\* Ton Duijkersloot en Rob Widdershoven zijn als docent-onderzoeker, respectievelijk hoogleraar Europees bestuursrecht verbonden aan het Instituut voor Staats- en Bestuursrecht van de UU. Citeertitel: A.P.W. Duijkersloot en R.R.G.M. Widdershoven, 'Europees bestuursrecht', *NTB* 2005, 41.

'Subsidiarité et répartition des compétences entre l'Union et ses Etats membres dans la Constitution européenne', *Revue du Droit de l'Union Européenne* 2005/1, p. 25-64; C.N. van der Sluis, 'Het gebruik van het begrip 'zelfbestuur' in de Europese Grondwet', *Gst.* 2005, 63, p. 225-234; S. Weatherill, 'Better competence monitoring', *E.L.Rev.* 2005, p. 23-41; F. Duina & M.J. Oliver, 'National Parliaments in the European Union: Are There Any Benefits to Integration', *European Law Journal* 2005/2, p. 173-195; en P. Mendelts, 'Naar een beter Haags zicht op Brussel', *NJB* 2005, p. 402-403.

Ten slotte kan op het institutionele vlak nog melding worden gemaakt van A. Estella, 'Constitutional Legitimacy and Credible Commitments in the European Union', *European Law Journal* 2005/1, p. 22-42, waarin de auteur zich afzet tegen hen die menen dat de Europese Unie geen Grondwet zou moeten vaststellen. Volgens hem moet Europa dat om redenen van *credibility* wel doen.

## 1.2 Openbaarheid van bestuur

Het Gerecht van Eerste Aanleg heeft zich blijkens vorige kronieken al enkele malen uitgesproken over de interpretatie van de Eurowob. Drie uitspraken, zaak C-41/00 P, *Interporc*, zaak T-76/02, *Mara Messina* en zaak T-47/01, *Co-Frutta*, worden door M.E. de Leeuw geannoteerd in *CML Rev.* 2004, p. 261-280. Het Hof van Justitie krijgt ook kans zich over de Eurowob te buigen, nu in de in de vorige kroniek besproken zaak T-168/02, *Tierschutz-fonds*, door Zweden hoger beroep is ingesteld. Nederland heeft zich daarbij aangesloten. Bij deze uitspraak zijn inmiddels annotaties verschenen in *JB* 2005/31, door G. Overkleeft-Verburg en in *AB* 2005, 245 door A.P.W. Duijkersloot. De uitspraken van het GvEA vormen, samen met een in het begin 2004 uitgebracht rapport van de Commissie over het functioneren van de openbaarheidsverordening, voor H. Kranenburg aanleiding om in 'Is het tijd voor een herziening van de Eurowob?', *SEW* 2005, p. 164-171, de vraag te stellen of het inmiddels niet een goed moment is voor een discussie over de herziening van de Eurowob. De auteur constateert voorzichtig dat bij het Gerecht en de Commissie een zekere terughoudendheid bestaat om onduidelijkheden in de Eurowob, voorzover mogelijk, in het voordeel van de verzoeker uit te leggen. Daarnaast zou ook de Europese Grondwet, waarin het fundamentele karakter van het recht op openbaarheid wordt onderstreept en waarin de reikwijdte van dit recht wordt verruimd, voor een aanpassing aanleiding kunnen zijn. Nu het schip van de Europese Grondwet inmiddels averij heeft opgelopen, is het niet onbelangrijk om vast te stellen dat volgens Kranenborg ook het huidige art. 255 EG voldoende mogelijkheden biedt om verbeteringen in de Eurowob aan te brengen, zodat direct over concrete wijzigingsvoorstellen kan worden nagedacht.

In de afgelopen periode heeft het GvEA ook weer enkele nieuwe uitspraken over de Eurowob gedaan. In

GvEA 13 april 2005, *JB* 2005/165 (m.nt. Overkleeft-Verburg), stond ter discussie de weigering van de Commissie om aan de Oostenrijkse Verein für Konsumenteninformation (VKI) toegang te verlenen tot documenten in het administratieve dossier over de kartelprocedure tegen een achttal Oostenrijkse banken (*Lombardclub-dossier*). De uitspraak maakt met name drie dingen duidelijk(er). Meest in het oog springt dat het GvEA in deze uitspraak de onderzoeksplicht van Europese instellingen bij toepassing van de Eurowob op omvangrijke informatieverzoeken (i.c. een dossier van 47 000 pagina's) nader omlijnt en voor dergelijke verzoeken de facto een nieuwe weigeringsgrond introduceert, gebaseerd op art. 6 Eurowob en het evenredigheidsbeginsel. Verder illustreert deze uitspraak dat het documentenstelsel van art. 6 Eurowob qua uitwerking sterk overeenkomt met het informatiestelsel zoals voorzien in art. 3 lid 2 WOB. Ook van groot belang is dat deze uitspraak bevestigt dat de Eurowob, anders dan de WOB, geen vangnetvoorziening is die wijkt voor specifieke, uitputtend bedoelde openbaarheidsregels. Met name heeft dit betekenis voor het communautaire en nationale mededingingsrecht. Het verzoek van de VKI was namelijk bedoeld om bewijsstukken uit het dossier in handen te krijgen ten behoeve van een civielrechtelijke schadevergoedingsactie wegens een inbreuk op het communautaire mededingingsrecht. GvEA 26 april 2005, zaak T-110/03, *Sison/Raad*, betrof de afwijzing door de Raad van verzoeken van dhr. Sison om toegang tot documenten op grond waarvan de Raad hem had opgenomen op de lijst van personen van wie de tegoeden en financiële activa kunnen worden bevroren krachtens Verordening 2580/2001

*Nu het schip van de Europese Grondwet inmiddels averij heeft opgelopen, is het niet onbelangrijk om vast te stellen het huidige art. 255 EG voldoende mogelijkheden biedt om verbeteringen in de Eurowob aan te brengen*

inzake specifieke beperkende maatregelen tegen bepaalde personen en entiteiten met het oog op de strijd tegen het terrorisme (*PbEG* 2001 L 295). Het GvEA maakt in de lijn van het arrest-Kuijer/Raad (zie *NTB* 2002, p. 209) duidelijk dat een instelling een ruime beoordelingsmarge heeft bij toepassing van dwingende uitzonderingsgronden in de Eurowob, zoals opgenomen in art. 4 lid 1 sub a, in dit geval bescherming van de openbare veiligheid en de internationale betrekkingen. Tevens geeft het Gerecht aan dat het bijzondere belang dat een verzoekende partij bij de toegang heeft bij de toepassing van deze uitzonderingsgronden niet in aanmerking kan worden genomen. In casu baatte het verzoeker dus niet dat hij stelde de documenten nodig te hebben voor het verweer in een

andere zaak (zaak T-47/03), ter waarborging van zijn recht op een eerlijk proces in de zin van art. 6 EVRM. De Raad heeft naar het oordeel van het GvEA ten slotte geen kennelijke beoordelingsfout gemaakt bij het hanteren van de opvatting dat openbaarmaking van het verlangde document de bescherming van de desbetreffende openbare belangen kan ondermijnen. Een doeltreffende strijd tegen het terrorisme brengt geheimhouding van informatie over personen die van terrorisme worden verdacht mee en internationale samenwerking inzake terrorisme vereist dat staten mogen uitgaan van vertrouwelijke behandeling van door hen aan de Raad verstrekte informatie.

Ook de Afdeling heeft de afgelopen periode twee vermeldenswaardige uitspraken gedaan. In ABRvS 15 december 2004, *JB* 2005/59 (m.nt. Overkleef-Verburg), gaat het om toegang tot documenten die milieu-informatie bevatten. Zoals gemeld in eerdere kronieken is de WOB als gevolg van de uitvoering van het Verdrag van Aarhus inmiddels onder meer verrijkt met een aparte weigeringsgrond voor dergelijke informatie (art. 10 lid 7 WOB). Het (weigerings)besluit waarover de Afdeling zich in deze zaak diende uit te spreken dateerde evenwel van vóór deze wijziging, zodat daarvoor EG-richtlijn 90/313/EG, inzake de vrije toegang tot milieu-informatie, nog van belang was. Het belang van deze uitspraak is dan met name gelegen in het feit dat de Afdeling aangeeft dat het bestuursorgaan (i.c. TNO) dient te onderzoeken of sprake is van milieu-informatie, en zo ja, het afwegingskader van de richtlijn in acht dient te nemen. Daarbij wordt niet gerept over richtlijnconforme interpretatie of iets dergelijks; het afwegingskader van de richtlijn dient rechtstreeks door het bestuur te worden toegepast en prevaleert boven de weigeringsgronden van art. 10 WOB.

ABRvS 9 maart 2005, *AB* 2005, 167 (m.nt. Daalder), geeft meer duidelijkheid over de mate van openbaarheid van stukken die zich bevinden in het dossier dat door de overheid is gevormd bij een Europese aanbestedingsprocedure. Het is opvallend dat het bestuur (i.c. GS van Noord-Holland) pas in de procedure voor de Afdeling de weigeringsgrond naar voren brengt, dat voor de beoordeling van het verzoek tot openbaarmaking een bijzondere openbaarmakingsregeling zou gelden, te weten de EG-richtlijn werken, nr. 93/37, *PbEG* L 199. In eerdere rechtspraak werd dit niet toegestaan (vgl. ABRvS 11 augustus 2004, *AB* 2004, 348 (m.nt. PJS)) Dit verschil zou hierdoor kunnen worden verklaard dat (ook) deze richtlijn als specifieke regeling prevaleert boven de WOB. Uiteindelijk levert het inroepen van deze grond GS niets op. Het verzoek ziet op een aanbestedingsprocedure die is afgebroken, zodat de openbaarmakingsregeling van de richtlijn in casu niet van toepassing is.

### 1.3 Toezicht en samenwerking

In 'Die Kooperation zwischen europäischen Agenturen und nationalen Behörden', *EuR* – Heft 1 –

2005, p. 54-68 besteedt Th. Gross aandacht aan de Europese trend om op steeds meer beleidsterreinen Europese agentschappen op te richten die, in samenwerking met nationale ambtenaren, belangrijke taken verrichten op het gebied van coördinatie, onderzoek en besluitvorming. Volgens hem zal deze integratie van Europese en nationale administraties niet leiden tot een centraal gestuurde 'Moloch', maar tot een nieuwe vorm van polycentraal bestuur. Wel zou moeten worden gestreefd naar meer eenvormige rechtsregiems, waarbij zaken als politieke controle en rechtsbescherming helder zijn geregeld. Zie over deze problematiek ook E. Schmidt-Assmann en B. Schöndorf-Haubold, *Der Europäische Verwaltungsverbund*, Tübingen: Mohr Siebeck 2005.

