

## 1. Inleiding

Bij het afscheid van Sacha Prechal als hoogleraar Europees recht van de Universiteit Utrecht heb ik een ambivalent gevoel. Aan de kant vertrekt een collega hoogleraar met wie ik de afgelopen jaren meer dan uitstekend heb samengewerkt in onderzoek, onderwijs, in het bestuur van het grote Utrechtse onderzoeksprogramma *European Public Law: the Coherence of Legal Orders – EU and its Member States*, en bij de begeleiding van promovendi.<sup>2</sup> In die jaren heb ik veel van Sacha geleerd en ik had het dan ook niet erg gevonden als zij langer in Utrecht was gebleven.

Van de andere kant is het natuurlijk fantastisch dat Sacha is benoemd als Nederlandse rechter in het Hof van Justitie. Hoger kan een hoogleraar Europees recht niet stijgen. Bovendien heeft de benoeming van Sacha als voordeel dat ik mijn wensen over de verdere ontwikkeling van het Europese recht gemakkelijker naar Luxemburg kan communiceren. Uiteraard heb ik niet de illusie dat de nieuwe rechter, laat staan het gehele Hof, deze gedachten zomaar zal overnemen. Maar vragen staat vrij.

Mijn wensenlijstje heeft betrekking op drie onderwerpen van Europees recht, die te maken hebben met het Unierechtelijke beginsel van effectieve rechtsbescherming. Het eerste onderwerp betreft de relatie tussen dit beginsel en het verwante beginsel van effectiviteit of doeltreffendheid (par. 3). Het tweede gaat over de ontwikkeling van een effectief rechtsmiddel voor schendingen van een formeel rechtsbeginsel als de rechten van verdediging (par. 4). Het derde onderwerp betreft de mogelijke uitbouw van het beginsel van effectieve rechtsbescherming tot een beginsel van coherente rechtsbescherming (par. 5). Bij de diverse onderwerpen wordt niet alleen aandacht besteed aan de rechtspraak van het Hof van Justitie, maar ook – zij het in beperkte mate - aan die van het EHRM en de Nederlandse bestuursrechter. Voordat aan de concrete onderwerpen wordt toegekomen, wordt eerst het beginsel van effectieve rechtsbescherming kort besproken (par. 2).

## 2. Beginsel van effectieve rechtsbescherming

Het Hof heeft het beginsel van effectieve rechtsbescherming (of daadwerkelijke rechterlijke bescherming) als algemeen beginsel van Unierecht in 1986 erkend in de zaak *Johnston*.<sup>3</sup> Het beginsel vloeit voort uit de gemeenschappelijke constitutionele tradities van de lidstaten en is neergelegd in de artikelen 6 en 13 van het EVRM en in het daarmee corresponderende artikel 47 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie. Zoals bekend is het Handvest ook bindend voor de lidstaten wanneer zij het recht van de Unie ten uitvoer brengen en heeft het dezelfde juridische

---

<sup>1</sup> Prof. mr. R.J.G.M. Widdershoven is als hoogleraar Europees bestuursrecht verbonden aan de Universiteit Utrecht.

<sup>2</sup> Vergelijk inmiddels, Maartje Verhoeven, *The Costanzo Obligation. The Obligation of National Administrative Authorities in the Case of Incompatibility between National Law and European Law*, Ius Commune Europaeum Series, no. 93, Intersentia: Antwerp 2011.

<sup>3</sup> Zaak 222/84 (*Johnston*), *Jur.* 1986, p. 165.

waarde als de Verdragen.<sup>4</sup> Sinds de zaak *Johnston* heeft het Hof het beginsel verder ontwikkeld. Thans stelt het beginsel eisen aan de nationale rechtsbescherming in Unierechtelijke zaken voor wat betreft:<sup>5</sup>

