

Dr L.F.M. Besselink en prof. mr S. Prechal

# Kroniek van het Europees en Nederlands constitutioneel recht

Droge maalt door René van Tol, Amsterdam



Leonard Besselink is verbonden aan het instituut voor staats- en bestuursrecht, Universiteit Utrecht, en is Visiting Professor aan het Robert Schuman Centre.



Sacha Prechal is verbonden aan het Europa Instituut van de Universiteit Utrecht en is medewerker van dit blad.

Hoewel de EU-Grondwet voor even of voor langer van de baan is en wij wellicht hadden kunnen volstaan met een one-liner van die strekking, malen niet alleen de raderen van het Europese materiële recht langzaam maar zeker.<sup>1</sup> Ook institutioneel is er genoeg te melden, last but not least over de EU-Grondwet zelf. Het constitutionele proces gaat door, met of zonder Grondwet.

## De EU-Grondwet

Terwijl een succesvolle conventie uiteindelijk in juli 2003 met overweldigende meerderheid een ontwerp voor een EU-Grondwet aannam, is de intergouvernementele conferentie al op de eerste dag van de beoogde afsluitende topbijeenkomst in Brussel vastgelopen. Het Ierse voorzitterschap is gevraagd op basis van consultaties tot een beoordeling te komen van de mogelijkheden voor voortgang en daarover in maart aan de Europese Raad te rapporteren.<sup>2</sup> Gezien de geringe prioriteit die de IGC blijkens het programma van het Ierse voorzitterschap aanvankelijk had, valt nog te bezien of, nu deze lidstaat onder druk wordt gezet, Ierse activiteit tot nadere onderhandelingen en resultaten zal leiden.

De kwesties die op de Brusselse top centraal stonden, waren vooral de volgende vijf: de vraag of het christendom in de preambule moet worden vermeld<sup>3,4</sup>, de

samenstelling van de Commissie, de gekwalificeerde meerderheidscriteria in de Raad, onenigheid over de zaken waarvoor een gekwalificeerde meerderheid wenselijk is, en de kiesdrempel van vier zetels bij EP-verkiezingen.<sup>5</sup> De zaak liep vast op de gekwalificeerde meerderheidscriteria, waarbij een meerderheid van de lidstaten die een meerderheid van de bevolking van de Unie vertegenwoordigt, voldoende zou zijn. Spanje en Polen verzetten zich hier zeer heftig tegen, omdat zij willen vasthouden aan de afspraken over meerderheidsbesluitvorming in het Verdrag van Nice. Maar ook een punt als de samenstelling van de Commissie leek nog niet in de buurt van een oplossing. Bovendien hadden individuele landen ook ieder hun eigen verlangens en wensen die nog niet aan de orde waren geweest. Zo hebben de neutrale landen (Finland, Ierland, Oostenrijk en Zweden) ernstige problemen met de voorgestelde militaire bijstandsverplichting in de defensiebepalingen.<sup>6</sup>

1. Zie A.M.A.P. van den Bosche en D. Kooij, Kroniek van het Europees materieel recht, *NJB* 2003/31.
2. Zie communicatie <<http://ue.eu.int/igc>>, link <European Council conclusions on the IGC – Brussels, 13.12.2003>.
3. Een opmerkelijk pleidooi voor vermelding van het christendom is afkomstig van de praktiserende jood J.H.H. Weiler, *Un'Europa cristiana*, Milaan: Rizzoli 2003, 197 p., binnenkort in

Nederlandse vertaling te verschijnen bij Kluwer.

4. In de Eerste Kamer is de motie-Platvoet verworpen om de hele preambule te schrappen; wel werd in de EK, waar normaliter zelden moties worden ingediend, een motie aangenomen tegen het opnemen van bepalingen die kerkelijk instellingen een bijzondere positie geven ten opzichte van ander maatschappelijke organisaties. Zie 28 473, nr 158o; en in andere bewoordingen gestelde

motie met gelijke strekking werd ook in de Tweede Kamer aangenomen, *Kamerstukken II* 28 473, nr 28.

5. Zie CIG 60/03, Add 2 van 11 december 2003, gepubliceerd op de website van het voorzitterschap, waar over deze onderwerpen ook eerdere stukken te vinden zijn: <http://www.ueitalia2003.it/EN/Conferenzalntergovernativa/> (laatst geraadpleegd op 17 januari 2004). Wat zich in werkelijkheid heeft afgespeeld blijft tot op zekere hoogte giswerk. Op 13

februari, bijvoorbeeld, berichtte de NRC (p. 5) dat Chirac, mede om redenen van binnenlandse politiek, elk compromis heeft tegengewerkt.

6. Zie het voorstel van het voorzitterschap CIG 57/1/03REV 1 van 5 december 2003 en het daarvan cruciaal afwijkende voorstel van de neutrale landen van nog dezelfde dag in CIG 62/03.

Wel leek er overeenstemming mogelijk over een paar politiek opvallende wijzigingen in het ontwerp van de Conventie.<sup>7</sup> Zo bleek er overeenstemming over het schrappen van de aparte wetgevende Raad, waarvoor in de plaats elke raadsvergadering uit een niet-wetgevende en een wetgevende zou komen te bestaan. Ook over het voorzitterschap van de Raad, waar Nederland moeite mee had, ontstond brede steun voor een compromis. Dit compromis bestond uit een wisselend voorzitterschap voor verschillende raadsformaties, behalve de Raad Algemene Zaken en de Raad Buitenlandse Zaken, waarbij de verschillende vakraden een 'team voorzitterschap' zouden hebben, zodat voor verschillende formaties – bijvoorbeeld de Ecofin (ministers van financiën), de landbouwraad (ministers van landbouw) – niet steeds dezelfde lidstaat de vaste voorzitter is.<sup>8</sup>

### Het wankelende Stabiliteitspact

Grote gevoelheden over institutionele kwesties en gebrek aan overeenstemming over de verhouding tussen de instellingen hebben de intergouvernementele conferentie parten gespeeld. Ze spelen echter ook in de besluitvormende praktijk onder de huidige verdragen. Dit blijkt uit de kwesties rond het Stabiliteits- en Groeipact.

Zoals niemand kan zijn ontgaan, heeft Nederland zich opgeworpen als verdediger van dat Pact met, als voornaamste inzet, maatregelen tegen Frankrijk en Duitsland teneinde deze landen te dwingen hun begrotingstekort terug te dringen. Terwijl Nederland uiteindelijk als een eenzame Don Quichote achterbleef, besloot de Europese Commissie om een zaak tegen de Raad bij het Hof van Justitie aan te spannen. Kort gezegd gaat het om het volgende. Artikel 104 van het EG-Verdrag geeft de te volgen procedure in geval er in een lidstaat 'buitensporige overheidsstekorten' (dreigen te) ontstaan.<sup>9</sup> De Commissie is belast met het volgen van de begrotingen van de lidstaten en het rapporteren daarover aan de Raad (art. 104 lid 2-5). In geval van ernstige tekortkomingen besluit de Raad, op aanbeveling van de Commissie, met gekwalificeerde meerderheid van stemmen of er een buitensporig tekort bestaat (art. 104 lid 6). Een van de twee criteria die daarbij spelen, is de 3%-norm, dat wil zeggen, dat het tekort op de begroting van de betrokken lidstaat niet groter mag zijn dan 3% van het BBP van die lidstaat (in beginsel over een langere periode).<sup>10</sup> In het geval van Frankrijk en Duitsland zijn de besluiten dát er sprake is van buitensporige tekorten, genomen in juni respectievelijk januari 2003. De vervolgstap bestaat uit aanbevelingen die de Raad tot de desbetreffende lidstaat richt (art. 104 lid 7). Vervolgens moet de Raad vaststellen of er al dan niet effectief gevolg is gegeven aan de aanbevelingen (art. 104 lid 8). Is dat niet het geval, dan moet de Raad een aanmaningsbesluit nemen (art. 104 lid 9). Twee maanden na het aanmaningsbesluit volgen sancties.<sup>11</sup>

Tijdens de zitting van de Raad voor Economische en Financiële Zaken moest er gestemd worden over de

aanbevelingen van de Commissie over de toepassing van artikel 104, lid 8 en lid 9. Voor deze maatregelen was er echter geen gekwalificeerde meerderheid te vinden. In plaats van formele besluiten werden er in de conclusies van de Raad enkel aanbevelingen opgesomd. De procedure tegen Duitsland en Frankrijk (namelijk de toepassing van lid 9) werd bij dezen ook opgeschort.