Het in *NTB* 2005, 9, p. 61, al vermelde kabinetsstandpunt over de Europese dimensie van het toezicht, wordt besproken door B. Hessel, 'Het kabinetsstandpunt over de Europese dimensie van het toezicht: een aansporing voor gemeenten om Europees recht nog meer serieus te nemen', *Gst.* 2005, 34, p. 117-126. Hoewel Hessel zich in grote lijnen in het standpunt kan vinden, plaatst hij ook een aantal kanttekeningen. Zo wijst hij erop dat het taakverwaarlozingsregiem uit de organieke wetgeving, dat het kabinet wil uitstrekken tot beslissingen die op grond van het Europese recht worden gevorderd, tekort schiet omdat het de regering niet de mogelijkheid biedt om zelf in plaats van een onjuist optredende gemeente te handelen, en bovendien niet toereikend is om feitelijk handelen, dat door het EG-recht wordt geëist (zoals de aanleg van rioleringen) af te dwingen. Verder zou het – in het kabinetsstandpunt voorziene – regresrecht van de minister op decentrale overheden die het EG-recht schenden, moeten worden aangevuld met een omgekeerd regresrecht van decentrale overheden op de centrale overheid en wel voor het geval dat een schending van het EG-recht door een decentrale overheid – en de daaruit voortvloeiende aansprakelijkheidskosten – te wijten is aan fouten van de centrale overheid. Daarbij valt met name (maar niet uitsluitend) te denken aan het veel voorkomende geval dat de centrale overheid richtlijnen niet tijdig of niet correct omzet.

In HvJ EG 12 juli 2005, zaak C-304/02, *Commissie t. Frankrijk*, wordt Frankrijk wegens het niet-naleven van een eerdere veroordeling door het Hof vanwege het niet uitvoeren van de Europese regels ten aanzien van de beperking van visvangst. – in lijn met de in *NTB* 2005, 9, p. 62 vermelde conclusie van advocaat-generaal Geelhoed – veroordeeld tot een forfaitaire som (boete) van 10 miljoen Euro én een dwangsom van bijna 60 miljoen Euro voor elk half jaar dat Frankrijk in gebreke blijft. Het verweer dat deze combinatie in strijd is met art. 228 lid 2 EG – waarin gesproken wordt van een forfaitaire som *of* dwangsom – wordt door het Hof afgewezen omdat het voegwoord 'of', gelet op het met art. 228 EG beoogde doel, in cumulatieve zin moet worden opgevat. Verder acht het Hof de gecumuleerde oplegging van een dwangsom en een forfaitaire som niet in strijd met het 'ne bis in idem' beginsel, omdat beide sancties een eigen functie heb-

ben. Kort gezegd ziet de forfaitaire som op het verleden en beoogt de dwangsom het voortduren van de schending in de toekomst tegen te gaan. Als gevolg van deze uitspraak worden de financiële risico's van de lidstaten voor niet-naleving van het EG-recht beduidend hoger. Daar komt bij dat de Commissie schendingen van het EG-recht tegenvoor-

*Komt het daadwerkelijk tot een veroordeling door het Hof – en dat is niet onwaarschijnlijk omdat Nederland inderdaad te traag is bij de omzetting van de richtlijn – dan scheidt de Commissie de mogelijkheid om in de volgende ronde met een financiële sanctie toe te slaan*

dig sneller aan het Hof lijkt voor te leggen dan in het verleden. Werd de niet-omzetting door Nederland van de Nitraatrichtlijn door de Commissie pas na bijna acht jaar bij het Hof aanhangig gemaakt, de niet tijdige omzetting van de Richtlijn 2000/60/EG (Kaderrichtlijn Water) door Nederland is op 1 april 2005, ruim vijftien maanden na afloop van de omzettingstermijn, reeds aan het Hof voorgelegd (C-147/05). Komt het daadwerkelijk tot een veroordeling door het Hof – en dat is niet onwaarschijnlijk omdat Nederland inderdaad te traag is bij de omzetting van de richtlijn – dan scheidt de Commissie de mogelijkheid om in de volgende ronde met een financiële sanctie toe te slaan. Aldus wordt het financieel-economische belang van de naleving van het EG-recht voor de lidstaten steeds groter.

#### 1.4 Nationale bestuursorganisatie

In de Rijksbrede Takenanalyse *Sturing EU-aangelegenheden*, Den Haag 2005, geeft de Gemengde Commissie Sturing EU-aangelegenheden allerlei aanbevelingen met betrekking tot de coördinatie van het Nederlands EU-beleid. De aanbevelingen betreffen: een meer strategische standpuntbepaling; meer invloed in het voortraject; een meer (pro)actieve coördinatiepraktijk; beter betrokken en beter opererende vakdepartementen en decentrale overheden; meer oog voor de juridische aspecten en voor de uitvoering van beleid en regelgeving; en een breed opgezet Europees personeelsbeleid. In 'Europese eisen aan de nationale markttoezichthouder', *NJB* 2005, p. 986-990, wijst I.E.I. Voskamp-ter Borg erop dat de Europese Commissie graag zou zien dat nationale markttoezichthouders als de OPTA onafhankelijk van de politiek zouden staan, en verwijt zij het staatsrecht dat het een blinde vlek zou hebben voor deze grote trend. Zo wijdt de Werkgroep verzelfstandigde Organisatie op Rijksniveau in haar rapport 'Een herkenbare staat: investeren in de overheid' uit 2004

geen enkel woord aan de Europese dimensie. Of dit verwijt aan het 'staatsrecht' in algemene zin correct is, kan in het midden blijven. Het geldt in elk geval niet voor het NJV-preadvies van L.F.M. Verheij & N. Verheij, *De macht van de marktmeesters – Markttoezicht in constitutioneel perspectief*, Deventer: Kluwer 2005, p. 135-330. In het preadvies gaat het duo wel degelijk in op de invloed van het Europese recht op het ontstaan en de inrichting van marktautoriteiten, maar signaleert het ook problemen op het punt van de politiek-democratische controle. Volgens hen zou de beslissingsruimte van marktautoriteiten waar redelijkerwijs mogelijk door de (nationale) wetgever moeten worden genormeerd. Voorzover dat niet mogelijk is, dienen er 'checks and balances' te zijn door middel waarvan de wijze waarop marktautoriteiten hun beslissingsruimte gebruiken, kan worden gecorrigeerd. Daarbij valt te denken aan een ministeriële aanwijzings- en vernietigingsbevoegdheid, het benoemings- en ontslagrecht, deugdelijk financieel toezicht en een taakverwaarlozingsregeling. Bovendien moet de rechter, ter compensatie van het gebrek aan politieke controle, besluiten van marktautoriteiten zo indringend mogelijk toetsen en dient tegen door marktautoriteiten vastgestelde algemeen verbindende voorschriften en beleidsregels rechtstreeks beroep open te staan op de bestuursrechter.

De VAR-preadviezen over 'Staatssteun op het grensvlak van bestuursrecht, Europees recht en fiscaal recht', van B. Hessel, J.R. van Angeren & W. den Ouden, en G.J. van Slooten, zijn in dit tijdschrift al uitvoerig besproken door A.J.C. de Moor-van Vugt, *NTB* 2005, 14, p. 107-116. Daaraan kan worden toegevoegd dat de stelling van Van Angeren & den Ouden dat de bestuursrechter in staatssteunzaken, ter handhaving van de standstill-verplichting van art. 88 lid 3 EG, concreet-inhoudelijk moet toetsen of er sprake is van staatssteun (en deze toetsing niet via de formele beginselen van behoorlijk bestuur mag verrichten) inmiddels (ook) wordt ondersteund door J.H. Jans in zijn oratie *Doorgeschooten?* Enkele opmerkingen over de gevolgen van de Europeanisering van het bestuursrecht voor de grondslagen van de bestuursrechtspraak, Europa Law Publishing: Groningen: 2005, p. 17-22. Verder is naar aanleiding van deze stelling de bundel W. den Ouden (red.), *Staatssteun en de Nederlandse rechter*, Deventer: Kluwer 2005, verschenen met bijdragen van J. Kuijpers, M.J. Jacobs & W. den Ouden, A.W.H. Meij, R.J.M. van der Tweel, R.J.G.M. Widdershoven, P.C. Adriaanse en L. Goosens. Bovendien wordt de stelling van Van Angeren & den Ouden, dat een grondslag voor het terugvorderen van rente over onrechtmatig verleende steun – die in het Nederlands recht afwezig is – niet kan worden gevonden in het EG-recht zelf, inmiddels bevestigd in ABRvS 4 mei 2005, 200405506/1. In de uitspraak overweegt de Afdeling dat deze grondslag niet kan worden gevonden in art. 87 lid 1 EG: dit artikel strekt namelijk 'niet zover dat de minister daaraan rechtstreeks een bevoegdheid kan ontleen tot het vorderen van wettelijke rente' bij ten onrechte verstrekte steun.

Zie over de mogelijke invloed van het EG-recht op het overheidsbegrip, E. Steyger, 'Een overheidsbegrip in het Europese recht?', *NTB* 2005, 29, p. 221-228.

## 2 Bestuurshandelingen

### 2.1 Implementatievragen

In 'De invloed van Europese richtlijnen op de Nederlandse wetgever', concluderen M.A.P. Bovens en K. Yesilkagit op basis van uitvoerig kwantitatief onderzoek dat slechts 12,5% van de Nederlandse wetten, AMvB's en ministeriële regelingen, door Brusselse richtlijnen is beïnvloed. Dit getal ligt beduidend lager dan het getal van 80% dat door veel deskundigen wordt genoemd, maar komt voor mensen die nu en dan een willekeurige stapel uitspraken van de rechtbanken doorbladeren niet helemaal als een verrassing. De meeste uitspraken hebben namelijk geen Europese dimensie.