- *De toegang tot de rechter*: in beginsel moet een ieder die rechten kan ontlenen aan het Unierecht toegang hebben tot de rechter ten einde de handhaving van deze rechten te kunnen afdwingen. Deze eis kan ertoe nopen dat een lidstaat de nationale kring van beroepsgerechtigden moet verruimen.<sup>6</sup> De toegang tot de rechter is overigens niet absoluut, maar kan – volgens het Hof in de zaak *Alassini* - worden beperkt mits deze beperkingen ‘werkelijk beantwoorden aan de doeleinden van algemeen belang die met de betrokken maatregel worden nagestreefd, en, het nagestreefde doel in aanmerking genomen, geen onevenredige en onduidbare ingreep impliceren, waardoor de gewaarborgde rechten in hun kern worden aangetast’.<sup>7</sup> Verder bepaalt artikel 47, lid 3, Handvest dat de lidstaten, voor zover dat noodzakelijk is om de daadwerkelijke toegang tot de rechter te waarborgen, ‘rechtsbijstand verlenen aan degene die niet over toereikende financiële middelen beschikken’. Deze rechtsbijstand kan – volgens het Hof in de zaak *DEB* - zowel (gratis) bijstand door een advocaat als de vrijstelling van betaling van proceskosten behelzen en ook de verlening van rechtsbijstand aan rechtspersonen is op grond van artikel 47 in beginsel niet uitgesloten.<sup>8</sup>

- *De kwaliteit van het proces bij de rechter en de rechterlijke instantie*: het proces bij de rechter moet voldoen aan de beginselen van een eerlijk proces (fair trial),<sup>9</sup> redelijke termijn en openbaarheid.<sup>10</sup> Verder moet de rechterlijke instantie om het beginsel van effectieve rechtsbescherming te waarborgen voldoen aan meer institutionele criteria als een wettelijke grondslag, een permanent karakter, verplichte rechtsmacht, het doen van een uitspraak na een procedure op tegenspraak, het toepassen van rechtsregels en onafhankelijkheid en onpartijdigheid.<sup>11</sup>

- *De beschikbare rechtsmiddelen*: de rechter moet beschikken over rechtsmiddelen (‘remedies’), waarmee schendingen van Unierecht kunnen worden gerepareerd.<sup>12</sup> Daartoe behoren in elk geval de mogelijkheid om een voorlopige voorziening te treffen totdat de bevoegde rechter zich in de hoofdzaak heeft uitgesproken over de verenigbaarheid van een nationale regeling met het Unierecht en de mogelijkheid om de staat aansprakelijk te stellen voor schade als gevolg van schendingen van

---

<sup>4</sup> Zie uitdrukkelijk HvJEU 22 december 2010, zaak C-279/09 (*DEB* – Deutsche Energiehandels- und Beratungsgesellschaft), n.n.g..

<sup>5</sup> Zie over deze eisen meer uitvoerig, J.H. Jans, R. de Lange, S. Prechal, R.J.G.M. Widdershoven, *Europeanisation of Public Law*, Groningen: Europa Law Publishing 2007, p. 49-54; R.J.G.M. Widdershoven, *Johnston*, in: T.W.B. Beukers, H.J. van Harten & S. Prechal, *Het recht van de Europese Unie in 50 klassieke arresten*, Den Haag: BJu, p. 172-177.

<sup>6</sup> Gevoegde zaken C-87-89/90 (*Verholen e.a.*), *Jur.* 1991, p. I-3757; zaak C-13/01 (*Safalero*), *Jur.* 2003, p. I-8679; zaak C-174/02 (*Streekgewest Westelijk Noord-Brabant*), *Jur.* 2005, p. I-85; HvJEU 8 maart 2011, zaak C-240/09 (*Lesoochranárke zoskupenie*), n.n.g.

<sup>7</sup> Gevoegde zaken C-317-320/08 (*Alassini*), n.n.g.

<sup>8</sup> HvJEU 22 december 2010, zaak C-279/09 (*DEB*), n.n.g., waarin specifieke factoren worden vermeld die de nationale rechter zal moeten afwegen bij het al dan niet verlenen van rechtsbijstand.

<sup>9</sup> Zaak C-276/01 (*Steffensen*), *Jur.* 2001, p. I-3735; zaak C-450/06 (*Varec*), *Jur.* 2008, p. I-581.

<sup>10</sup> Vergelijk inmiddels ook artikel 47, lid 2, Handvest.

<sup>11</sup> Zaak C-506/04 (*Wilson*), *Jur.* 2006, p. I-8613.

<sup>12</sup> Zo ook Jans e.a. 2007, p. 51-53; W. van Gerven, ‘Of Rights, Remedies and Procedures’, *CMLRev.* 2000, p. 501-536; S. Prechal, *Directives in EC Law*, Oxford 2005, p. 169-170; , K. Lenaerts, ‘The Rule of Law and the Coherence of the Judicial System of the European Union’, *CMLRev.* 2007, 44, p. 1625-1659.