Opmerkelijk is dat artikel 104 lid 10 uitdrukkelijk de mogelijkheid uitsluit om een verdragsinbreukprocedure op grond van artikel 226 of 227 EG rechtstreeks tegen een tekortschietende staat in te leiden. Wel is een actie tot nietigverklaring van (op enig rechtsgevolg gerichte) handelingen van de Raad mogelijk, op grond van artikel 230 EG. En dat is dan ook wat de Commissie heeft geïnitieerd. Na enige speculaties bleek dat geen enkele lidstaat zich in de zaak voegt teneinde haar standpunt te ondersteunen. Wat de Commissie met haar actie precies opschiet, is niet duidelijk. Het Hof kan de zaak bijna niet anders dan puur procedureel afdoen, waarbij nog niets gezegd is over de inhoud van de (eventueel na een vernietiging) te nemen besluiten.<sup>12</sup> Wellicht heeft de Commissie, wier positie in de onderhandelingen over de Grondwet verzwakt dreigde te worden, bij deze gelegenheid tanden laten zien. In ieder geval is deze gang van zaken niet alleen illustratief voor het wankelende stabiliteitspact, maar ook voor het wankelende institutionele evenwicht, waarin de laatste jaren met name de spanning tussen de Commissie en de Raad (en indirect de lidstaten) een terugkerend item is.

### Noviteiten in de procedure van EU-grondwetgeving

Veel aandacht is in de media en de literatuur besteed aan de rol van de Conventie bij het totstandbrengen van de EU-Grondwet, met zekere 'ontgouvernementaliserende' effecten. Meer recentelijk zijn er ook twee ontwikkelingen te constateren tijdens de intergouvernementele conferentie, die de conferentie aanmerkelijk minder intergouvernementeel maken. Hoewel het weinig opviel, was de rol van de juristen zeer belangrijk. Die speelden zij in de *Working Party of IGC Legal Experts*, naar de voorzitter wel de commissie-Piris genoemd. Deze commissie bestond uit een vertegenwoordiger van elke lidstaat en kandidaat-lidstaten, het Europees Parlement en de waarnemersstaten (volgens de formule 1+1, dat wil zeggen één delegatielid aan tafel met één achter zich), alsook van de juridische diensten van de Raad en de Commissie. Zij werd voorgezeten door de jurist van de Raad. De werkgroep heeft gewerkt op basis van een uitgebreid wetgevingstechnisch en juridisch commentaar van het secretariaat van de Raad op de ontwerp-Grondwet van de Conventie.<sup>13</sup> Nu wil het toeval dat het secretariaat van de Raad ook fungeert als secretariaat van de IGC, zodat de commissie-Piris werkte op basis van het werk van Piris. In een vijftiental sessies (de IGC kwam slechts zevenmaal bijeen) is een reeks voorstellen voor verbetering van de tekst gedaan, met uitzondering van de grote institu-

**In de toekomst zal bij de conventiemethode de behoefte kunnen bestaan om op een ordentelijker wijze dan die van het huidige handjeklap in parlementaire wandelgangen en achterkamertjes de vertegenwoordigers van het Nederlandse parlement en Nederlandse bevolking aan te wijzen.**

7. Hierover A.T.J.M. Jacobs, 'De geboorte van een Europese Grondwet nadert', *NJB* 2003/28 en eerder W.T. Eijssbouts, 'Presidenten, fundamentele, parlementen – Europa's komende constitutie en Hollands ongemak', *NJB* 2003/13.
8. Zie de laatst beschikbare formulering in CIG 60/03 Add. 1. Article I-23 lid 6 en de daarbij gevoegde Draft decision.
9. Het communautaire toezicht op de begrotingsdiscipline van de lidstaten is verder uitgewerkt in het Stabiliteits- en Groeipact, waarbij twee verordeningen centraal staan: Vo. 1466/97 en Vo. 1467/97, beide gepubliceerd in *PbEG* 1997, L 209.
10. Het tweede criterium is gecumuleerde overheids-schuld die onder de 60% van het BBP moet blijven.
11. Zie art. 104 lid 11, dat nog niet echt dwingend geformuleerd is. Echter, de beleidsruimte waarover de Commissie en de Raad ingevolge artikel 104 lijken te beschikken, is nader ingevuld door Vo. 1467/97, die ook een strak tijdsplad voorschrijft.
12. Vergelijk de eerste begrotingszaak, 34/86, Raad t. EP, *Jur.* 1986, p. 2155.
13. CIG 4/03.

## Wat in de meer recente rechtspraak opvalt, is de sterke oriëntatie van het Hof op het EVRM en de jurisprudentie van het EHRM.

tionele kwesties die tot de top in Brussel werden uitgesteld. Het heette aanvankelijk te gaan om een 'legal verification', vervolgens bij een mandaatswijziging om 'legal and technical clarifications of non-institutional issues', waarbij bezwaren en verlangens van lidstaten werden 'verhelderd' in de vorm van tekstvoorstellen; een en ander 'in order to enhance the smooth path' van de politieke besluitvorming. Aldus werden politieke moeilijkheden uitgefilterd die door de IGC verder behandeld dienden te worden. Een vergelijking van teksten maakt duidelijk dat de voorstellen van de werkgroep cruciaal zijn geweest bij het vinden van oplossingen voor verschillende problemen die aan de tekst van de Conventie kleefden. Zo hebben de juristen talloze verbeteringen voorgesteld, zoals een geheel nieuw overgangsregime met nieuwe bepalingen over de incorporatie van het acquis, een voorstel voor doornummering van de artikelen van de ontwerp-EU-Grondwet, en een uitwerking van een aantal probleemcomplexen in de vorm van tekstvoorstellen waar slechts enkele delegaties zich politiek niet op voorhand mee konden verenigen.<sup>14</sup>

Behalve deze 'comitologie', was er het wonderlijke fenomeen dat de Ecofin-Raad (dus de Raad in de samenstelling van de ministers van financiën of economie) met eigen voorstellen kwam.<sup>15</sup> Deze inhoudelijke en institutionele input vanuit de EU-instellingen is nieuw in de intergouvernementele context. Zou men deze actie van de Ecofin-ministers zien als een puur intergouvernementele input van de vakministers (zoiets als de opsplitsing van de IGC bij de voorbereiding van het Verdrag van Maastricht), dan heeft het iets weg van de ministers van financiën tegen de ministers van buitenlandse zaken – een soort Zalm tegen Bot op Europees niveau; niet voor niets had een aantal delegaties bezwaar tegen deze gang van zaken.

### Noviteiten in nationale procedures rond de EU-Grondwet

Ook op nationaal niveau heeft de Conventie geleid tot enige parlementaire bijzonderheden. Hoewel het heet dat de Conventie bestond uit vertegenwoordigers van de parlementen en indirect van de bevolkingen van de lidstaten, kregen de Nederlandse parlementariërs niet een voorafgaand mandaat mee van de Kamers. Integendeel, er was meteen gedruvel over de aanwijzing van de leden van de Conventie. In de toekomst zal bij de conventiemethode de behoefte kunnen bestaan om op een ordentelijker wijze dan die van het huidige handjeklap in parlementaire wandelgangen en achterkamertjes de vertegenwoordigers van het Nederlandse parlement en Nederlandse bevolking aan te wijzen.<sup>16</sup> Pas tegen het einde van de Conventie, toen de onderhandelingen zo ongeveer beëindigd waren, zijn er Kamer moties aangenomen over de wenselijke inhoud van een EU-constitutie – mosterd na de maaltijd dus.

Wel hebben de Nederlandse leden van de Conventie ruggespraak gehad met hun parlementen. Daarbij deed zich een belangrijke noviteit voor. Tot nu toe was het voor de Kamers van de Staten-Generaal taboe om gezamenlijk te vergaderen. Zelfs op het ni-

veau van Kamercommissies was dit *not done*. Gaande de Conventie hebben de commissies belast met Europese zaken van Eerste en Tweede Kamer echter gezamenlijk een zestal gesprekken gevoerd over de voortgang van de Conventie met de Nederlandse Kamerleden die lid waren van de Conventie. Over het resultaat van de Conventie (de eerste versie van delen I en II van de ontwerp-EU-Grondwet) is zelfs met de regering vergaderd door een gezamenlijke vergadering van de commissie voor Europese zaken van Eerste en Tweede Kamer, hetgeen een echte doorbraak betekent.<sup>17</sup>

Volgens de ontwerp-Grondwet kunnen nationale parlementen wetgevingsvoorstellen ophouden op gronden van subsidiariteit. De werkwijze van de Kamers moet grondig tegen het licht worden gehouden, en een meer gezamenlijk optrekken van de Kamers kan in de toekomst meer dan ooit noodzakelijk worden. Of dit grondwetswijziging moet behelzen, met name indien de Verenigde Vergadering een grotere rol zou worden toegekend, althans als zij besluitvormende bevoegdheden zou krijgen (de regering meent – onzes inziens niet op goede gronden – dat de Verenigde Vergadering zelfs niet mag beraadslagen in gevallen die niet in de Grondwet expliciet zijn aangewezen), kwam al eerder ter sprake in een studie die in opdracht van de minister van Binnenlandse Zaken op verzoek van de Eerste Kamer is verricht, maar waar de regering nog steeds niet op heeft gereageerd.<sup>18</sup>