Overigens zeggen de onderzoeksresultaten van Bovens en Yesilkagit niet alles over de *kwantitatieve* invloed van Europese richtlijnen. Zo hebben de Europese richtlijnen over luchtkwaliteit kwantitatief maar een beperkte invloed op de Nederlandse regelgeving, maar is hun kwalitatieve en maatschappelijke betekenis toch tamelijk fors. Zie over deze invloed onder meer, E.T. Schutte-Postma, 'De Nederlandse worsteling met de Europese milieurichtlijnen voor luchtkwaliteit', *NTER* 2005/6, p. 134-139, H.C. Borgers, 'Het Besluit luchtkwaliteit; de recente jurisprudentie in vogelvlucht', *M & R* 2005, p. 342-349, en E.C.M. Schippers en H.J.M. Besselink, 'Luchtkwaliteit', *Gst.* 2005, 110, p. 385-395. ABRvS 15 september 2004, *JB* 2004/358; *AB* 2005, 12, de eerste uitspraak van de Afdeling waarin een project op grond van onder meer de luchtkwaliteitsrichtlijnen sneuvelde, is ook interessant wegens de rechterlijke toetsing aan een ieder verbindende bepalingen van internationaal recht. Vergelijk F.M.C. Vlemminx en M.G. Vlemminx-Boekhorst, 'Recente rechtspraak van de Raad van State over het begrip een ieder verbindend', *JBplus* 2005/1, p. 28-40, die op grond van de uitspraak concluderen dat het EG-recht en internationaal recht op het punt van de rechtstreekse werking naar elkaar toe groeien. De specifieke betekenis van art. 93 en 94 Grondwet neemt daarmee af. Zie in algemene zin over de verhouding tussen internationaal en Europees recht, R.A.J. van Gestel en J.M. Verschuuren, 'Internationaal en Europees milieurecht? Gewoon toepassen!', *SEW* 2005, p. 244-251.

### 2.2 Besluiten

#### 2.2.2 Richtlijnen

Uit HvJ EG 2 juni 2005, zaak C-83/03, *Commissie t. Italië*, blijkt – niet voor de eerste keer – dat ook de onjuiste bestuurlijke toepassing van een *correct* omgezette richtlijn kan leiden tot een veroordeling wegens

verdragsschending. In casu had Italië de mer-richtlijn correct omgezet, maar was in strijd met deze omzettingswetgeving – en daarmee in strijd met de richtlijn – door een decentrale overheid een vergunning voor een jachthaven afgegeven zonder dat de noodzakelijke merbeoordeling had plaatsgevonden. Het Hof kwam tot een veroordeling, ondanks het feit dat de schending van het gemeenschapsrecht in casu tevens een schending van het nationale omzettingsrecht vormt, 'welke schending waarschijnlijk had kunnen worden vastgesteld via de nationale rechtsmiddelen'. Deze laatste toevoeging betekent dat een lidstaat wegens verdragschending kan worden veroordeeld, ook al had de schending kunnen worden geredresseerd in een procedure bij de nationale rechter.

In 'Twenty years after *Von Colson*: the impact of 'indirect effect' on the protection of the individual's Community rights', *E.L.Rev.* 2005, p. 329-348, wijst S. Drake op het steeds grotere belang van het instrument van de richtlijnconforme uitleg in de rechtspraak van het Hof. Zoals ook bleek uit de in *NTB* 2005, p. 64, reeds vermelde zaak Pfeiffer, wordt het instrument vooral gebruikt om de onmogelijkheid van horizontale rechtstreekse werking van richtlijnen te compenseren. In haar artikel oefent Drake in het licht van deze rechtspraak kritiek uit op de Engelse House of Lords, die in de zaak *White* conforme uitleg van een privaatrechtelijk contract weigerde. Wellicht kan de House of Lords wat leren van 'onze' ABRvS, die juist steeds vaker conforme uitleg toepast ten einde gebreken in de omzetting van richtlijnen te 'repareren'. Na de Habitatrichtlijnconforme uitleg van de Natuurbeschermingswet, de IPPC-richtlijnconforme uitleg van de Wet milieubeheer en de Richtlijn GGO-conforme uitleg van de Wet milieugevaarlijke stoffen – zie voor deze voorbeelden *NTB* 2005, p. 64 – gaat zij in ABRvS 10 november 2004, *AB* 2005, 40 (m.nt. JV); *JB* 2005/12, over tot IPPC-richtlijnconforme uitleg van art. 3 lid 3 Wet ammoniak en veehouderij.

HvJ EG 17 februari 2005, zaak C-453/02 en C-462/02, *Linneweber* en *Akritidis*, maakt (wederom) duidelijk dat een richtlijnbeveling, die de lidstaat discretionaire ruimte laat, toch rechtstreekse werking kan hebben. Het ging in casu om art. 13 B sub f Zesde richtlijn inzake BTW, waarin kansspelen worden vrijgesteld van BTW, 'met inachtneming van de door elke lidstaat vastgestelde voorwaarden en beperkingen'. Hoewel het vaststellen van voorwaarden en beperkingen een discretionaire bevoegdheid van de lidstaat betreft, kan een uitbater van kansspelen op de hoofdregel dat kansspelen zijn vrijgesteld van BTW toch rechtstreeks beroep doen, en wel in het geval de lidstaat deze uitdrukkelijk toegekende bevoegdheid niet heeft uitgeoefend, maar ook – en volgens het Hof zelfs *a fortiori* – als de lidstaat bij de uitoefening van de deze bevoegdheid nationale bepalingen heeft vastgesteld die onverenigbaar zijn met de richtlijn. Dat laatste was in casu het geval aangezien Duitsland het beginsel van neutrale fiscaliteit had geschonden, omdat het voorwaarden had vastgesteld volgens welke de exploitatie van kansspelen in erkende openbare speelbanken was



vrijgesteld terwijl dit niet gold voor de exploitatie door andere marktdeelnemers. Zie over alle ‘ins en outs’ van richtlijnen, S. Prechal, *Directives in EC law*. Oxford: Oxford: University Press, 2005 (tweede geheel herziene druk).

#### 2.2.4 Andere handelingen

Van principieel en praktisch belang is HvJ EG 16 juni 2005, zaak C-105/03, *Pupino*. In deze uitspraak maakt het Hof uit dat het beginsel van conforme uitleg ook geldt ten aanzien van kaderbesluiten die, zijn vastgesteld in de zogenoemde derde pijler (de politieke en justitiële samenwerking in strafzaken). De nationale rechter moet derhalve het nationale (straf)recht zoveel mogelijk uitleggen in het licht van de bewoordingen en het doel van het kaderbesluit, ten einde het daarmee beoogde resultaat te bereiken en aldus aan het bepaalde in art. 34 sub b EU te voldoen. *En passant* bepaalt het Hof in de uitspraak ook nog dat het beginsel van loyale samenwerking – dat niet is opgenomen in het EU-Verdrag (maar in art. 10 EG) – wel degelijk geldt binnen het kader van de derde pijler.

De verplichting van kaderbesluitconforme uitleg van

*Als gevolg van Pupino worden de verschillen tussen het eerste-pijlerinstrument richtlijn en het derde-pijlerinstrument kaderbesluit kleiner*

nationaal recht vindt overigens – evenals dat het geval is bij richtlijnconforme uitleg – haar grenzen in de algemene rechtsbeginselen en met name in het rechtszekerheidsbeginsel en het beginsel van non-retroactiviteit. Meer in het bijzonder verzetten deze beginselen zich ertegen dat deze verplichting ertoe leidt dat uitsluitend op grond van het kaderbesluit, onafhankelijk van een ter uitvoering ervan vastgestelde nationale wet, de strafrechtelijke aansprakelijkheid van burgers wordt bepaald of verzaard. Bovendien mag het beginsel van conforme uitleg niet als grondslag dienen voor een uitlegging contra legem van het nationale recht. Ten slotte dient de nationale rechter ervoor te zorgen dat het kaderbesluit zodanig wordt uitgelegd, dat het recht op een eerlijk proces zoals neergelegd in art. 6 EVRM, wordt geëerbiedigd.

Als gevolg van *Pupino* worden de verschillen tussen het eerste-pijlerinstrument richtlijn en het derde-pijlerinstrument kaderbesluit kleiner. Weliswaar kan een kaderbesluit op grond van art. 34 lid 2 EU, geen rechtstreekse werking hebben, terwijl dit voor een richtlijn-bepaling wel het geval kan zijn als zij inhoudelijk ‘onvoorwaardelijk en voldoende nauwkeurig’ is. Door kaderbesluitconforme uitleg kan het ontbreken van de mogelijkheid van rechtstreekse werking echter in belangrijke mate worden omzeild en nadert de doorwerking van kaderbesluiten die van richtlijnen.

## 3 Rechtsbescherming

### 3.1 Stelsel van rechtsbescherming

In het Verdrag van Nice is de mogelijkheid geschapen om op Europees niveau voor specifieke kwesties rechterlijke kamers in te stellen die als eerste instantie fungeren. Tegen uitspraken van de kamers staat hoger beroep op het GvEA open. In ‘The new specialised courts within the European judicial system’, *E.L.Rev.* 2005, p. 261-272, gaat N. Lavranos in op twee kamers waarvan de instelling op dit moment wordt overwogen, de European Union Civil Service Tribunal en de Community Patent Courts. Volgens de auteur zal de instelling leiden tot een ontlasting van het Hof, omdat het GvEA met het hoger beroep is belast.

In ‘Federal elements in the Community judicial system: building coherence in the Community legal order’, *CML Rev.* 2005, p. 9-34, besteedt J. Komárek aandacht aan de recente rechtspraak van het Hof over de schending van EG-recht door rechters, meer in het bijzonder aan de zaken *Köbler* (zie *NTB* 2003, p. 359), *Kühne & Heitz* (zie *NTB* 2004, 35, p. 225-226) en *Commissie v. Italië* (zie *NTB* 2004, 35, p. 223). Als gevolg van deze uitspraken neemt de kans toe dat rechterlijke schendingen van EG-recht uiteindelijk aan het oordeel van het Hof zullen worden onderworpen. Aldus ontwikkelt het Hof zich langzaam maar zeker van een ‘adviserende partner’ voor de nationale rechter naar een soort ‘federale’ hoogste rechter van de Gemeenschap.

Fundamentele beschouwingen over de rechtsvormende activiteiten van het Hof worden gehouden door C. Calliess, *Grundlagen, ‘Grenzen und Perspektiven europäischen Richterrechts’, NJW* 2005, p. 929-933. Om deze complexe taak goed te kunnen vervullen dient het Hof te zorgen voor coherente rechtsvorming door middel rechtsvergelijking, adequate systeemontwikkeling en transparantie.