Unierecht.<sup>13</sup> Overigens is het Hof terughoudend bij het aan de lidstaten voorschrijven van rechtsmiddelen die in het recht van een lidstaat niet beschikbaar zijn. Zo blijkt uit de zaak *Unibet* dat de lidstaten alleen moeten voorzien in een zelfstandig beroep tegen nationale wettelijke voorschriften die onverenigbaar zijn met het Unierecht, indien er binnen de nationale rechtsorde geen andere (indirecte) effectieve rechtswegen bestaan waarin deze onverenigbaarheid incidenteel kan worden beoordeeld.<sup>14</sup>

De invulling die het Hof geeft aan deze aspecten van het beginsel van effectieve rechtsbescherming wordt sinds 2000 vrij nauwkeurig en expliciet afgestemd op de rechtspraak van het EHRM.<sup>15</sup> De afstemming is ook het uitgangspunt van artikel 52, lid 3, Handvest, waarin wordt bepaald dat inhoud en reikwijdte van rechten van het Handvest die corresponderen met EVRM-rechten – zoals artikel 47 Handvest – dezelfde zijn als die welke er door het EVRM worden toegekend. Volgens de toelichting worden inhoud en reikwijdte daarbij niet alleen bepaald door de tekst van het EVRM, maar met name ook door de jurisprudentie van het EHRM. Overigens bepaalt artikel 52, lid 3, Handvest ook expliciet dat het recht van de Unie een ruimere bescherming kan bieden dan het EVRM.

### 3. De verhouding tussen effectieve rechtsbescherming en effectiviteit

Het beginsel van effectieve rechtsbescherming is niet het enige Unierechtelijke beginsel dat eisen stelt aan de nationale rechtsbescherming in Unierechtelijke zaken. Daarnaast worden dergelijke eisen ook gesteld door de bekende Rewe-beginselen van gelijkwaardigheid en effectiviteit (of doeltreffendheid).<sup>16</sup> Het eerstgenoemde beginsel verbiedt de procesrechtelijke discriminatie van op het Unierecht gebaseerde vorderingen vergeleken met louter nationale vorderingen en heeft aldus een duidelijk eigen invalshoek. Op dit beginsel wordt in deze bijdrage niet verder ingegaan

De verhouding tussen het beginsel van effectieve rechtsbescherming en het beginsel van effectiviteit – op grond waarvan het nationale procesrecht de effectuering van het Unierecht niet uiterst moeilijk of onmogelijk mag maken – roept wel vragen op. Bezieet men de rechtspraak van het Hof over beide beginselen, dan lijkt het Hof de laatste jaren zoekende naar een juiste verhouding tussen beide.<sup>17</sup> In sommige uitspraken toetst het Hof de toepassing van een nationale procesrechtelijke belemmering in een Unierechtelijke zaak alleen aan het beginsel van effectieve rechtsbescherming, in andere alleen aan het beginsel van effectiviteit en in weer andere uitspraken aan beide. Is dat laatste het geval, dan lijkt het sommige uitspraken de toetsing aan het beginsel van effectieve rechtsbescherming het meest indringend en gaat de toetsing aan effectiviteit daarin als het ware op.<sup>18</sup> In andere uitspraken lijkt

---

<sup>13</sup> Zaak C-432/05 (*Unibet*), *Jur.* 2007, p. I-2271 (voorlopige voorziening); gevoegde zaken C-6/90 en C-9/90 (*Francovich*), *Jur.* 1991, p. I-5357 (aansprakelijkheid); gevoegde zaken C-46/93 en C-48/93 (*Brasserie du Pêcheur*), *Jur.* 1996, p. I-1029 (aansprakelijkheid).

<sup>14</sup> Zaak C-432/05, *Unibet*, *Jur.* 2007, p. I-2271, punt 41.

<sup>15</sup> Zaak C-276/01 (*Steffensen*), *Jur.* 2001, p. I-3735.

<sup>16</sup> Zaak 33/76 (*Rewe*), *Jur.* 1976, p. 1989.

<sup>17</sup> Vergelijk voor navolgende ook Sacha Prechal & Rob Widdershoven, 'Effectiveness of Effective Judicial Protection: a Poorly Articulated Relationship', in: Tristan Baumé *et al* (eds.), *Today's Multi-layered Legal Order: Current Issues and Perspectives* (Liber Amicorum Arjen Meij), Zutphen: Paris Legal Publishers 2011, p. 283-296.