### De EU-referendumwet

De Raad van State heeft, behalve een belangwekkend advies over de ontwerp-Grondwet van de Conventie<sup>19</sup>, ook nog een advies uitgebracht over het raadplegend referendum over de EU-Grondwet.<sup>20</sup> De Raad van State was per saldo positief over deze volksraadpleging als gepaste vorm van raadpleging van de burger. Een minderheidsadvies werd uitgebracht door staatsraad Lauwaars, die kort gezegd, meent dat een referendum weinig zinvol is, omdat de regering een afwijzend referendum naast zich neer zal moeten leggen, nu Nederland het zich niet kan veroorloven geen lid meer te zijn van de Europese Unie. Er is wel gesteld dat minderheidsadviezen een unicum zouden zijn. Dat is wat overdreven. In de laatste jaren zijn die er inderdaad geweest (Dolman een keer bij de miljoenennota, en Vis bij de Wet dualisering gemeentebestuur). In een verder verleden was het bij constitutionele aangelegenheden niet ongebruikelijk om aparte afwijkende minderheidsadviezen uit te brengen.

### De Europese Unie en het Koninkrijk

Nog een nationaal-constitutionele kwestie die verband houdt met de EU kwam in de periode waarop deze kroniek betrekking heeft, aan de orde. Het betreft de vraag welke de positie van de Nederlandse Antillen en Aruba dient te zijn ten opzichte van de Europese Unie. Deze landen zien zich gesteld voor de vraag of zij naar Europees recht nog langer de positie van met de EG bijzonder geassocieerde landen, gebieden overzee' [LGO] in de zin van deel IV van het EG-Verdrag moeten behouden. De handelsvoordelen die ooit met dit regime verbonden waren, bestaan sinds de 'rijst-en-suikeraffaires'<sup>21</sup> niet meer. En sinds het Verdrag van Amsterdam is er de nieuwe status van 'ultraperifere gebieden' (zie artikel 299, lid 2 EG) die tegemoet komt aan de bijzondere positie van de landen van de West. Het grootste verschil van deze

14. Zie CIG 50/03 en Addenda, en 51/03.

15. Deze zijn met een asterisk te vinden in CIG 43/03.

16. Zie daartoe voorstellen in: Besselink e.a., *De Nederlandse Grondwet en de Europese Unie*, Europa Law Publishers 2002, p. 86-87; zie voor de gang van zaken bij de aanwijzing *Handelingen II* 6 februari 2002, 47-348; *Handelingen I* 5 februari 2002, 18-889; *Handelingen I* 5 februari 2002, 18-990.

17. Zie *Kamerstukken II*, 28 473, nr 33 (2e herdruk) /158 e.

18. Zie Besselink e.a., 'De Nederlandse Grondwet en de Europese Unie', 2002; zie ook motie 29 473, nr 13.

19. Zie *Kamerstukken II*, 28 473, nr 35.

20. Het is nog niet te vinden in de Radolex databank van de Raad van State, maar wel op [www.raadvanstate.nl](http://www.raadvanstate.nl), vervolgens de links Bestand, Adviezen, Specifieke publicaties (laatst geraadpleegd op 17 januari 2004).

21. Zie *NJ/B* 1998, p. 1291-1296.



status met die van LGO is, dat het EG-Verdrag niet van toepassing is op LGO (deze zijn slechts geassocieerd onder deel IV EG), terwijl het EG-Verdrag wel van toepassing is op ultraperifere gebieden. Met andere woorden, de Antillen en Aruba zouden gewoon onderdeel worden van de EG/EU en in beginsel zou het hele communautaire acquis van toepassing worden in die landen (waarvoor uiteraard faciliteiten zullen moeten worden geschapen die de voorwaarden scheppen om het EG-recht daadwerkelijk te kunnen toepassen).

Over de kwestie heeft een afdeling van de Raad van State een advies uitgebracht, waarin de opties op een rij worden gezet en geanalyseerd.<sup>22</sup> Een Statuutswijziging is niet nodig voor wijziging van de status van de landen naar EG/EU-recht: sommige van de ultraperifere gebieden hebben een constitutionele autonomie vergelijkbaar met of groter dan die van de Antillen en Aruba binnen het Koninkrijk. Als advies stelt de Raad van State echter dat de politieke toekomst van de overzeese rijkdelen in de Unie gekoppeld is aan de toekomst binnen het Koninkrijk: een lossere band met de Unie zou ook een lossere band met Nederland met zich brengen. Maar dit is een politieke, geen juridische inschatting.<sup>23</sup>

### Grondrechten in de EU zonder bindend Handvest

Terug naar de Europese Unie zelf. De ontwerp-Grondwet gaat even niet door. Daarmee is tevens het juridisch bindend worden van het Handvest voor de Grondrechten van de EU voor het ogenblik van de baan. Ook de in het grondwettelijke verdrag verankerde bevoegdheid van de Unie om tot het EVRM toe te treden, zal voorlopig onbenut blijven. Dit doet niet af aan de continue stroom jurisprudentie van het Hof van Justitie over grondrechtenbescherming, waarbij al dan niet vermeende lacunes in de grondrechtenbescherming worden gedicht. Wat in de meer recente rechtspraak opvalt, is de sterke oriëntatie van het Hof op het EVRM en de jurisprudentie van het EHRM.

### Eerlijk proces

Deze tendens is in de eerste plaats zichtbaar op het gebied van rechtsbescherming en de vereisten die uit artikel 6 EVRM voortvloeien. In de zaak *Steffensen*, bijvoorbeeld, speelde de vraag naar de toelaatbaarheid, in het kader van een procedure voor een rechterlijke instantie, van bewijsmiddelen die verkregen zijn in een administratieve procedure.<sup>24</sup> Na een korte recapitulering van de Straatsburgse rechtspraak over artikel 6 lid 1 EVRM en de wijze van bewijsvoering, stelde het Hof vast dat de nationale rechter moet onderzoeken of het bewijsmiddel in kwestie moet worden uitgesloten om te voorkomen dat maatregelen worden genomen die onverenigbaar zijn met de eerbiediging van de fundamentele rechten, in het bijzonder het recht op een eerlijk proces voor een rechterlijke instantie zoals neergelegd in artikel 6 lid 1 EVRM.

**Het beginsel van gelijkheid tussen mannen en vrouwen mag wel 'een door het gemeenschapsrecht beschermd grondrecht zijn' en 'tot de grondslagen van de Gemeenschap [behoren]', soms stelt dit beginsel minder voor dan men, gezien zijn grondrechtelijk karakter, zou mogen verwachten.**

In andere zaken is de toets minder indringend, althans die van het Hof. In de zaak *Evans*<sup>25</sup> hadden zowel de Commissie als advocaat-generaal Alber serieuze twijfels over de verenigbaarheid van een Britse arbitrageregeling in het licht van de criteria die door het EHRM aan procedures gesteld worden. De twijfels betroffen, in het bijzonder, het statuut van de arbiter, namelijk zijn onafhankelijkheid, het ontbreken van een mondelinge behandeling waar de feiten kunnen worden vastgesteld en de beperking van het recht om tegen het arbitrale vonnis in hoger beroep te gaan. Dit was enkel mogelijk in geval van ernstige onregelmatigheid of na een 'leave to appeal'. Het Hof beperkte zich echter tot een toets aan het effectiviteitsbeginsel en de desbetreffende richtlijn<sup>26</sup> en meende dat de procedureregeling, gezien als een geheel, door de beugel kan, in het bijzonder omdat het een relatief snelle en goedkope procedure voor de betrokkene biedt, mits het beginsel van hoor en wederhoor voor de arbiter worden gewaarborgd.