Ten slotte kan worden gewezen op S. Prechal, R.H. van Ooik, J.H. Jans en K.J.M. Mortelmans, ‘*Europeanisation of the Law: Consequences for the Dutch Judiciary*’, Raad voor de rechtspraak, Research Memoranda nr. 2, vol. 2, waarin wordt ingegaan op zowel de huidige als toekomstige betekenis van het Europese recht voor de Nederlandse rechters. Volgens de auteurs zijn de belangrijkste toekomstige trends, de voortgaande Europeanisering van grote delen van de nationale wetgeving, de toenemende complexiteit van EU-regelgeving en rechtspraak en de ‘shifts in jurisdiction’ zowel naar het EU-niveau als naar het decentraal niveau van de lidstaten. Van een ‘shift’ naar het EU-niveau is bijvoorbeeld sprake in het patentenrecht, waarin de jurisdictie wordt gecentraliseerd bij de Europese rechter. Van een ‘shift’ naar de lidstaten is bijvoorbeeld sprake op het terrein van de mededinging, waarin de handhaving van het Europese mededingingsrecht juist is gedecentraliseerd naar de lidstaten.

## 3.2 Ontvankelijkheidsvragen

### 3.2.1 Beroeps- en verjaringstermijnen

De in *NTB* 2004, 35, p. 225-226 al besproken uitspraak van het Hof inzake *Kühne & Heitz* is inmiddels ook gepubliceerd in *CML Rev.* 2005, p. 179-188, met commentaar *Caranta*. De afdoening van de zaak in Nederland heeft – nadat het CBB in de in *NTB* 2005, 9, p. 66, vermelde uitspraak van 22 september 2004, *Kühne & Heitz* in de hoofdzaak al in het gelijk had gesteld – nog een financieel staartje gekregen. In CBB 24 juni 2005, *LJN*: AT8941 en AT8939, worden, aangezien het onrechtmatige besluit waarmee de hele kwestie aanving dateert van 1989, de verzoeken om schadevergoeding en proceskosten beoordeeld volgens de jurisprudentie onder de oude Wet Arbo. Het bedrijf wordt een vergoeding van de rentekosten toegekend, alsmede een vergoeding van de proceskosten volgens het liquidatietarief van de gerechtshoven.

Blijkens een notitie van 18 augustus 2005, *Kamerstukken II* 2004/05, 29 279, nr. 28, is de minister van Justitie van mening dat *Kühne & Heitz* en *Köbler* er niet toe nopen om de herzieningsregeling van art. 8:88 Awb wettelijk te verruimen. Volgens de minister maakt voor de overgrote meerderheid van de gevallen de mogelijkheid die art. 4:6 Awb biedt om het ten onrechte in stand gelaten besluit te heroverwegen – al dan niet in combinatie met een verzoek of aanvraag om schadevergoeding – aanpassing van art. 8:88 Awb overbodig. Vergelijk ook P.H.P.H.M.C. van Kempen, 'Redres bij schending Eurostrafrecht', *NTER* 2005/7/8, p. 164-175, die het niet wenselijk acht om voor schendingen van EG-recht in het strafrecht een herzieningsmogelijkheid te introduceren. Volgens hem kan worden volstaan met redres via schadevergoeding, gratie en zonodig door aantasting van de tenuitvoerlegging van een vonnis door de kortgedingrechter. Zie hierover in het algemeen, het in november te verschijnen proefschrift van B. Hofstötter, *Non-Compliance of national Courts. Remedies in European Community Law and Beyond*, Cambridge University Press: 2005.

De in *NTB* 2005, 9, p. 65 al besproken zaak C-171/03, *Toeters* en *Verberk*, waarin het Hof onder meer bepaalt dat voor het al dan niet tijdig indienen van een aanvraag moet worden uitgegaan van de ontvangsttheorie (en niet van verzendtheorie) is inmiddels gepubliceerd in *AB* 2005, 66 (m.nt. RW). Zie voor de nationale afdoening van de zaak, CBB 12 augustus 2005, AWB 99/123 B: het beroep van beide partijen tegen de uitsluiting van een premie wegens het te laat indienen van de aanvragen, wordt in lijn met de prejudiciële uitspraak van het Hof, ongegrond verklaard. In een arrest van 18 februari 2005, *AB* 2005, 119 (m.nt. RW), maakt de Hoge Raad duidelijk dat de fatale Awb-bezwarentermijn van zes weken ook kan worden toegepast in het geval van niet-tijdige omzetting van een richtlijn. Het beroep van appellant op zaak C-208/90, *Emmott*, *Jur.* 1991, p. 1-4269, wordt afgewezen. Volgens de Hoge Raad is de Awb-termijn van zes weken, mede vanwege de mogelijkheid van

pro-forma bezwaar, niet in strijd met het effectiviteitsvereiste.

### 3.2.2 Procespartijen

De uitspraak van het Hof in de zaak C-174/02, Streekgewest Westelijk Noord-Brabant, *AB* 2005, 118 (m.nt. AdMvV); *SEW* 2005/5. nr. 36 (m.nt. Jans); *NTER* 2005/7/8, p. 160-163, met commentaar Defares en Goossens, geeft aanleiding tot een serieus debat over de EG-rechtelijke toelaatbaarheid van de invoering van een Schutznormvereiste voor de ontvankelijkheid van een beroep, dan wel voor het kunnen inroepen van een bepaling voor de rechter. In de zaak had het Streekgewest beroep ingesteld tegen een heffing op grond van de Wet belasting op milieugrondslag (een steunmaatregel), omdat de heffing – volgens het Streekgewest in strijd met de standstillverplichting van art. 88 lid 3 EG – reeds was opgelegd voordat de Commissie over de goedkeuring van de Wet had beslist. Bij prejudiciële vraag wierp de Hoge Raad de vraag op of het Streekgewest wel beroep kon doen op art. 88 lid 3 EG, nu het niet werd getroffen door concurrentievervalsing als gevolg van de steunmaatregel. Het Hof beantwoordt deze vraag bevestigend omdat een justitiabele er belang bij kan hebben zich voor de nationale rechter op de rechtstreekse werking van de standstillverplichting te beroepen 'niet alleen om de negatieve gevolgen ongedaan te laten maken van de concurrentievervalsing die door de steunmaatregel teweeg wordt gebracht, maar ook om terugbetaling te verkrijgen van een heffing die in strijd met de standstillverplichting is geïnd. In dat laatste geval doet de vraag of de justitiabele wordt geraakt door de concurrentievervalsing die het gevolg is van de steunmaatregel niet terzake voor de beoordeling van zijn procesbelang, maar dient enkel rekening te worden gehouden met het feit dat de justitiabele aan een heffing is onderworpen die integrerend onderdeel uitmaakt van de steunmaatregel'.

Volgens Jans in zijn noot in *SEW* en in zijn onder 1.4 al vermelde oratie *Doorgesloten*, p. 6-8, maakt deze uitspraak duidelijk dat de invoering van een Schutznormvereiste EG-rechtelijk niet toelaatbaar is, aangezien het Streekgewest beroep moet kunnen doen op de standstillverplichting van art. 88 lid 3 ook al wordt het niet getroffen door enige concurrentievervalsing. Volgens de Moor-van Vugt in haar noot in de *AB*, en R. Meijer, 'De Schutznorm in het Gemeenschapsrecht: over de rol van rechten van particulieren bij rechtstreekse werking en aansprakelijkheid', *TMA* 2005/5, betekent de uitspraak echter geen belemmering voor het invoeren van een Schutznorm- of relativiteitsvereiste. Daartoe voeren zij aan dat de uitspraak wel degelijk een beperking betekent voor de kring van beroepsgerechtigden, namelijk tot – behalve hen die worden getroffen door de concurrentievervalsing – diegenen die een heffing moeten betalen die een integrerend onderdeel uitmaakt van de steunmaatregel. Die tweede groep valt (kennelijk) ook onder het beschermingsbereik van de standstillverplichting van art. 88 lid 3 EG. Aldus is de uitspraak veeleer een toe-

passing van het Schutznormvereiste. Voor de toelaatbaarheid van een Schutznormvereiste is verder relevant HvJ EG 11 november 2004, zaak C-216/02, *Zuchtverband für Ponys, Kleinpferde und Spezialrassen*. In deze zaak was het beroep van het Zuchtverband tegen de erkenning van de ÖSZV als concurrerende fokkerorganisatie voor Shetlandpony's, volgens het naar nationaal Oostenrijks recht geldende Schutznormvereiste niet ontvankelijk, omdat het Zuchtverband geen afdwingbaar recht had dat de erkenning van de nieuwe organisatie zou moeten worden geweigerd. Het Hof achtte dit toelaatbaar, omdat de richtlijn die in casu van toepassing was aan het

***Beziet men beide uitspraken dan menen wij dat het Hof deze kwestie niet benadert vanuit een principiële, opvatting omtrent de toelaatbaarheid van een Schutznormvereiste, maar dat het het beschermingsbereik van een EG-rechtelijke bepaling voorop stelt***

Zuchtverband geen subjectief recht toekende om van de nationale autoriteiten te verlangen dat deze de door een nieuwe vereniging aangevraagde erkenning zouden moeten weigeren. Omdat het EG-recht het Zuchtverband geen subjectief recht toekent, verzet het zich ook niet tegen een wettelijke regeling die het Zuchtverband 'het recht ontzegt om beroep in rechte in te stellen tegen de door de bevoegde autoriteiten genomen erkenningsbeslissing'. Aldus kan het Oostenrijkse Schutznormvereiste door de EG-rechtelijke beugel.

Beziet men beide uitspraken in samenhang dan menen wij dat het Hof deze kwestie niet benadert vanuit een principiële, algemeen geldende opvatting omtrent de toelaatbaarheid van een Schutznormvereiste, maar dat het het beschermingsbereik van een EG-rechtelijke bepaling voorop stelt. Valt een particulier binnen het beschermingsbereik van een EG-rechtelijke bepaling dan moet hij toegang hebben tot de nationale rechter ten einde op deze bepaling beroep te kunnen doen ('ubi ius, ibi remedium'). Is het beschermingsbereik van de bepaling beperkt, zoals in *Zuchtverband*, dan is een Schutznormvereiste toegestaan. Is het beschermingsbereik ruimer, zoals in *Streekgewest*, dan kan een strikt Schutznormvereiste conform de opvatting van Jans wel EG-rechtelijke problemen opleveren, maar kan men ook met de Moor-van Vugt en Meijer stellen dat het vereiste niet problematisch is omdat het conform het beschermingsbereik moet worden toegepast.

Voor de ontvankelijkheid bij de Europese rechter is GvEA 16 februari 2005, zaak T-142/03, *Fost Plus*, van belang. In deze zaak wijst het Gerecht de stelling van appellant van de hand om door anticipatie op de ver-

ruiming die is voorzien in art. III-365 lid 4 van de Europese Grondwet, de beperkte ontvankelijkheidsrechtspraak van het Hof ingevolge art. 230 EG los te laten. Omdat het Verdrag tot vaststelling van de Grondwet nog niet in werking is getreden, kan 'het Gerecht niet zijn gebonden door dat verdrag of door de wil van de Europese politieke leiders die aan de basis ligt van dit verdrag'. Zie voorts Rechtbank Rotterdam 17 december 2004, LJN: AS9142, waarin de rechtbank zich voor een beperkte uitleg van het belanghebbende-begrip van art. 1:2 Awb, mede beroept op de beperkte ontvankelijkheidsrechtspraak van het Hof ingevolge art. 230 EG in zaken als *Plaumann* en *UPA*.