<sup>18</sup> Zaak C-432/05 (*Unibet*), *Jur.* 2007, p. I-2271

juist het omgekeerde het geval.<sup>19</sup> In weer andere staan beide beginselen naast elkaar,<sup>20</sup> maar is het onduidelijk wat de toetsing aan ene beginsel toevoegt aan die aan het andere.

Door deze weinig consistente lijn is niet altijd duidelijk of een onderdeel van nationaal procesrecht door het Hof beoordeeld zal worden in het licht van effectiviteit of van effectieve rechtsbescherming. Zo baseert het Hof de eis dat in Unierechtelijke zaken het rechtsmiddel van voorlopige rechtsbescherming dient te bestaan in de zaak *Factortame* op het effectiviteitsbeginsel, maar in de zaak *Unibet* op het beginsel van effectieve rechtsbescherming.<sup>21</sup> Verder beoordeelt het Hof de Unierechtelijke toelaatbaarheid van sommige procesrechtelijke belemmeringen, bijvoorbeeld de toepassing van fatale beroepstermijnen, in het licht van effectiviteit,<sup>22</sup> terwijl zij betrekking hebben op de toegang tot de rechter en beoordeling in het licht van effectieve rechtsbescherming derhalve meer in de rede zou hebben gelegen. Daardoor bestaat bovendien een verschil in benadering met het EHRM, dat deze kwestie wel beoordeelt in het licht van het recht op toegang tot de rechter als onderdeel van het beginsel van effectieve rechtsbescherming van artikel 6 EVRM. Dit kan ertoe leiden dat de toelaatbaarheid van dezelfde beroepstermijn door het Hof van Justitie anders wordt beoordeeld dan door het EHRM.<sup>23</sup> Kortom, de rechtspraak van het Hof over de relatie tussen beide beginselen is niet uitgekristalliseerd en daardoor onvoorspelbaar.

Volgens mij kan het anders en beter. Daartoe zou het Hof eerst en vooral moeten erkennen dat beide beginselen een andere focus hebben. Het beginsel van effectieve rechtsbescherming betreft een fundamenteel recht dat nauw verbonden is met de rechtsstaat. Het beginsel is neergelegd in artikel 47 Handvest en in de artikelen 6 en 13 van het EVRM. Daardoor stelt het rechtsstatelijke behoorlijkheidseisen aan de rechtsbescherming op zich en is het niet Uniespecifiek, ook al kan het Hof aan het beginsel in Unierechtelijke zaken wel een eigen invulling geven. Het beginsel van effectiviteit is - evenals het beginsel van gelijkwaardigheid - een specifiek Unierechtelijk beginsel. Het heeft als primaire focus de effectuering van het materiële Unierecht te verzekeren. Daarom wordt het beginsel ook buiten het terrein van de rechtsbescherming toegepast en kan het de bescherming van burger ook beperken ten gunste van de effectuering van het Unierecht. Zo ligt het beginsel mede aan de basis van de doelgebonden handhavingsplicht van het Unierecht in de lidstaten en beperkt het beginsel de werking van nationale beginselen in Unierechtelijke zaken, zoals het vertrouwensbeginsel.<sup>24</sup>

---

<sup>19</sup> Zaak C-268/06 (*Impact*), *Jur.* 2008, p. I-2483; zaak C-63/08 (*Pontin*), n.n.g.

<sup>20</sup> Gevoegde zaken C-317-320/08 (*Alassini*), n.n.g.

<sup>21</sup> Zaak C-213/89 (*Factortame*), *Jur.* 1990, p. I-2433; zaak C-432/05 (*Unibet*), *Jur.* 2007, p. I-2271, punt 77.

<sup>22</sup> Zaak 33/76 (*Rewe*), *Jur.* 1976, p. 1989.

<sup>23</sup> Vergelijk zaak C-406/08 (*Uniplex*), *Jur.* 2010, p. I-@@@ - waarin een Engelse beroepstermijn in strijd wordt geacht met het effectiviteitsbeginsel - met EHRM 5 juli 2001, Appl. 41671/98 - waarin dezelfde beroepstermijn in overeenstemming met artikel 6 EVRM wordt geacht. Zie Mariolina Eliantonio, 'Sed Fugit Interea Fugit Irreparabile Tempus - Time Limits under English Law', [2010/2] *REALaw*, p. 89-98.