In een strafzaak inzake de doorvoer van nagemaakte goederen verplicht het Hof de nationale rechter tot een verordeningconforme uitleg van nationaal recht. Dergelijke uitleg mag er echter niet toe leiden dat er afbreuk wordt gedaan aan het in artikel 7 EVRM neergelegde legaliteitsbeginsel.<sup>27</sup>

### Import en verruiming van het EVRM: het recht om te huwen en family life

In het geval van K.B en R kwam de redding uit Straatsburg. K.B en R kwamen niet in aanmerking voor een overlevingspensioen, omdat zij niet gehuwd waren. Huwen konden zij niet, omdat R een transseksueel was en naar het in het Verenigd Koninkrijk geldende recht hij (voorheen zij) zijn nieuwe seksuele identiteit niet erkend kon krijgen. Het Hof verwees eerst naar het arrest van het EHRM uit 2002 in de zaak *Goodwin* (de onmogelijkheid voor een transseksueel om te huwen is in strijd met artikel 12 EVRM) en trok de lijn door naar artikel 141 EG-Verdrag (gelijke beloning mannen en vrouwen, waaronder ook overlevingspensioenen vallen): een wetgeving waardoor een paar als K.B en R in strijd met het EVRM niet kan voldoen aan het huwelijksvereiste dat, met het oog op de toekenning aan een van hen van een overlevingspensioen, als een absolute voorwaarde is opgelegd, is in beginsel onverenigbaar met de vereisten van artikel 141 EG.<sup>28</sup> Een andere uitspraak die van belang is voor de verhouding tussen grondrechtenbescherming door het HvJEG en door het EHRM, is *Akrich*.<sup>29</sup> Hierin stelt het Hof dat als een derdelander (i.c. Marokkaan) die wettig gehuwd is met een EU-onderdaan (Brits) als werknemer in een andere lidstaat (Ierland) werkt, de derdelander slechts aanspraak kan maken op de rechten onder Vo 1612/68 – in dit geval recht op terugkeer en vestiging in het VK – indien de derdelander (Marokkaan) wettig in het VK was toegelaten en kon verblijven. Daarvan was in dit geval geen sprake. Wanneer het gaat om een authentiek huwelijk moet volgens het HvJEG echter in zo'n geval – waarin dus geen rechten onder Vo. 1612/68 bestaan, omdat hij niet wettig op het grondgebied van een lidstaat verblijf heeft ge-

22. Voorlichting artikel 18, lid 2 Wet RvS, 9 september 2003. Het is nog niet te vinden in de Radolox databank van de Raad van State, maar wel op [www.raadvanstate.nl](http://www.raadvanstate.nl), vervolgens de links Bestand, Adviezen, Specifieke publicaties (laatst geraadpleegd op 17 januari 2004).
23. Terloops zij gemeld dat de Raad van State een onbegrijpelijk advies heeft uitgebracht over de grondwetgevende vergadering die na ontbinding van de Tweede Kamer bij grondwetsherziening optreedt. De RvS meent dat ook een latere Kamer dan deze grondwetgevende vergadering de grondwetsherziening kan behandelen, omdat de letter van art. 137 lid 4 GW dit niet verbiedt, hoewel dit naar de mening van de RvS zelf (!) niet de bedoeling is van dat grondwetsartikel; zie terzake Jit Peters, 'Een politiek advies', *NJB* 2004, nr 3.
24. Zaak C-276/01, arrest van 10 april 2003.
25. Zaak C-63/01, arrest van 4 december 2003.
26. Richtlijn nr 84/5 (motorrijtuigenverzekering), *PbEG* 1983, L 8/17.
27. Zaak C-60/02 X, arrest van 7 januari 2004.
28. Zaak C-117/01 K.B., arrest van 7 januari 2004.
29. Zaak C-209/1, arrest van 23 september 2003.

houden – de Britse immigratie-autoriteit 'niettemin bij de beoordeling van het verzoek van de echtgenoot om hun grondgebied *binnen te mogen komen* en daar *te verblijven*, rekening houden met het recht op eerbiediging van het gezinsleven in de zin van artikel 8 van het EVRM'. Dit suggereert dat volgens het Hof van Justitie artikel 8 EVRM een zelfstandige *nieuwe* titel op toegang en verblijf kan verschaffen, los van de specifieke aanspraken op grond van de vrijverkeer-rechten van het EG-Verdrag. Een zelfstandige rol van 8 EVRM werd al in andere recente rechtspraak erkend. Hier gaat het echter om een *nieuwe* toelatings- en verblijfstitel voor iemand die nog niet een wettige titel had, zoals tot nu toe in de jurisprudentie van het EHRM bij artikel 8 EVRM nimmer het geval was; volgens jurisprudentie van het Straatsburgse hof is van een inbreuk pas sprake als een bestaande titel wordt *ontnomen*, waardoor het familieleven onevenredig wordt bemoeilijkt of onmogelijk gemaakt. Een voorbeeld van een ruimere grondrechtenbescherming op basis van een autonome uitleg van het recht op bescherming van het familieleven?

### Reikwijdte van EU-grondrechtenbescherming: eigendom en privacy

Het eigendomsrecht van artikel 1 van het Eerste Protocol EVRM was aan de orde bij *Booker Aquaculture* e.a.<sup>30</sup> In deze zaken ging het om, kort gezegd, een krachtens een EG-richtlijn opgelegde plicht tot vernietigen van vis bij viskwekerijen wegens uitbraak van een bepaalde ziekte zonder dat er, in de desbetreffende richtlijn, is voorzien in een schadeloosstelling. Het Hof oordeelde, na een zorgvuldig onderzoek van de omstandigheden en afweging van de doeleinden van algemeen belang tegen de belangen van de kwekers, dat er geen sprake was van een onevenredige en onduidelbare ingreep waardoor het eigendomsrecht in zijn kern wordt aangetast.

De reikwijdte van het EG-recht en daarmee van de EU-grondrechten toets komt ook aan de orde in de eerste, belangrijke arresten die het Hof wees over de privacy-richtlijn.<sup>31</sup>

In het eerste arrest *Österreichische Rundfunk* e.a.<sup>32</sup> stelde het Oostenrijkse constitutionele hof prejudiciële vragen. Deze zaak gaat om de constitutioneel-wettelijke plicht<sup>33</sup> om de salarissen van hoger betaalde ambtenaren en werknemers in de publieke sector openbaar te maken in het kader van de openbaarheid van en het publieke toezicht op de overheidsuitgaven. Het Hof stelt vast – in afwijking van advocaat-generaal Tizzano, die meende dat dit geval buiten de reikwijdte van het gemeenschapsrecht valt (in de zin van artikel 3, lid 2 van de richtlijn) – dat een EG-richtlijn als de privacy-richtlijn niet alleen betrekking hoeft te hebben op gevallen die het vrije verkeer raken. Voldoende is dat de richtlijn zelf 'daadwerkelijk tot doel heeft de voorwaarden voor de instelling en de werking van de interne markt te verbeteren', ook al worden daardoor regels gegeven voor gevallen die niet de interne markt of de EG-vrijheden betreffen.<sup>34</sup>

Deze ruime opvatting gaat gepaard, enerzijds met een strikte toets aan relevante EU-grondrechten (i.c. art. 8 EVRM), anderzijds met toekenning van een concreet toetsende rol aan de nationale rechter. De richtlijn staat in beginsel de verwerking van persoonsgegevens op grond van een wettelijke plicht door een openbaar gezag toe (art. 7 Richtlijn), maar deze uitzondering moet volgens het Hof in overeenstemming met artikel 8 EVRM worden uitgelegd. Terwijl tot aan *Connolly*<sup>35</sup> het Hof meestal uiterst summier en (te) marginaal te werk ging bij de toetsing aan grondrechten, gaat het hier (in navolging van en met verwijzing naar *Connolly*) in niet minder dan twintig overwegingen zeer uitvoerig en nauwgezet

na waaraan een regeling als de Oostenrijkse constitutionele wetgeving moet voldoen, in het licht van artikel 8 EVRM. Twee dingen worden daarbij door het Hof onderscheiden: of het noemen van namen bij salarissen voldoende noodzakelijk en passend is om het legitiem geachte doel van de beheersing van overheidszaken te dienen; en of uit de constitutionele regeling wel met voldoende zekerheid voortvloeit dat voorzienbaar is (in de zin van het EVRM-wettigheidsvereiste), dat concrete namen bij concrete salarisbedragen moeten worden vermeld in openbare stukken. Dit moeten de nationale rechters echter beoordelen.

In het tweede arrest over de privacy-richtlijn, *Lindqvist*,<sup>36</sup> gaat het over een kerkelijke vrijwilligster die strafrechtelijk vervolgd en gestraft werd (!), omdat zij op een webpagina van haar kerkelijke gemeente onder meer melding maakte van een ander lid van een vrijwilligersgroep dat haar voet had bezeerd en daardoor enige dagen niet kon werken. Volgens de Zweedse autoriteiten ging het om een publicatie op het internet en om het zonder vergunning doorgeven van gegevens naar derde landen, waar geen waarborg van adequate gegevensbescherming bestaat. Het Hof stelt, onder verwijzing naar *Österreichische Rundfunk* e.a., dat hoewel het gaat om niet-economische vrijwilligersactiviteiten, dit niet betekent dat deze handelingen niet onder de reikwijdte van de richtlijn vallen, ook al heeft de concrete handeling zelf geen binding met de vrijverkeerbepalingen of de interne markt. De melding van de zere voet is een verwerking van gevoelige gegevens in de zin van de richtlijn, die niet valt onder de uitzonderingsbepaling van artikel 3, lid 2 van de richtlijn. Deze heeft, onder meer, betrekking op verwerkingen die betrekking hebben op de openbare veiligheid, defensie, de veiligheid van de staat en de activiteiten van de staat op strafrechtelijk gebied. Het Hof leidt hieruit af dat particuliere activiteiten hieronder niet kunnen vallen. De privacy-richtlijn geeft dus een omvattende regeling van de informatieprivacy in horizontale verhoudingen, maar niet in verticale verhoudingen.