In 'Effektiver Individualrechtsschutz im Gemeinschaftsrechts', *Europarecht* 2005, p. 1-35, stelt P. Baumeister, dat het Hof de beperkte ontvankelijkheid van beroepen van particulieren op het Europees niveau zou moeten compenseren door het voorschrijven van effectieve rechtsbescherming op nationaal niveau. Zie over het verband tussen beide niveau's verder, S. Berteau, 'Looking for Coherence within the European Community', *European Law Journal* 2005, p. 154-172.

### 3.2.3 Voor beroep vatbare handeling

Dat het EG-recht van invloed kan zijn op het voor beroep vatbaar zijn van een nationale handeling blijkt uit HvJ EG 11 januari 2005, zaak C-26/03, *Stadt Halle*. In deze uitspraak maakt het Hof uit dat de mogelijkheid van beroep niet afhankelijk mag worden gesteld van het formeel bereiken van een bepaald stadium in een aanbestedingsprocedure, maar dat tegen elke uiting van de aanbestedende dienst die rechtsgevolg kan hebben beroep op de rechter moet kunnen worden ingesteld. Dit geldt ook voor besluiten die worden genomen buiten een formele gunningsprocedure en vóór een formele aanbesteding, in het bijzonder voor het besluit of een bepaalde opdracht valt binnen de personele en materiële werkingssfeer van de aanbestedingsrichtlijn. De beroepsmogelijkheid moet openstaan voor 'een ieder die belang heeft of heeft gehad bij de gunning van de desbetreffende opdracht en die door de beweerde schending is of dreigt te worden gelaedeerd.' Zie over de voor beroep vatbare handeling in aanbestedingsprocedures ook HvJ EG 2 juni 2005, zaak C-15/04, *Kopensteiner*, waarin het Hof uitmaakt dat een particulier een besluit tot intrekking van de aanbestedingsprocedure wegens strijd met het EG-recht moet kunnen aanvechten bij de nationale rechter en dat die rechter dat besluit nietig moet kunnen verklaren. De problematiek van het niet tijdig beslissen door het bestuur duikt inmiddels ook op in de rechtspraak van het Hof. Hoewel van een uitgewerkt leerstuk nog geen sprake is, worden enige contouren daarvan wel duidelijk. In HvJ EG 21 april 2005, zaak C-186/04, *Housieaux*, acht het Hof de termijn van twee maanden, waarbinnen een overheidsinstantie op grond van art. 3 lid 4 Richtlijn 90/313, inzake de vrije toegang tot milieu-informatie, moet beslissen over een verzoek tot informatie, een dwingende termijn. Wordt deze ter-

mijn overschreden dan moet op basis van art. 4 van de richtlijn beroep openstaan bij een rechter 'tegen het stilzwijgende afwijzingsbesluit dat voortvloeit uit het stilzwijgen gedurende twee maanden'. Aldus kiest de richtlijn (kennelijk) voor het oude Arob-systeem van de fictieve weigering en niet voor het Awb-systeem waarin het beroep is gericht tegen het niet-tijdig beslissen. Ten slotte stelt het Hof dat de richtlijn zich ertegen verzet dat het 'stilzwijgende afwijzingsbesluit' bij het verstrijken van de termijn van twee maanden niet met redenen is omkleed. Is dat niet het geval dan moet het besluit 'als onwettig worden beschouwd'.

Ook in HvJ EG 20 januari 2005, zaak C-245/03, *Merck, Sharp & Dohme*, stelt het Hof dat een bestuurlijke beslistermijn – ditmaal de 90-dagentermijn (met een mogelijkheid van verlenging met opnieuw 90 dagen) uit art. 6 lid 1 Richtlijn 89/105/EEG, betreffende de prijsstelling van geneesmiddelen en de opneming daarvan in de nationale lijsten van gezondheidszorg – een dwingende termijn is. Wordt deze termijn overschreden dan betekent dat niet dat het geneesmiddel automatisch moet worden opgenomen op de lijst van onder het stelsel van gezondheidszorg vallende geneesmiddelen. Een dergelijk systeem van fictieve verlening zou alleen aan de orde zijn wanneer een richtlijn zulks expliciet zou bepalen, hetgeen in casu niet het geval is.

### 3.3 Behandeling van het geschil

In 'De omvang van het bestuursrechtelijke geding: het Europese recht als paard van Troje', *Gst.* 2005, 26, p. 81 en 94, besteden C.L.G.F.H. Albers en R.J.N. Schlössels aandacht aan de niet-toepassing van proces-technische trechters in zaken waarin het EG-recht en het EVRM aan de orde is, en aan de ambtshalve toepassing van het EG-recht. Voor wat betreft de trechters stellen zij zich (terecht) op het standpunt dat omwille van de consistentie en een behoorlijke rechtspleging de relativering hiervan door de ABRvS in EG- en EVRM-rechtelijke zaken moet worden doorgetrokken naar nationale zienswijzen, bedenkingen en gronden. Een vergelijkbaar pleidooi valt te lezen in R. Ortlep, 'De fuikendynastie: van afbraak tot verbouwing', *NTB* 2005, 1, p. 1-6, en in de – in 1.4 al vermelde – oratie van J.H. Jans, *Doorgeschoten*, p. 22-24. Voor wat betreft de ambtshalve toepassing van EG-recht, vragen Albers en Schlössels zich af of de absolute afwijzing door de ABRvS van de ambtshalve toetsing aan het EG-recht wel op alle punten in overeenstemming is met de communautaire randvoorwaarden. Zie voor een negatief oordeel over de ABRvS-opvatting de oratie van Jans, p. 8-17. Over een tweetal jaren zal het Hof over deze kwestie (hopelijk) definitief uitspraak doen in zijn antwoord op de prejudiciële vraag die het CBB bij uitspraak van 17 mei 2005, *AB* 2005, 282 (m.nt. JHvdV); *JB* 2005/241 (m.nt. LJMT), hierover heeft gesteld. Materieel heeft de zaak betrekking op de vraag of allerlei maatregelen in het kader van de MKZ-bestrijding (verdachtverklaring, vaccinatie en doding van dieren) hadden mogen worden gebaseerd

op de testuitslagen van ID-Lelystad B.V., nu dit laboratorium niet is vermeld op de bijlage bij Richtlijn 85/511/EEG. In een aantal eerdere zaken, die door het College al naar het Hof zijn verwezen, was dit geschilpunt expliciet door appellanten aangevoerd. In de onderhavige zaak is dat niet gebeurd en vraagt het CBB zich af of het EG-recht verplicht tot ambtshalve toetsing aan gronden die zijn ontleend aan de genoemde richtlijn.

In de toelichting op de vraag komen alle nationale en EG-rechtelijke aspecten van het vraagstuk van de ambtshalve toepassing van het EG-recht aan de orde. De verwijzing is daarom ook voor mensen die wat minder zijn geïnteresseerd in het EG-recht een 'must'. Zo bevat de uitspraak een heldere uitleg van het stelsel van art. 8:69 Awb en stelt het College vast dat de rechter volgens dit stelsel niet ambtshalve zou mogen toetsen aan de richtlijn. Daarbij wijst het College er fijntjes op dat het Nederlandse stelsel niet wezenlijk afwijkt van het procesrecht dat van toepassing is op vernietigingsberoepen bij de Europese rechters. Toch is het College niet helemaal zeker of art. 8:69 Awb in casu mag worden toegepast, omdat het CBB in eerste en enige aanleg oordeelt en het voorts niet is uitgesloten dat de richtlijn ambtshalve moet worden getoetst, omdat zij – in lijn met zaak C-126/97, *Eco Swiss, Jur.* 1999, p. I-3055 – EG-rechtelijk van openbare orde zou kunnen zijn, dan wel omdat zulks – in lijn met zaak C-240/98, *Océano Grupo Editorial, Jur.* 2000, p. I-4941, en zaak C-473/00, *Cofidis, Jur.* 2002, p. I-10875 – voortvloeit uit de verplichting om het door de richtlijn voorgeschreven resultaat te bereiken.

Of de vraag omtrent de ambtshalve toetsing aan EG-recht daadwerkelijk zal worden beantwoord moet overigens worden afgewacht. De beantwoording hiervan is namelijk niet meer nodig als het Hof in de materiële kwestie zou oordelen dat het EG-rechtelijk niet problematisch is dat ID-Lelystad niet op de bijlage bij de richtlijn is vermeld. Komt het Hof wel toe aan de kwestie van de ambtshalve toetsing, dan sluiten wij het niet uit dat het feit dat de materiële kwestie in andere zaken wel naar voren is gebracht (en prejudicieel is verwezen), van invloed kan zijn op het oordeel van het Hof. Het gaat dan immers om schending van EG-recht die door het Hof al is vastgesteld en door de nationale rechter zonder problemen kan worden 'opgespoord'. In deze situatie zou het om dogmatische redenen vasthouden aan het stelsel van art. 8:69 Awb wel eens eerder op onbegrip bij het Hof kunnen stuiten dan bij allerlei potentiële schendingen van EG-recht waarvan de 'opsporing' nog het nodige ambtshalve te verrichten onderzoek van de rechter vergt.

Het – in *NTB* 2005, 9, p. 67, al vermelde – arrest van de Hoge Raad van 17 december 2004, waarin de Hoge Raad stelt dat de forfaitaire proceskostenvergoedingsregeling ook mag worden toegepast in zaken waarin de schending van het EG-recht aan de orde is, is inmiddels gepubliceerd in *AB* 2005, 111 (m.nt. RW), in *NJ* 2005, 361 (m.nt. MRM), wordt vervolgd in Douanekamer Hof Amsterdam 26 juli 2005, *LJN* AU 2497 en wordt besproken door J.A.R. van Eijdsen,

‘Een forfaitaire proceskostenvergoeding is niet in strijd met het Gemeenschapsrecht’, in: *FED* 2005/38.