<sup>24</sup> Zie zaak 68/88 (*Griekse maïs*), *Jur.* 1989, p. 2965, voor de betekenis van het beginsel van effectiviteit voor de handhavingsplicht, en gevoegde zaken 205-215/82 (*Deutsche Milchkontor*), *Jur.* 1983, p. 2633, en zaak C-24/95 (*Alcan*), *Jur.* 1997, p. I-1591, voor de beperking door het beginsel van effectiviteit van de werking van het nationale vertrouwensbeginsel.

Vanwege de rechtsstatelijke focus moet de rechtsbescherming in Unierechtelijke zaken altijd voldoen aan het beginsel van effectieve rechtsbescherming. Het beginsel omvat de diverse rechten die in paragraaf 2 worden vermeld, en die inmiddels ook worden gegarandeerd door artikel 47 Handvest (en de daarmee corresponderende artikelen 6 en 13 EVRM). Nationale processuele belemmeringen in Unierechtelijke zaken die raken aan deze rechten, bijvoorbeeld ook de toelaatbaarheid van fatale beroepstermijnen, moeten door het Hof primair worden getoetst aan het beginsel van effectieve rechtsbescherming, zoals dat in artikel 47 Handvest is neergelegd, en niet – tenzij daarvoor met het oog op de effectuering van een materieel Unierecht een bijzondere reden bestaat (zie hierna) – aan het beginsel van effectiviteit. De hier bepleitte lijn is in overeenstemming met de uitspraak van het Hof in de recente zaak *DEB*.<sup>25</sup> In die zaak converteert het Hof de prejudiciële vraag van een Duitse rechter of de weigering van rechtsbijstand in een Unierechtelijke zaak in strijd is met het beginsel van effectiviteit in de vraag of de weigering in strijd is met het in artikel 47 Handvest neergelegde beginsel van effectieve rechtsbescherming. Terecht, want deze vraag betreft primair de toegang tot de rechter als fundamenteel recht en niet de effectuering van een materieel Unierecht.

Zoals dat thans al gebeurt, stemmen het Hof en het EHRM de inhoud van het beginsel van effectieve rechtsbescherming – of te wel van artikel 47 Handvest en de artikelen 6 en 13 EVRM - op elkaar af. Daarbij lijkt het mij verstandig dat het Hof terughoudend is bij het bieden van een ruimere bescherming in het kader van artikel 47 Handvest dan het EHRM in het kader van de artikelen 6 en 13 EVRM (ook al staat artikel 52, derde lid, Handvest dit toe). Daardoor wordt voorkomen dat binnen de lidstaten van de EU twee standaarden voor effectieve rechtsbescherming gaan gelden, één in Unierechtelijke zaken en één in nationale zaken (maar binnen de reikwijdte van de artikelen 6 en 13 EVRM). Bovendien zie ik geen goede reden waarom er vanuit de optiek van effectieve rechtsbescherming als fundamenteel recht hogere eisen zouden moeten gelden voor de rechtsbescherming in Unierechtelijke zaken dan in andere zaken.

Het voorgaande heeft tot gevolg dat de rol van het effectiviteitsbeginsel bij de toetsing van nationale procesrechtelijke belemmeringen in Unierechtelijke zaken aanzienlijk wordt teruggedrongen. Helemaal uitgespeeld is het beginsel echter niet. Mijn inziens kan het door het Hof nog worden toegepast wanneer er op een specifiek terrein van het Unierecht – bijvoorbeeld staatssteun, mededinging of aanbesteding - goede redenen zijn om met het oog op de effectuering van materiële Unierecht op dat terrein eisen aan de rechtsbescherming te stellen die verder gaan dan de eisen op grond van het beginsel van effectieve rechtsbescherming. Soms worden dergelijke verdergaande eisen ook voorgeschreven door de secundaire Unieregelgeving.<sup>26</sup> Een dergelijke toepassing van het effectiviteitsbeginsel is in lijn met de focus ervan, de verzekering van de effectuering van het materiële Unierecht.