Vervolgens gaat het Hof in op de grondrechtenbotsing met de uitingsvrijheid. De richtlijn bevat op zich, volgens het Hof, geen bepalingen die in strijd zijn met de vrijheid van meningsuiting. Maar het is aan de nationale autoriteiten en rechters om hierin 'een juist evenwicht te verzekeren tussen de betrokken rechten en belangen, met inbegrip van de door de communautaire rechtsorde beschermde grondrechten'; dit geldt al evenzeer voor de op te leggen sancties. Anders dan bij *Österreichische Rundfunk* geeft het Hof echter geen aanwijzingen hoe de rechter bij de toetsing van de grondrechtenbotsing te werk moet gaan.

Een bijzondere vraag die nog rees, was of het plaatsen van gegevens op het internet bij een nationale internet-provider waardoor eenieder waar dan ook toegang kan hebben tot die gegevens, het doorgeven van persoonsgegevens naar een derde land is. Dit staat de richtlijn immers slechts toe indien dat derde land 'een passend beschermingsniveau' van die gegevens biedt (art. 25 Richtlijn). Hier laat het Hof zich leiden door de bedoeling van de gemeenschapswetgever en komt tot de conclusie dat die kennelijk niet dacht aan dit soort situaties, zodat niet moet worden aangenomen dat het plaatsen van gegevens op internet door deze bepaling wordt bestreken.

### Botsing van fundamentele rechten

Een botsing van het fundamentele recht van vrijheid van meningsuiting en van vergadering met de fundamentele vrijheden van het EG-Verdrag was aan de orde in *Schmidberger*.<sup>37</sup> Een blokkade van de Brenner

30. Gevoegde zaken C-20/00 en 64/00, arrest van 7 oktober 2003.

31. Richtlijn nr 95/46, *PbEG* 1995, L 281/31.

32. Gevoegde zaken C-465/00, C-138/01 en C-139/0, arrest 20 mei 2003.

33. Oostenrijk heeft vele grondwettelijke bepalingen verspreid over de *Bundes-Verfassungsgesetz* en andere wetten die deel uitmaken van de formele constitutie; zie hierover Prakke, 'De Republiek Oostenrijk', in: *Het Staatsrecht van de landen van de Europese Unie*, 1998, p. 603-604.

34. Dit is een uitleg die moeilijk te verzoenen lijkt te zijn met de tekst van de ontwerp-EU-Grondwet over persoonsgegevens, die namelijk spreekt van de bevoegdheid tot het vaststellen van EU-maatregelen over verwerking van persoonsgegevens 'bij de uitoefening van activiteiten die onder de werkingsfeer van het recht van de Unie vallen' (art. 1-50 ontwerp-Grondwet).

35. C-274/99 P, *Jur.* p. 1-1611.

36. Zaak C-101/01, arrest van 6 november 2003.

Pas werd door de Oostenrijkse autoriteiten niet verboden onder verwijzing naar de grondrechten. Een dergelijke blokkade vormt een inbreuk op het vrije goederenverkeer, zoals het Hof al eerder vaststelde. Hier zegt het Hof dat de gebondenheid aan de grondrechten 'een legitiem belang [is] dat in beginsel een rechtvaardiging vormt voor een beperking van verplichtingen krachtens het gemeenschapsrecht, zelfs uit hoofde van een door het Verdrag gewaarborgde fundamentele vrijheid zoals het vrije verkeer van goederen' (r.o. 74). Dit lijkt even te suggereren dat klassieke grondrechten voor de economische vrijverkeerrechten gaan; iets dergelijks werd gesuggereerd in, onder andere, *Schröder*.<sup>38</sup> Het ging toen over de voorrang van het verbod van discriminatie op grond van geslacht versus de economische non-discriminatie wat mededingingsvoorwaarden betreft. In *Schmidberger* gooit het Hof het, na deze start, vervolgens over een heel andere boeg, namelijk dat de klassieke grondrechten moeten worden verzoend met de eisen die voortvloeien uit het EG-Verdrag, en dat dit een belangenafweging vergt in het licht van de bijzondere omstandigheden van het geval. Het Hof gaat – anders dan bijvoorbeeld in *Lindqvist* – zelf tot deze afweging over en concludeert dat in dit geval de uitings- en vergadervrijheid een rechtvaardiging vormen voor de inbreuk op het vrije verkeer. *Schmidberger* illustreert bovendien dat, anders dan artikel 51 van het Grondrechtenhandvest stelt, naar stellig gemeenschapsrecht de EU-grondrechten allermint 'uitsluitend wanneer het recht van de Unie ten uitvoer brengen' van toepassing zijn op de lidstaten, maar ook wanneer de lidstaten handelen op basis van autonoom nationaal recht en zich daarbij beroepen op een ongeschreven rechtvaardigingsgrond die de vrijverkeerbepalingen beperkt. Deze toets wordt hier in concreto door het Hof zelf gepleegd, anders dan eerder het geval was in *Familiapress*,<sup>39</sup> waar het aan de nationale rechter werd overgelaten.

### Marginale toetsing bij discriminatie

Terwijl wij in de hierboven genoemde gevallen bijna steeds een intensieve toetsing van het Hof zien, is er ook een zaak te signaleren waarin het Hof stiefmoederlijk met de grondrechten omgaat. Het beginsel van gelijkheid tussen mannen en vrouwen mag wel 'een door het gemeenschapsrecht beschermd grondrecht zijn' en 'tot de grondslagen van de Gemeenschap [behoren]<sup>40</sup>, soms stelt dit beginsel minder voor dan men, gezien zijn grondrechtelijk karakter, zou mogen verwachten. Misschien omdat het EG-maatregelen zijn, die worden getoetst? Dit was het geval in de zaak *Rinke*, waarin voor het eerst het probleem aan de orde kwam dat een richtlijn (potentieel) in strijd was met het verbod van indirecte discriminatie.<sup>41</sup> Meer in het bijzonder ging het om een verplichting om, in het kader van een parttime opleiding tot huisarts, een bepaalde duur van die opleiding voltijds te doen.<sup>42</sup> Dat een dergelijke verplichting in het bijzonder vrouwen benadeelt, stond min of meer vast.

Het Bundesverwaltungsgericht meende echter dat Richtlijn nr 93/16 voorrang heeft op richtlijn 76/207 (gelijke behandeling mannen en vrouwen), want de eerste is meer bijzonder én van recentere datum. Het Bundesverfassungsgericht dacht daar anders over: de lex-specialis- en lex-posteriorregels zijn, in het gemeenschapsrecht, niet noodzakelijkerwijs zonder meer van toepassing. Afgezien daarvan ging het hier eerder om een schending van een grondrecht, dat sowieso voorrang heeft op Richtlijn nr 93/16. Het Bundesverwaltungsgericht kreeg de zaak op zijn bord terug. Door geen prejudiciële vraag te stellen, heeft de laatstgenoemde rechter namelijk het (in de Duitse Grondwet gewaarborgde) recht van toegang tot de

wettelijke rechter van de verzoekster geschonden.<sup>43</sup> Het Hof geeft in de eerste plaats aan dat de eerbiediging van de grondrechten een voorwaarde voor de wettigheid van gemeenschaps-handelingen vormt en dat een bepaling van een richtlijn die de Raad in strijd met het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen zou hebben vastgesteld, onwettig zou zijn. Echter, in de daarop volgende de toetsing, in het bijzonder van de rechtvaardiging, is het grondrechtelijke karakter van het verbod ver te zoeken. Bij het realiseren van de doelstellingen – het vrije verkeer van artsen en een hoog niveau van bescherming van de volksgezondheid – moet de gemeenschapswetgever over een ruime beoordelingsvrijheid kunnen beschikken. Wat de wetgever 'redelijkerwijze' aan maatregelen als passend kon achten, was voldoende om de rechtvaardigingstoets te doorstaan. De uiterst marginale toetsing verbaast, te meer omdat, als het om nationale maatregelen gaat, het Hof geen genoegen neemt met 'eenvoudige algemene verklaringen' die moeten aantonen dat de middelen geschikt zijn om het nagestreefde doel te bereiken.<sup>44</sup> Het lijkt er eerder op dat in de zaak *Rinke* ex post facto naar rechtvaardigingen is gezocht, terwijl het bij de gemeenschapswetgever hoogstwaarschijnlijk niet eens is opgekomen dat er mogelijkere wijs sprake zou kunnen zijn van indirecte sekse-discriminatie, laat staan dat de wetgever, zoals het betaamt, een weloverwogen en gemotiveerd besluit heeft genomen. De ruime beoordelingsvrijheid doet aan een dergelijke verplichting niets af.