### 3.4 Uitspraken

Soms dwingen de korte beslistermijnen in Europese regelgeving Nederland tot innovaties in het bestuursprocesrecht. Dit is bijvoorbeeld het geval bij de Implementatiewet EG-richtlijn handel in broeikasemissierechten. Ten einde de rechtsbescherming binnen de strikte Europese termijnen af te ronden is in deze wet de zogenoemde ‘bestuurlijke lus’ geïntroduceerd. Volgens het systeem van de wet doet de ABRvS bij tussenuitspraak uitspraak over de rechtmatigheid van het besluit waarin de emissierechten worden toegewezen. Voorzover het besluit onrechtmatig is, krijgt de minister de kans om het met inachtneming van de uitspraak te wijzigen. Vervolgens komt de zaak opnieuw bij de Afdeling die oordeelt over de rechtmatigheid van de wijzigingen. Zie over het systeem, H.A. Oldenzel, ‘De bestuurlijke lus als middel voor een efficiënte geschillenbeslechting’, *NTB* 2005, 11, p. 85-94. Vergelijk ABRvS 8 april 2005, *AB* 2005, 161 (m.nt. ChB); *JB* 2005/129 (m.nt. MP), voor de eerste tussenuitspraak en ABRvS 9 september 2005, *LJN* AU 2614, voor de einduitspraak.

In HvJ EG 20 januari 2005, zaak C-296/03, *Glaxosmithkline*, spreekt het Hof zich uit over de beslistermijn, nadat een eerder (tijdig genomen) besluit over de opname van een geneesmiddel in de lijst van gezondheidszorg ingevolge de in 3.2.3. genoemde Richtlijn 89/105/EEG, door de rechter is vernietigd. Omdat de richtlijn hierover niets bepaalt, wordt deze kwestie in beginsel geregeld door het nationale recht. Wel is het Hof van mening dat op grond van het vereiste van doeltreffende rechtsbescherming de vrijheid van de lidstaten in die zin is beperkt dat het nieuwe besluit ‘moet worden genomen binnen een redelijke termijn die van art. 6 van de richtlijn hoe dan ook niet overschrijdt’. Aldus heeft men voor het nemen van het besluit opnieuw een termijn van 90 dagen (met een verlengingsmogelijkheid van 90 dagen).

### 3.5 Bijzondere procedures

#### 3.5.2 Prejudiciële vragen

De ‘Wenken voor het indienen van prejudiciële verzoeken door de nationale rechters’, die in 1996 door het Hof als informatienota bekend waren gemaakt aan de nationale rechters, zijn in een bijgewerkte versie gepubliceerd in *PbEG* 2005, C143/1. De Wenken zijn ten dele een weerslag van de regels over de prejudiciële procedure uit het EG en EU-Verdrag en van de terzake gewezen rechtspraak van Hof. Voor een ander deel bevatten zij praktische tips over zaken als het tijdstip waarop een prejudiciële vraag het beste zou kunnen worden gesteld en over de vorm en inhoud van een prejudiciële verwijzing. Zo bepaalt Wenk 22 dat een tental pagina’s meestal moet volstaan om het kader

van een prejudiciële verwijzing naar behoren uiteen te zetten. De verwijzingsbeschikking moet de volgende aspecten bevatten: een korte uiteenzetting van het voorwerp van geschil en van de relevante feiten die zijn komen vast te staan; de inhoud van de nationale bepalingen die van toepassing kunnen zijn en van de relevante nationale rechtspraak; de mogelijk relevante gemeenschapsbepalingen; een uiteenzetting waarom de verwijzende rechter twijfelt aan de uitlegging of geldigheid van bepaalde gemeenschapsbepalingen en een verklaring van het verband tussen deze bepalingen en de toepasselijke nationale wetgeving; en (in voorkomend geval) een samenvatting van de wezenlijke argumenten van partijen. Interessant is verder Wenk 23, waarin is bepaald dat de verwijzende rechter, zo hij dit mogelijk acht, ook beknopt vermeldt hoe de prejudiciële vragen zijn inziens zouden moeten worden beantwoord. De achtergrond van deze wenk lijkt te zijn, dat hierdoor de prejudiciële procedure kan worden bekort. Hoewel de Wenken niet de status van een bindende regeling hebben, kunnen zij de facto toch doorwerken in de rechtspraak van het Hof. Zo wordt in HvJ EG 17 februari 2005, zaak C-134/03, *Viacom Outdoor*, een prejudiciële vraag ten dele niet-ontvankelijk verklaard, omdat de verwijzingsbeschikking ‘niet de feitelijke informatie verschaft die het Hof nodig heeft om een zinvol antwoord te kunnen geven’ op de vraag. Aldus wordt toepassing gegeven aan de – hiervoor genoemde – in Wenk 22 vermelde eis, dat de verwijzingsbeschikking een uiteenzetting moet bevatten van de relevante feiten die zijn komen vast te staan. Prejudiciële vragen kunnen alleen worden gesteld door een ‘rechterlijke instantie’ in de zin van art. 234 EG. Om te bepalen of daarvan sprake is wordt volgens HvJ EG 27 januari 2005, zaak C-125/04, *Denuit en Cordenier*, en HvJ EG 31 mei 2005, zaak C-53/03, *Syfait*, rekening gehouden met een samenstel van factoren, zoals de wettelijke grondslag van het orgaan, het permanente karakter, de verplichte rechtsmacht, het uitspraak doen na een procedure op tegenspraak, de toepassing door het orgaan van de regelen van het recht, alsmede de onafhankelijkheid van het orgaan. Bovendien is een nationale instantie alleen bevoegd tot verwijzing indien bij hem een geding aanhangig is gemaakt en hij uitspraak moet doen in het kader van een procedure die moet uitmonden in een beslissing die de kenmerken van een rechterlijke uitspraak vertoont. In *Denuit en Cordenier* verklaart het Hof zichzelf niet bevoegd om uitspraak te doen op een door het Arbitraal College van de Geschillencommissie Reizen voorgelegde vraag, omdat ‘voor de contractpartijen rehtens noch feitelijk een verplichting bestaat om hun geschillen aan een scheidsgerecht voor te leggen, en de Belgische overheid niet betrokken is bij de beslissing om de weg van arbitrage te kiezen’. Aldus heeft het Arbitraal College geen verplichte rechtsmacht. In *Syfait* is het Hof niet bevoegd om de door het Epitropi Antagonismou, de Griekse mededingingsautoriteit, voorgelegde vragen te beantwoorden. Bij dit oordeel speelt mee dat deze instantie ‘onder toezicht van de Minister van Ontwikkeling staat’, de leden van de

instantie – hoewel zij een persoonlijke en functionele onafhankelijkheid genieten en zij bij de uitoefening van hun functie uitsluitend zijn gebonden door de wet en hun geweten – geen bijzondere ontslagbescherming genieten, en de Commissie zaken aan de instantie kan onttrekken. Aldus is niet gegarandeerd dat de bij deze instantie ingeleide procedures altijd uitmonden ‘in een beslissing die de kenmerken van een rechterlijke uitspraak vertoont’.

Volgens de welbekende zaak *Foto Frost* uit 1987 is nationale rechter niet bevoegd om zelfstandig (zonder prejudiciële verwijzing) een handeling van een gemeenschapsinstelling ongeldig te verklaren. Mocht het Hof de Conclusie van advocaat-generaal *Colomer* in zaak C-461/03, *Gaston Schul*, volgen, dan zal dit uitgangspunt in beperkte mate worden losgelaten. In deze Conclusie stelt de A-G voor dat de nationale rechter een door het Hof nog niet ongeldig verklaarde gemeenschapshandeling zonder prejudicieel te verwijzen buiten toepassing mag laten, indien het Hof in een eerdere zaak de ongeldigheid van een andere, vergelijkbare handeling heeft vastgesteld en de eerste handeling om dezelfde reden ongeldig is. Neemt het Hof dit over, dan wordt de theorie van de ‘acte clair’ in een strengere versie ook van toepassing in geldigheidskwesties.

In ABRvS 22 december 2004, *JB 2004/60*, probeert een partij de Afdeling ertoe te bewegen een prejudicieel antwoord van het Hof buiten toepassing te laten, omdat dit zou zijn geweest in strijd met art. 6 EVRM, aangezien men in de procedure bij het Hof niet heeft kunnen reageren op de Conclusie van de A-G.

Achtergrond van deze stelling is de in *NTB 2002*, p. 214-215, besproken mogelijke controverse tussen het Hof, dat in zaak C-17/98, *Emesa Sugar*, *Jur. 2000*, p. I-665, heeft bepaald dat het niet kunnen reageren door partijen op de Conclusie van de A-G niet in strijd is met art. 6 EVRM, en het EHRM dat ten aanzien van vergelijkbare constructies bij nationale gerechten van mening is dat het fundamentele recht op een procedure op tegenspraak als bedoeld in art. 6 EVRM wel is geschonden. De Afdeling weet zich op een handige wijze buiten deze controverse te houden. Zij wijst de stelling van de hand onder verwijzing naar de zaak *Foto Frost*, ‘omdat het niet aan de nationale rechter is om de geldigheid van een gemeenschapshandeling, in dit geval het reglement voor de procesvoering van het Hof, te beoordelen’.

## 4 Rechtsbeginselen

### 4.1 Reikwijdte

De perikelen rondom de Europese Grondwet brengen ook vertraging mee voor de verwezenlijking van een bindende grondrechtencatalogus voor de EU. De incorporatie van het Grondrechtenhandvest in de Grondwet kan nog wel even op zich laten wachten. A. Knook, bespreekt in ‘The Court, the Charter, and the vertical division of powers in the European Union’, *CML Rev.*

2005, p. 367-398, geschreven in een tijd dat het met de Grondwet vast en zeker wel goed leek te komen, de vraag of en hoe de incorporatie van het Grondrechtenhandvest de rol van het Hof van Justitie zal veranderen voor wat betreft de verticale machtsverdeling in de Europese Unie.

Af en toe duiken in de rechtspraak nieuwe beginselen op. Een voorbeeld biedt GvEA 31 mei 2005, zaak T-272/02. Hierin toetst het GvEA een beschikking van de Commissie aan het beginsel van materiële billijkheid. Wat dit beginsel inhoudt maakt de uitspraak helaas niet erg duidelijk. Het lijkt er in casu op neer te komen dat de beschikking gerechtvaardigd is en niet van buitensporig formalisme getuigt.

Zie voor een ook rechtsvergelijkend overzicht van de Europese rechtsbeginselen (en nog veel meer Europees bestuursrecht), J. Schwarze, *Europäisches Verwaltungsrecht*, Neudruck mit einer ausführlichen Analyse der jüngeren Rechtsentwicklung, Baden-Baden: Nomos 2005.