Na deze 'hoog constitutionele' aangelegenheden snijden we nog enkele onderwerpen aan die de sleutel bieden voor de handhaving en rechtstoepassing van gemeenschapsrecht in de nationale rechtsorde. Een thema dat in dit verband een aantal malen terugkeert, is of de desbetreffende instanties door het gemeenschapsrecht verplicht worden iets te doen, waartoe zij naar nationaal (constitutioneel) recht niet bevoegd zijn.

### Over verplichtingen van bestuursorganen en formele rechtskracht

Nationale bestuursorganen zijn verplicht de eerbiediging van de regels van gemeenschapsrecht te verzekeren, het gemeenschapsrecht toe te passen, alle maatregelen te nemen om de volledige doorwerking van het gemeenschapsrecht te vergemakkelijken, etc. etc. Soms voegt het Hof eraan toe 'in de uitoefening van hun bevoegdheden'. Soms staat het er niet en het is voorts onduidelijk waarnaar deze zinsnede verwijst. Bevoegdheden *ratione materiae* of bevoegdheden in de zin van wat kan een bestuursorgaan 'naar constitutionele verhoudingen maken'? Toch legt het gemeenschapsrecht de nationale organen soms verplichtingen op waaraan zij moeten voldoen, zonder daartoe per definitie volgens het nationale recht bevoegd te zijn. In Nederland krijgt dit probleem met zekere regelmaat de aandacht, soms onder de noemer van de 'halve legaliteit'. Daarmee doelt men, kort gezegd, op een situatie waarin de materiële taakopdracht uit het gemeenschapsrecht voortvloeit, maar de noodzakelijke bevoegdheidstoekenning, dat wil zeggen het scheppen van de institutionele grondslag, niet heeft plaatsgehad. Volgens sommigen lijkt deze bevoegdheidstoekenning vooralsnog nodig omdat de nationale organen geen gemeenschapsorganen zijn. Anderen verdedigen minder orthodoxe gezichtspunten en menen dat nationale bestuursorganen rechtstreeks bevoegdheden kunnen ontleenen aan het Europese recht.<sup>45</sup>

37. Zaak C-112/00, arrest van 12 juni 2003, *SEW* 2003, p. 392 (m.nt. Van den Oosterkamp).
38. Zaak -50/96, *Jur.* 2000, p. I-743.
39. C-368/95, *Jur.* 1997, p. I-3689.
40. Vgl. zaak C-256/01 Allonby, arrest van 13 januari 2004, r.o. 65.
41. Zaak 25/02, arrest van 9 september 2003.
42. Het een en ander vloeide voort uit artikel 5 van richtlijn 86/457 (opleiding in de huisartsgeneeskunde), *PbEG* 1986, L 267/ 26, en van artikel 34 van richtlijn 93/16/EEG van de Raad van 5 april 1993 ter vergemakkelijking van het vrije verkeer van artsen en de onderlinge erkenning van hun diploma's, *PbEG* 1993, L 165/1.
43. Dit is een aardig voorbeeld hoe, vanuit het nationale constitutionele recht, de naleving van de 234-procedure kracht kan worden bijgezet.
44. Vergelijk de eveneens recente zaak C-187/00 Kutz-Bauer, arrest van 20 maart 2003, *SEW* 2003, p. 449 (m.nt. Foubert). Zie voorts ook de conclusie van A-G Geelhoed in *Rinke* (6 februari 2003), die ook tot een andere slotsom komt.
45. Zie voor deze vraagstukken o.a. J.H. Jans e.a., *Inleiding tot het Europees bestuursrecht*, 2002, p. 46-53; E. Steyger, *Wringend recht. Doorwerking van gemeenschapsrecht bezien vanuit het perspectief van de nationale overheid*, Alphen a/d Rijn 1996 en, recentelijk, W.J.M. Voermans, *Toedeling van bevoegdheid, oratie* Universiteit Leiden, Den Haag 2004.



Een van de klassieke situaties waarin een dergelijke constitutioneel probleem zich voordoet, is wanneer van een bestuursorgaan verlangd wordt om (formele) wetgeving buiten toepassing te laten, omdat de laatste in strijd is met het gemeenschapsrecht. Naar nationaal constitutioneel recht bestaat een dergelijke bevoegdheid in beginsel niet. In tegendeel, het bestuur moet gewoon de wet toepassen. Dat dit niet louter een Nederlands probleem is, blijkt uit de prejudiciële verwijzing van de Tribunale amministrativo regionale per il Lazio in de zaak *CIF*, waarin het Hof op 9 september 2003 arrest heeft gewezen.<sup>46</sup> Volgens dit arrest vereist de voorrang van het gemeenschapsrecht dat nationale wettelijke bepalingen die in strijd zijn met een gemeenschapsregel, buiten toepassing worden gelaten. De verplichting om zo'n nationale wet buiten toepassing te laten, geldt niet alleen voor de rechter, maar voor alle overheidsorganen, met inbegrip van bestuursorganen. In casu ging het om de verplichting van de Italiaanse mededingingsautoriteit om nationale wettelijke bepalingen aan 'de nieuwe norm' te toetsen. In Euro-spraak duidt men met de 'nieuwe norm' aan een koppeling van artikel 3, sub g, artikel 10 en de artikelen 81 en 82 EG-Verdrag, hetgeen meebrengt 'dat de Lid-

al, min of meer een jaar eerder, door de Hoge Raad werd aangenomen.<sup>51</sup> Toch zijn er een paar rafels.<sup>52</sup> Onder bepaalde omstandigheden is een bestuursorgaan, op grond van artikel 10 EG, verplicht een definitief geworden besluit opnieuw te onderzoeken, teneinde rekening te houden met de uitlegging die het Hof inmiddels aan de relevante bepaling van gemeenschapsrecht heeft gegeven. De omstandigheden zijn de volgende: het bestuursorgaan is, naar nationaal recht, bevoegd om op het besluit terug te komen; het in geding zijnde besluit is definitief geworden ten gevolge van een uitspraak van een nationale rechterlijke instantie waarvan de beslissingen niet vatbaar zijn voor hoger beroep; deze uitspraak, gelet op latere rechtspraak van het Hof, berust op een onjuiste uitlegging van het gemeenschapsrecht, gegeven zonder dat het Hof verzocht is om een prejudiciële beslissing, en de betrokkene heeft zich tot het bestuursorgaan gewend, onmiddellijk na van de latere rechtspraak van het Hof kennis te hebben genomen. Het laatste element geeft aan dat er geen algemene verplichting bestaat om definitief geworden besluiten terug te draaien. Een ander aspect waarmee blijkens het arrest rekening moet worden gehouden, maar dat niet in het

46. Zaak C-198/01, *SEW* 2003, p. 404 (m.nt. Mortelmans), *AB* 2003, nr 387 (m.nt. Steyger).
47. Zaak C-245/91, *Ohra*, *Jur.* 1993, p. I-5851.
48. Vgl. zaak 103/88, *Costanzo*, *Jur.* 1989, p. 1839, die overigens zeker niet onomstreden is.
49. Hoewel er speculaties bestaan t.a.v. artikel 88 Mw. Ook de verordening 1/2003 (decentralisatie toepassing EG-mededingingsrecht) lijkt niet voldoende basis te bieden.
50. Zaak C-453/00, arrest van 13 januari 2004. Voor een bespreking van deze zaak, zie ook J.E.M. Polak, *Kroniek van het algemeen deel van het bestuursrecht*, elders in dit nummer.
51. In de zaak *Maple Tree*, HR 24 januari 2003, *JB* 2003, 44.
52. Zie ook al gevoegde zaken C-397/98 en C-410/98, *Metallgesellschaft*, *Jur.* 2001, p. I-1727. Daarin heeft het Hof onder andere geoordeeld dat van een justitiabele niet gevergd kan worden dat hij een verzoek tot iets indient waarop hij naar nationaal recht geen aanspraak heeft, teneinde vervolgens de weigering van de betrokken autoriteiten met een beroep op het Gemeenschapsrecht aan te kunnen vechten.
53. EHRM 16 april 2002, *Dangeville*, *BNB* 2003/40 (m.nt. Wattel).
54. Overigens nog meer ten onrechte dan Kühne door het CBB. De onderliggende oorzaak was in de zaak *Dangeville* de halstarrige weigering van de Conseil d'Etat om rechtstreekse werking van richtlijnen te erkennen.