### 4.2 De uit de algemene rechtsbeginselen voortvloeiende eisen

#### 4.2.2 Motivering

In een aantal uitspraken is succesvol een beroep op het motiveringsbeginsel gedaan. In GvEA 18 januari 2005, T-93/02 was door de Commissie naar het oordeel van het GvEA een beschikking, waarin een Franse steunmaatregel ten gunste van Credit mutuel als verboden staatssteun werd aangemerkt, op ontoereikende wijze gemotiveerd. Dat in de procedure voor het GvEA gemachtigden van de Commissie een en ander nog hadden trachten te repareren was tevergeefs: deze aanvullingen waren niet in de beschikking zelf terug te vinden en konden gelet op het collegialiteitsbeginsel ook slechts door de Commissie zelf worden vastgesteld. In GvEA 11 mei 2005, T-11/01 en T-133/01 werd de motivering van een besluit van de Commissie inzake terugvordering van staatssteun ontoereikend geoordeeld. Als enige reden voor de aan Duitsland opgelegde verplichting tot terugvordering werden ‘de inlichtingen van Duitsland’ vermeld. Gelet op de context van de beschikking achtte het GvEA een dergelijke motivering ontoereikend. GvEA 22 juni 2005, T-102/03 tenslotte, betreft de ontoereikende motivering van een tot Italië gerichte Commissiebeschikking waarin toegekende bijstand uit het EFRO werd ingetrokken en teruggevorderd. Het GvEA herhaalde in deze uitspraak nog maar eens dat een ontoereikende of ontbrekende motivering schending van wezenlijke vormvoorschriften in de zin van art. 230 EG oplevert en een middel van openbare orde is dat door de gemeenschapsrechter ambtshalve moet worden onderzocht. Het constateerde dat de beschikking dusdanige motiveringsgebreken kende dat het GvEA zijn toetsing aan met name het evenredigheidsbeginsel en het vertrouwensbeginsel niet kon uitvoeren.

#### 4.2.3 Materiële eisen

In een arrest van 26 april 2005, zaak C-376/02, heeft het Hof de prejudiciële vraag beantwoord die door de Hoge Raad was gesteld in een belastinggeschil tussen een woningbouwvereniging (de Stichting Goed Wonen) en de Staatssecretaris van Financiën. Deze vraag betrof de uitleg van enkele artikelen van de Zesde BTW-richtlijn. Het Hof geeft aan dat het vertrouwens- en rechtszekerheidsbeginsel zich er niet tegen verzetten dat een lidstaat, bij uitzondering en om te voorkomen dat tijdens de wetgevingsprocedure op grote schaal financiële constructies ter vermijding van BTW-last worden toegepast die een wijzigingswet nu juist beoogt te bestrijden, aan deze wet terugwerkende kracht toekent. Daarbij geldt wel de voorwaarde dat de marktdeelnemers die de economische handelingen waarop de wet doelt verrichten, van de komende vaststelling van deze wet en de voorgenomen terugwerkende kracht op zodanige wijze in kennis zijn gesteld dat zij in staat zijn te begrijpen welke gevolgen de voorgenomen wetswijziging voor hun handelingen heeft. Op 7 juni 2005 heeft het Hof in zaak C-17/03 prejudiciële vragen beantwoord van het CBB in een procedure tussen de Dienst uitvoering en toezicht energie (Dte) en de Vereniging voor Energie, Milieu en Water, de Amsterdam Power Exchange Spotmarket BV en Eneco NV. Hierin stond het besluit van de Dte ter discussie om een deel van de capaciteit van het grensoverschrijdende net voor de invoer van elektriciteit in Nederland bij voorrang voor te behouden aan de voormalige SEP, thans het Nederlands Elektriciteit Administratiekantoor (NEA). Het betrof met name het transport van elektriciteit waarvoor de SEP al eind jaren '80 enkele langjarige afnamecontracten had afgesloten. Nadat het Hof heeft vastgesteld dat deze prioritaire toegang als discriminatoir in de zin van art. 7 en 16 EG-richtlijn 96/92, inzake gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor elektriciteit, moet worden aangemerkt, gaat het in op het argument van de NEA, dat deze op grond van het vertrouwensbeginsel en het rechtszekerheidsbeginsel het recht heeft internationale contracten van de SEP uit te voeren. Het Hof bevestigt in deze uitspraak dat het beginsel van bescherming van gewettigd vertrouwen stellig één van de grondbeginselen van de Gemeenschap is. In casu stelt het Hof echter vast dat gemeenschapsinstellingen bij SEP geen gegronde verwachtingen hebben gewekt waaruit deze mocht afleiden dat de geldende wetgeving waaronder de oude contracten waren gesloten, van kracht zou blijven. Zie voor een ander voorbeeld van een zaak waarin door een gemeenschapsinstelling (de Commissie) geen vertrouwenwekkende gedraging was verricht, de in par. 4.1 al gememoreerde uitspraak van het GvEA van 31 mei 2005, zaak T-272/02. Ook het rechtszekerheidsbeginsel bood NEA geen soelaas: in de elektriciteitsrichtlijn was de mogelijkheid opgenomen voor lidstaten om ontheffing te vragen van bepaalde liberalisatieverplichtingen om rekening te houden met bijvoorbeeld bijzondere situaties zoals deze bestonden voor de SEP. Nederland had daarvan evenwel geen gebruik gemaakt.

Ook staatssteun en het vertrouwensbeginsel komen in deze kroniekperiode weer in de rechtspraak voor. GvEA 15 juni 2005, zaak T-171/02, maakt nog eens duidelijk dat een steunmaatregel alleen kan zijn toegerekend met inachtneming van de procedure van art. 88 EG, indien deze procedure volledig is doorlopen en heeft geresulteerd in een positieve beschikking van de Commissie. Pas wanneer de Commissie een dergelijke beschikking heeft gegeven en de beroepstermijn is verstreken kan in beginsel een gewettigd vertrouwen in de rechtmatigheid van de desbetreffende steunmaatregel worden ingeroepen.

Gekwalificeerde schending van het vertrouwensbeginsel door een instelling kan leiden tot aansprakelijkheid van de Gemeenschap. Uiteindelijk was daarvan geen sprake in GvEA 16 maart 2005, zaak T-283/02. Uit geen enkel stuk in het dossier in deze zaak bleek dat de Commissie concrete toezeggingen aan EnBW Kernkraft GmbH had gedaan, dat bepaalde werkzaamheden aan een kerncentrale in Oekraïne in het kader van het TACIS-programma (Programme for technical assistance to the Commonwealth of Independent states) met terugwerkende kracht zouden worden vergoed. Daarenboven moest een voorzichtig ondernemer die het TACIS-programma kent, weten welke risico's verbonden waren aan de mogelijkheid om retroactief een contract te sluiten in strijd met de beginselen waaraan de Commissie gebonden is in het kader van het goede en gezonde financieel beheer van de communautaire middelen.

Voor wat betreft het vertrouwensbeginsel is tenslotte interessant een uitspraak van het CBB van 24 augustus 2005, L/JN: AU1706, inzake de (gedeeltelijke) afwijzing door de minister van LNV van een aanvraag op grond van de Regeling EG-steunverlening akkerbouwgewassen. Deze uitspraak vormt een mooie illustratie van de Maizena en Krücken rechtspraak: contra legem toepassing van het communautaire vertrouwensbeginsel is niet mogelijk. In casu zou van een dergelijke contra legem werking sprake zijn, omdat honorering van het beroep op het vertrouwensbeginsel zou leiden tot de erkenning van een aanspraak in strijd met art. 6 EG-verordening 1251/1999.

Dan het evenredigheidsbeginsel. HvJ EG 10 maart 2005, gevoegde zaken C-96/03 en C-97/03, betreft de rechtmatigheid van bepaalde Nederlandse maatregelen (preventief doden) genomen in het kader van de bestrijding van de mond- en klauwzeer epidemie in 2001. Een van de vragen was hoe deze maatregelen zich verhielden met het evenredigheidsbeginsel. Het Hof overweegt dat dergelijke 'conservatoire maatregelen', of ze nu door een lidstaat dan wel door de Commissie worden genomen op grond van de uitgevaardigde EG-richtlijn 90/425 het evenredigheidsbeginsel moeten eerbiedigen. Daarbij dient met alle in het geding zijnde belangen rekening te worden gehouden, zoals het eigendomsrecht (vgl. HvJ EG 12 juni 2003, zaak C-112/00, *Schmidberger*) en hetgeen vereist is voor het welzijn van dieren (vgl. HvJ EG 12 juli 2001, zaak C-189/41, *Jippes*). Het is aan de nationale rechter om na te gaan of het evenredigheidsbeginsel is geëer-

biedigd. Gelet op de verwijzingsbeslissingen was het CBB (al) tot het oordeel gekomen dat er geen grond was te menen dat de uit de genomen maatregelen voor betrokkenen veehouders voortvloeiende nadelige gevolgen onevenredig waren in verhouding tot de met deze maatregelen te dienen doelen.

In HvJ EG 14 april 2005, zaak C-6/03, is de verenigbaarheid met onder meer het evenredigheidsbeginsel aan de orde van de Duitse wettelijke regeling inzake het milieuvriendelijk storten van afval. Deze is vastgesteld met het oog op de omzetting van Richtlijn 1999/31/EG betreffende het storten van afvalstoffen, doch bevat naar het oordeel van het Hof toegestane verdergaande beschermingsmaatregelen in de zin van art. 176 EG. Het Hof geeft aan dat uit de opzet van art. 176 EG volgt dat lidstaten, door strengere maatre-

*Aan het EG-recht kunnen derhalve niet alleen meer aanspraken tot vergoeding van collegegelden e.d, maar ook aanspraken op volledige studiefinanciering worden ontleend*

gelen te treffen, nog steeds een bevoegdheid uitoefenen die door het gemeenschapsrecht wordt geregeld, aangezien de maatregelen in elk geval verenigbaar met het Verdrag moeten zijn. Het bepalen van de omvang van de te bereiken bescherming is evenwel aan de lidstaten overgelaten. In dat verband eist het gemeenschapsrechtelijke evenredigheidsbeginsel, voorzover het erom gaat te waarborgen dat de in de richtlijn genoemde minimumeisen in acht worden genomen, dat de nationale maatregelen geschikt en noodzakelijk zijn voor het bereiken van de nagestreefde doelen. Voorzover geen andere bepalingen van het Verdrag in het geding zijn, is het gemeenschapsrechtelijke evenredigheidsbeginsel daarentegen, zo maakt het Hof duidelijk, niet van toepassing op krachtens art. 176 EG genomen verdergaande nationale maatregelen die strengere eisen stellen dan de in de richtlijn genoemde minimumeisen. Het toepassingsbereik van het communautaire evenredigheidsbeginsel wordt daarmee beperkt.