### **Wat betekent de uitspraak voor de NMa? Deze zou verplicht zijn nationale wettelijke maatregelen te toetsen aan het Europese mededingingsrecht en bij strijdigheid deze buiten toepassing te laten. Een bevoegdheid heeft de NMa daartoe vooralsnog niet.**

Staten geen maatregelen, zelfs niet van wettelijke of bestuursrechtelijke aard mogen nemen of handhaven die het nuttig effect van de op de ondernemingen toepasselijke mededingingsregels ongedaan kunnen maken'.<sup>47</sup>

Hoewel een dergelijke verplichting niet geheel uit de lucht is komen vallen<sup>48</sup>, maakt het arrest in de zaak *CIF* nog eens duidelijk wat de effecten van de voorangsregels kunnen zijn voor nationale bestuursorganen. Want, in concrete termen, wat betekent de uitspraak voor de NMa? Deze zou verplicht zijn nationale wettelijke maatregelen te toetsen aan het Europese mededingingsrecht en bij strijdigheid deze buiten toepassing te laten. Een bevoegdheid heeft de NMa daartoe vooralsnog niet.<sup>49</sup> Een forse zelfstandiging van een bestuursorgaan voordat het een échte zbo is geworden!

Ook uit het langverwachte arrest in de zaak *Kühne* blijkt dat de verplichting tot toepassing van het gemeenschapsrecht, in beginsel, zeer ver gaat.<sup>50</sup> Indien het Hof van Justitie een bepaalde uitleg heeft gegeven aan communautaire bepalingen, moet het bestuursorgaan de aldus uitgelegde bepalingen toepassen op rechtsbetrekkingen die zijn ontstaan vóór het desbetreffende arrest van het Hof. In de praktijk zal echter niet veel van dit uitgangspunt overblijven. In hetzelfde arrest heeft het Hof namelijk ook erkend dat een bestuursorgaan, op grond van het gemeenschapsrecht, niet verplicht is om op een besluit, dat aldus definitief is geworden, terug te komen. De rechtszekerheid brengt met zich mee dat een besluit dat definitief wordt na het verstrijken van redelijke beroepstermijnen of na uitputting van alle rechtsmiddelen, ook definitief blijft. Met andere woorden, het leerstuk van de formele rechtskracht komt, in principe, zonder kleerscheuren uit de strijd, hetgeen

rijtje van het Hof terugkomt, is dat indien het bestuursorgaan op het besluit terug meent te komen, het niet de belangen van derden mag schaden.

Het arrest is zeer sterk naar de feiten van de zaak toegeschreven en laat derhalve – voorlopig – vele vragen open. Is hier, bijvoorbeeld, sprake van meer algemeen toepasselijke voorwaarden en, zijn deze cumulatief? Kan dit arrest ook doorgetrokken worden naar een situatie waarin een herziening van een rechterlijke uitspraak wordt aangekaart? Kan hier de bevoegdheid tot herziening onder omstandigheden leiden tot een verplichting?

Wij volstaan hier met twee opmerkingen. Ten eerste, er valt een meer algemeen element uit de zaak Kühne te distilleren. Het gaat namelijk om een situatie waarin de justitiabele alle mogelijke wegen heeft bewandeld – een 'ius-vigilantibus'-situatie – en uiteindelijk toch bot ving, omdat de rechter een kleine miscalculatie heeft begaan (CBB deed de zaak af zonder prejudiciële verwijzing). In zoverre is er een zekere parallel met het arrest van het EHRM in de zaak *Dangeville*.<sup>53</sup> Het leerstuk van de kracht van gewijsde, c.q. het beginsel van de 'distinction des contentieux' (de Franse pendant van het leerstuk van de formele rechtskracht) kon in casu de toetsing aan het EVRM niet doorstaan, omdat het de effectuering van *Dangeville's* aan het gemeenschapsrecht ontleende rechten volstrekt belette. Ook hier was sprake van een situatie waarin de justitiabele alle processuele wegen heeft bewandeld, maar door de rechter ten onrechte is heen gestuurd.<sup>54</sup>

Ten tweede, bestuursorganen hebben weliswaar uit het gemeenschapsrecht voortvloeiende plichten (i.c. gemeenschapsrecht toepassen), maar de uitoefening daarvan wordt primair bepaald door het nationale recht (i.c. geldt het leerstuk van formele rechts-

kracht). Wel wordt dit recht op zijn beurt door bepaalde communautaire eisen ingeperkt (i.c. gezien de specifieke omstandigheden alsnog de formele rechtskracht doorbreken). Deze benadering sluit aan bij de gebruikelijke demarche wat procedures voor de nationale rechter betreft: nationale procedurele autonomie die door communautaire eisen (gelijkwaardigheid, effectiviteit/effektieve rechtsbescherming) wordt ingekaderd.<sup>55</sup>

Een bevestiging van het laatste treft men in de eveneens recente zaak *Wells*.<sup>56</sup> Met betrekking tot de vraag over de verplichting om het verzuim van een milieueffectbeoordeling te herstellen, wees het Hof erop dat elk orgaan van een lidstaat, in het kader van zijn bevoegdheden, verplicht is de onwettige gevolgen van een schending van het gemeenschapsrecht ongedaan te maken. Daartoe behoren 'alle noodzakelijke algemene en bijzondere maatregelen', teneinde te verzekeren dat de projecten, waarbij het vereist is, 'be-merd' worden. Tot de bijzondere maatregelen 'behoren met name, binnen de grenzen van het beginsel van procesautonomie van de lidstaten, de intrekking of de opschorting van een reeds verleende vergunning teneinde een beoordeling van de milieueffecten van het betrokken project, zoals bedoeld in richtlijn 85/337, te verrichten.' Indien het laatste niet mogelijk is, kan de lidstaat, als alternatief, de schade, die ten gevolge van het verzuim van een beoordeling van de milieueffecten is ontstaan, vergoeden. De toepasselijke procedurevoorschriften zijn een kwestie van de interne rechtsorde van elke lidstaat, mits zij voldoen aan het gelijkwaardigheids- en het effectiviteitsbeginsel.<sup>57</sup>

Indien men de CIF-zaak enerzijds en Kühne/Wells anderzijds naast elkaar legt, blijft men in lichte verbijstering achter. CIF trekt, zonder pardon, een forse streep door de nationale constitutionele verhoudingen. Nationaal procesrecht wordt daarentegen met fluwelen handschoenen aangepakt.

### Driehoeken als liaisons dangereuses: onoplosbaar?

De Nederlandse (en misschien nog meer de buitenlandse) bestuursrechter en in zekere zin ook bestuursorganen worstelen met enige regelmaat met driehoeksverhoudingen. Dat wil zeggen, met situaties waarin twee (of meer) partijen (A + B) met tegenstrijdige belangen tegenover het bestuur (C) staan. De toepassing van een niet of niet juist omgezette richtlijnbeoordeling, al dan niet na een tussenkomst door de rechter, in het voordeel van partij A, sorteert negatieve gevolgen voor partij B. Een steeds terugkerend probleem is in dit soort situaties hoe deze negatieve gevolgen te verenigen zijn met het verbod van horizontale rechtstreekse werking<sup>58</sup> van richtlijnen.<sup>59</sup>

In de zaak *Wells* werd het Hof een mogelijkheid ge-

boden om over dit vraagstuk klare wijn te schenken. Het schenkt wijn met droesem. *Wells* (A) wil, kort gezegd, dat de Secretary of State (C) de vergunning tot exploitatie van een steengroeve die aan Conygar Quarry (B) is verleend, intrekt of wijzigt, zodat er alsnog een milieueffectbeoordeling kan plaatsvinden.

Volgens het Hof is er niets aan de hand: aan Conygar Quarry worden geen rechten ontnomen. Het rechtszekerheidsbeginsel verzet zich er tegen dat richtlijnen particulieren verplichtingen opleggen. Daarom kan een particulier zich ten aanzien van een lidstaat niet op een richtlijn beroepen wanneer het gaat om een verplichting van de Staat, die rechtstreeks *verbonden is met de uitvoering van een andere, krachtens deze richtlijn op een derde rustende verplichting* (cursivering LB en SP). Echter, *loutere negatieve gevolgen* voor de rechten van derden zijn geen rechtvaardiging om een particulier het recht te ontzeggen een beroep te doen op de richtlijn ten opzichte van de staat. Het concrete geval van mevrouw Wells, namelijk de verplichting om de exploitatie van de steengroeve van Conygar Quarry aan een milieueffectbeoordeling te onderwerpen, is niet rechtstreeks verbonden met de uitvoering van een verplichting die op grond van de mer-richtlijn op de eigenaren van de steengroeve rust.

Het Hof valt hier in wezen terug op het onderscheid tussen (indirecte) nadelige effecten versus rechtstreeks opleggen van plichten.<sup>60</sup> In sommige situaties zal dit onderscheid werken. Waar de grens ligt, blijft echter giswerk.

### Onrechtmatige rechtspraak

In verband met het gezag van gewijsde, het gesloten stelsel van rechtsmiddelen in het strafrecht en een beginsel als *litis finiri oportet* is het in het algemeen slechts in uitzonderlijke gevallen mogelijk om een actie uit onrechtmatige rechtspraak met succes te kunnen aanspannen voor een nationale rechter.<sup>61</sup> De kwestie van onrechtmatige rechtspraak wegens rechterlijk handelen in strijd met het EG-recht zijn twee uitspraken gedaan door het Hof van Justitie.

In *Commissie v. Italië*<sup>62</sup> ging het om een geslaagde inbreukprocedure, omdat Italiaanse rechters in hoogste instantie door vaste rechtspraak<sup>63</sup> in strijd handelden met het Gemeenschapsrecht. De Italiaanse cassatierechter keurde, in zijn wetsuitleg, zodanig strenge bewijsrechtelijke eisen goed, dat het zeer moeilijk of onmogelijk werd een Europeesrechtelijke aanspraak in rechte te verzilveren. Het is overigens voor het eerst dat de Commissie een inbreukprocedure heeft doorgezet wegens onrechtmatig handelen van nationale rechters.

In *Köbler*<sup>64</sup> deed het Hof een belangrijkere uitspraak over onrechtmatige rechtspraak naar EG-recht. In lijn met *Francovich* en *Brasserie du Pêcheur* heeft het

55. Vergelijk ook gevoegde zaken C-430/93 en

C-431/93, Van Schijndel, *Jur.* 1995, p. I-4105: bevoegdheid tot ambtshalve toepassing wordt onder bepaalde omstandigheden plicht.

56. Zaak C-201/02, arrest van 7 januari 2004 (binnenkort in *M&R*, m.nt. Jans). Zie ook *infra*.

57. Dat wil zeggen aan de 'Reve-riedel': de regels mogen niet ongunstiger zijn dan die welke voor soortgelijke nationale situaties gelden en zij mogen de uitoefening van de door het gemeenschapsrecht verleende rechten in de praktijk niet onmogelijk of uiterst moeilijk maken.

58. C.q. het verbod van de omgekeerd verticale wer-

king, dat wil zeggen, dat de overheid de richtlijn toepast ten laste van de particulier.

59. Vgl. hierover, onder andere, R.J.G.M. Widdershoven, 'Geploeter bij de ambtshalve toepassing van EG-recht', *TO* 2003/5.

60. Vergelijk ook het reeds eerder gemaakte onderscheid tussen (indirecte) nadelige effecten versus rechtstreekse aantasting van rechten van de betrokken particulieren in, bijvoorbeeld, zaak C-221/88 (Bussenit), *Jur.* 1990, p. I-495.

61. Over het gesloten stelsel van rechtsmiddelen in het strafrecht en rechtsherstel wegens inbreuk op een EVRM-recht, recentelijk de civiele kamer van de Hoge Raad, HR 31 oktober 2003, r.o. 3.4.1 e.v.

62. Zaak C-129/00, arrest van 9 december 2003, geannoteerd door van den Gronden en Mortelmans in het maantnummer van *Ars Aequi*.

63. Volgens het Hof moest het gaan om een systematische of structurele verschijning, waarbij de hoogste rechter de litigieuze interpretatie niet afwijst, maar juist bevestigt.

64. Zaak C-224/01, arrest van 30 september 2003. Voor een bespreking, mede in verband met de zaak Kühne, zie ook J.E.M. Polak, *Kroniek van het algemeen deel van het bestuursrecht*, elders in dit nummer.



Hof vastgesteld dat ook een uitspraak van een nationale rechter aansprakelijkheid van de lidstaat naar Gemeenschapsrecht kan doen ontstaan. Het Hof trekt de lijn van *Francovich* logisch door naar een actie uit onrechtmatige overheidsdaad voor het handelen van de rechter. Helemaal vanzelfsprekend is dat niet. De wijze waarop het Hof met de argumenten omtrent eerbiediging van gezag van gewijsde omgaat, zal niet iedereen meteen weten te bevredigen. Zo vindt het Hof het bestaan van volkenrechtelijke staatsaansprakelijkheid voor rechterlijk handelen in internationale fora (dat is in zekere zin aan de orde in de genoemde zaak *Commissie v. Italië*), een argument voor overheidsaansprakelijkheid voor de nationale rechter. Dit laatste is in het algemene volkenrecht echter allerminst aan de orde. Het Hof voert ook nog artikel 41 EVRM aan, maar ziet kennelijk over het hoofd dat het ook daar niet gaat om een aanspraak

## Machtenscheiding tussen rechter en wetgever

Een ander belangrijk constitutioneel principe was aan de orde in het *Waterpakt*-arrest van de Hoge Raad. In deze zaak werd gevraagd om een rechterlijk bevel teneinde een formele wet, de Meststoffenwet, in overeenstemming te brengen met de Nitraatrichtlijn.<sup>66</sup> De Hoge Raad stelt vast dat naar nationaal recht het beginsel van machtenscheiding (de Hoge Raad spreekt van 'de verdeling van bevoegdheid van verschillende staatsorganen') er aan in de weg staat dat de rechter treedt in de inherent politieke besluitvorming van de formele wetgever. Dit bevestigt de lijn die in het Tegelen-arrest werd uitgezet.<sup>67</sup> Hier is de machtenscheiding naar Nederlands recht aan de orde die ingeroepen wordt (dus niet, zoals wel eens gedacht wordt, het toetsingsverbod van artikel 120

## Indien men de CIF-zaak enerzijds en Kühne/Wells anderzijds naast elkaar legt, blijft men in lichte verbijstering achter.

die voor een nationale rechter zonder meer geldend te maken is.<sup>65</sup> Ook maakt het Hof zich er vrij makkelijk vanaf door te stellen dat een schadevergoedingsactie wegens onrechtmatig handelen van een hoogste rechterlijke instantie niet een openbreken van het gezag van gewijsde is. Immers, het is noodzakelijk om in een aansprakelijkheidszaak vast te stellen of ten gronde sprake is van onrechtmatigheid, in dit geval strijd met het Gemeenschapsrecht. Wanneer men dus eerder juist op dit punt ongelijk kreeg, dan is er wel degelijk sprake van een heropening van de zaak door het instellen van een aansprakelijkheidsactie. Dat is ook precies wat er gebeurde in *Köbler*. Ook hier dus een relativisering van het gezag van gewijsde, net als in *Kühne*. De eis van een gekwalificeerde schending matigt dit effect. Deze op zich al strenge eis wordt, in het geval van onrechtmatige rechtspraak, nog eens ingekleurd door te verlangen dat er sprake is van kennelijke schending. Als het moet gaan om een dergelijke 'zwaar' gekwalificeerde schending, zullen de gevolgen van *Köbler* misschien meevallen.

Grondwet). De Hoge Raad ontkent dat het Europese recht dit anders maakt en wijst erop dat de volle werking door de rechter aan het EG-recht moet en slechts kan worden gegeven binnen de grenzen van zijn bevoegdheid – de HR wijst er fijntjes op dat ook het Hof van Justitie geen bevel tot wetgeving kan geven. De vraag is natuurlijk of dit, onder verwijzing naar *Francovich* en *Van Schijndel* zoals de Hoge Raad doet, wel een zuivere redenering is. Eerder is de vraag of niet, conform *Simmenthal II en Factortame*, de rechter de nationaalrechtelijke regel over machtenscheiding terzijde had moeten schuiven, nu verdedigbaar is dat deze in de weg staat aan de volle werking van het Gemeenschapsrecht. Voor het stellen van een prejudiciële vraag was ruimte geweest, zoals de advocaat-generaal in zijn conclusie voorstelde. Nu dit niet gebeurd is, terwijl deze vraag *clair* noch *éclairé* is, zou er voor *Waterpakt* c.s. wellicht een mogelijkheid zijn het op basis van *Köbler* nog eens bij een lagere rechter te proberen, als zij daardoor schade zouden hebben geleden. Het achterwege blijven van de prejudiciële vraag is in strijd met artikel 234 EG, maar of er voor de rest sprake zou zijn van een kennelijke en voldoende gekwalificeerde schending, valt te betwijfelen.<sup>68</sup> ■

65. Vergelijk HR 31 oktober 2003, C03/103HR, LJN-nummer AI0351.

66. HR 21 maart 2003, C01/327, LJN-nummer AE 8462.

67. HR 19 november 1999, C98/096HR.

68. Het Hof heeft Nederland wel veroordeeld voor onjuiste implementatie van de richtlijn (C-322/00, *Commissie v. Nederland*, 2 oktober 2003). Het ging echter niet om dezelfde gronden die in *Waterpakt* voor de nationale rechter werden aangevoerd.