GvEA 28 juni 2005, zaak T-158/03 benadrukt dat op landbouwgebied – met name met betrekking tot uit hoofde van art. 43 (thans art. 37 EG) getroffen maatregelen – de rechterlijke toetsing van het evenredigheidsbeginsel van bijzondere aard is. Het Hof heeft bijvoorbeeld blijkens het eerder aangehaalde arrest Jippes, de gemeenschapswetgever op dit gebied een ruime beoordelingsbevoegdheid gelaten waarin politieke, economische en sociale keuzes en ingewikkelde beoordelingen moeten worden gemaakt. Derhalve kan aan de wettigheid van een op dit gebied vastgestelde maatregel slechts worden afgedaan, wanneer de maatregel kennelijk ongeschikt is ter bereiking van het door de bevoegde instelling nagestreefde doel. In casu stond een Commissiebeschikking, waarin was aangege-

ven dat het middel metalaxyl niet werd opgenomen in de bijlage I bij richtlijn 91/414/EEG – welke bijlage toegelaten bestrijdingsmiddelen bevatte – deze toets. Ten slotte kan worden gewezen op een belangwekkende uitspraak betreffende het verbod van discriminatie van art. 12 EG en studiefinanciering. Het betreft hier HvJ EG 15 maart 2005, *Bidar*, AB 2005, 219 (m.nt. Vermeulen en Hendrix). Deze uitspraak wordt tevens voorzien van een noot door R.H. van Ooik en A.A.M. Schrauwen in *SEW*. In deze zaak werd aan een in het Verenigd Koninkrijk verblijvende Franse onderdaan de, bij aanvang van zijn universitaire studie in het VK gedane, aanvraag geweigerd voor vergoeding van kosten van levensonderhoud, op grond van het feit dat hij niet in het VK gevestigd was in de zin van de Immigration Act 1971. Deze steun valt naar het oordeel van het Hof thans, anders dan in eerdere rechtspraak het geval was, mede als gevolg van de introductie van het burgerschap van de Unie (art. 17 e.v. EG) en de onderwijsbepaling (art. 149 EG), binnen de werkingssfeer van het EG-Verdrag, en moet dus voldoen aan art. 12 EG. Aan het EG-recht kunnen derhalve niet alleen meer aanspraken tot vergoeding van collegegelden e.d, maar ook aanspraken op volledige studiefinanciering worden ontleend. Zoals Vermeulen en Hendrix constateren kan dit in sommige gevallen een aanpassing van nationale studiefinancieringsstelsels vergen.

## 5 Handhaving en schadevergoeding

### 5.1 Handhaving

In HvJ EG 3 mei 2005, gevoegde zaken C-387/02, C-391/02 en C-403/02, *Berlusconi*, staat centraal de bekende eis dat lidstaten passende sancties moeten toepassen bij overtredingen van gemeenschapsrecht. Deze eis is onder meer ook uitdrukkelijk geformuleerd in art. 6 Eerste vennootschapsrichtlijn. Het was in casu de vraag of enkele nieuwe, minder zware, strafbepalingen voor valsheid in geschrifte e.d. in het Italiaanse BW aan deze eis voldeden. Negatieve beantwoording van die vraag zou betekenen dat toetsing aan de richtlijn zou meebrengen dat het nieuwe, lichtere, strafregime buiten toepassing zou worden gelaten. Dit was volgens het Hof, onder verwijzing naar HvJ EG 5 oktober 2004, gevoegde zaken C-397/01 en C-403/01, *Pfeiffer* en HvJ EG 8 oktober 1987, zaak 80/86, *Kolpinghuis*, in strijd met de beperkingen die voortvloeien uit het karakter van richtlijnen. Dit brengt immers mee dat een richtlijn niet bepalend kan zijn voor de strafrechtelijke aansprakelijkheid van verdachten, noch deze aansprakelijkheid kan verzwaren. Bij deze uitspraak zal in *SEW* een annotatie verschijnen door S. Prechal en R.H. van Ooik.

Verder is interessant HvJ EG 26 april 2005, zaak C-494/01, *Commissie t. Ierland*. In deze verdragsschendingsprocedure wordt Ierland door het Hof veroordeeld wegens het ‘op algemene en bestendige wijze’ fei-



telijk niet handhaven van een groot aantal artikelen van Richtlijn 75/442/EEG, zoals gewijzigd bij Richtlijn 91/156/EG, betreffende afvalstoffen. Overigens had Ierland, en met name diverse decentrale overheden, het in deze zaak wel erg bont gemaakt en was een groot aantal overtredingen van de richtlijn gedurende soms tien jaar noch daadwerkelijk beëindigd, noch bestraft.

## 5.2 Aansprakelijkheid

De in NTB 2005, 9, p. 71 al besproken uitspraak inzake Peter Paul – waarin het Hof de aansprakelijkheid voor gebrekkig financieel toezicht afwijst, omdat de richtlijnen omtrent dit toezicht geen rechten zouden toekennen aan particulieren – is inmiddels ook gepubliceerd in *SEW* 2005/6, nr. 46 (m.nt. Jans) en wordt besproken door M. Tison, 'Do not attack the watchdog? Banking supervisor's liability after *Peter Paul*', *CML Rev.* 2005, 639-675; R. Meijer, *De Schutznorm in het Gemeenschapsrecht: over de rol van rechten van particulieren bij rechtstreekse werking en aansprakelijkheid*, *TMA* 2005/5; en door A.A. van Rossum in haar NJV-advies *Civielrechtelijke aansprakelijkheid voor overheidstoezicht*, Deventer: Kluwer 2005, onder meer p. 89-90. De meeste auteurs wijzen erop dat de strenge Schutznorm-eis die het Hof in de uitspraak stelt, nogal afwijkt van eerdere rechtspraak van het Hof. Mede daarom is Tison van mening dat niet vaststaat dat Peter Paul een ruimere strekking heeft dan de richtlijnen die in de zaak aan de orde waren. Wel houdt hij een pleidooi om de discussie over de gewenste aansprakelijkheid van toezichthouders te voeren in de bredere context van het debat over de betekenis van aansprakelijkheid van publieke autoriteiten in het economische leven. In dat verband biedt Peter Paul 'a counterweight to the growing emancipation of, and associated over-litigation by, private individuals against public authorities', die hij niet onbegrijpelijk acht. Van Rossum is ten slotte van mening dat beperking van de aansprakelijkheid van toezichthouders via het relativiteitsvereiste een betere optie is dan de algemene uitsluiting ('blanket immunity') van aansprakelijkheid waarvoor landen als Engeland, België en Duitsland hebben gekozen.

De uitspraak van het GvEA van 3 februari 2005 in de zaak T-19/01, *Chiquita*, is van groot belang voor de communautaire aansprakelijkheid voor het niet-nakomen door de Gemeenschap van internationale afspraken. In deze zaak wijst het GvEA een verzoek van Chiquita af om de schade te vergoeden, die het bedrijf heeft geleden door de vaststelling en handhaving van de met het WTO-rechtsregiem strijdige Bananenverordening 2362/98, ook al is deze strijdigheid door het WTO-orgaan voor geschillenbeslechting vastgesteld. De vraag die in de uitspraak centraal staat is of de Gemeenschap in het bananendossier onrechtmatig heeft gehandeld. Volgens het GvEA kan daarvan ingevolge de zogenoemde Nakajima-rechtspraak van het Hof alleen sprake zijn als de omstreden verordening is vastgesteld om 'uitvoering te geven aan een in

het kader van de WTO aangegane bijzondere verplichting'. De bananenverordening is echter geen uitvoering van de toepasselijke WTO-bepalingen en de verplichting om een uitspraak van het WTO-orgaan voor geschillenbeslechting op te volgen, is dat evenmin. Daarom kan Chiquita zich niet beroepen op een schending door de Gemeenschap van haar verplichtingen op grond van de WTO-overeenkomsten. Omdat hierdoor het bestaan van een onrechtmatige gedraging niet is aangetoond, is van een 'voldoende gekwalificeerde schending' al helemaal geen sprake en is de Gemeenschap niet aansprakelijk.

Dat het vereiste van een 'voldoende gekwalificeerde schending' nogal eens in de weg staat aan het toekennen van schadevergoeding, blijkt ook uit GvEA 21 april 2005, zaak T-28/03, *Holcim*. In deze zaak verzocht Holcim vergoeding van de kosten die het bedrijf had gemaakt voor het stellen van een bankgarantie naar aanleiding van een door de Commissie opgelegde mededingingsboete, die door het Gerecht was vernietigd wegens gebrekkige bewijsvoering. Het Gerecht stelt vast dat de Cement-zaak, waarin de Commissie onder meer de boete aan Holcim had opgelegd, bijzonder ingewikkeld was, dat daarbij een groot aantal ondernemingen was betrokken en dat een groot aantal feiten en documenten moesten worden onderzocht. Vanwege deze complexiteit is het van mening dat de geconstateerde schending van het EG-recht niet voldoende gekwalificeerd is. Ten overvloede overweegt het Gerecht ook nog dat er geen causaal verband bestaat tussen de onrechtmatige beschikking en de gestelde schade, omdat Holcim vrijwillig heeft gekozen voor het stellen van een bankgarantie en niet in een kort-gedingprocedure heeft verzocht om de tenuitvoerlegging van de beschikking op te schorten. Zie voor de 'voldoende gekwalificeerde schending' als voorwaarde voor aansprakelijkheid van de Gemeenschap en de lidstaten voor schendingen van EG-recht, ook C. Hilson, 'The role of discretion in EC law on non-contractual liability', *CML Rev.* 2005, p. 677-695.

In CBB 9 maart 2005, LJN AT2712, acht het College het niet in strijd met het EG-recht dat in Nederland een particulier om schadevergoeding te krijgen wegens feitelijk handelen van een bestuursorgaan, dat in strijd zou zij met het EG-recht, een vordering moet instellen bij de burgerlijke rechter (en niet bij het College terecht kan). Ter motivering verwijst het CBB naar de zaak *Francovich*, waarin (onder meer) is uitgemaakt dat het aanwijzen van de bevoegde rechter in schadevergoedingszaken een aangelegenheid is van de interne rechtsorde van elke lidstaat, mits voldaan is aan de vereisten van gelijkwaardigheid en effectiviteit. Omdat de bevoegdheidsverdeling tussen burgerlijke en bestuursrechter, zoals die voortvloeit uit Rv. en de Awb, het verkrijgen van schadevergoeding niet uiterst moeilijk of onmogelijk maakt, is – volgens het CBB – aan het effectiviteitsvereiste voldaan.