Wordt de hier bepleitte lijn gevolgd, dan geldt binnen Europa in principe één beginsel van effectieve rechtsbescherming dat door beide Europese hoven bij voorkeur op gelijke wijze wordt ingevuld. Aldus wordt in heel Europa, zowel in Unierechtelijke

---

<sup>25</sup> HvJEU 22 december 2010, zaak C-279/09 (*DEB*), n.n.g.

<sup>26</sup> Bijvoorbeeld op het terrein van aanbesteding, in de Algemene Rechtsbeschermingsrichtlijn 89/665, zoals onlangs aangescherpt door de richtlijn 2007/66. Zie hierover A.W.G. Buijze & R.J.G.M. Widdershoven, 'Rechtsbescherming bij de competitieve verdeling van schaarse publieke rechten in het licht van het Unierecht', in: F.J. van Ommeren e.a. (red.), *Schaarse publieke rechten*, Den Haag: BJu 2011, p. 411-432.

als in andere zaken, een adequaat niveau van rechtsbescherming gegarandeerd. Voor zover het Hof met het oog op de effectuering van het Unierecht op specifieke terreinen het stellen van extra eisen aan de rechtsbescherming noodzakelijk acht, kan het deze baseren op het beginsel van effectiviteit.

#### **4. Een effectief rechtsmiddel bij de schending van de rechten van verdediging**

Een belangrijk beginsel van Unierecht is het beginsel van eerbiediging van de rechten van verdediging.<sup>27</sup> De kern van het beginsel is het recht van de burger om door het bestuur te worden gehoord alvorens dat tegen hem een bezwarend besluit kan nemen. Ter effectuering van het recht om gehoord te worden omvat het beginsel ook een aantal subrechten, zoals het recht op voldoende tijd om het horen voor te bereiden en het recht op toegang tot het dossier. Het beginsel heeft volgens het Hof in de zaak *Dokter* de status van een fundamenteel recht.<sup>28</sup> Bovendien wordt het in artikel 41 Handvest uitdrukkelijk erkend als beginsel van goed bestuur. Het beginsel geldt niet alleen voor de instellingen van de Unie, maar ook voor de administratieve overheden van de lidstaten, wanneer zij besluiten nemen die ‘binnen de werkingssfeer van het Unierecht vallen’.<sup>29</sup>

Ondanks het fundamentele belang van het beginsel hoeft schending ervan volgens het Hof niet zonder meer te leiden tot een vernietiging van het bestreden besluit. Dit is alleen noodzakelijk als de bestuurlijke procedure, ware het beginsel niet geschonden, materieel tot een ander resultaat had kunnen leiden.<sup>30</sup> In de praktijk leidt deze lijn ertoe dat de Europese rechter geen consequenties verbindt aan bestuurlijke schendingen van het beginsel, als in de rechterlijke procedure, waarin het beginsel wel wordt nageleefd, komt vast te staan dat het besluit materieel correct is.

Deze benadering is op zich begrijpelijk. Waarom zou de rechter een besluit wegens schending van de rechten van verdediging vernietigen als naleving van het beginsel niet tot een ander besluit zou hebben geleid. Bovendien schiet de burger met een vernietiging weinig op, omdat het bestuur bij het opnieuw voorzien met inachtneming van de rechten van verdediging inhoudelijk hetzelfde besluit kan nemen.

Wel bestaat door deze benadering het gevaar dat het beginsel zelf dreigt te worden uitgehold. In dit verband kan worden gewezen op de rechtspraak van het gerechtshof Amsterdam over de niet-naleving door de douane van het recht om te worden gehoord bij het nemen van bezwarende douanebesluiten.<sup>31</sup> In deze rechtspraak erkent de rechter weliswaar dat de douane hierdoor de rechten van verdediging als fundamenteel beginsel van Unierecht heeft geschonden. Aan de schending wordt echter voorbij gegaan omdat de betrokkene hierdoor niet in zijn verdedigingsbelangen is geschaad,<sup>32</sup> aangezien hij bij de rechter zijn zienswijze wel schriftelijk en mondeling naar voren heeft kunnen brengen. Vervolgens gaat het gerechtshof over tot een inhoudelijke beoordeling van het besluit. Deze beoordeling

---

<sup>27</sup> Vergelijk Jans e.a. 2007, p. 187-195.

<sup>28</sup> Zaak 28/05 (*Dokter*), *Jur.* 2006, p. I-@@@.

<sup>29</sup> Zaak C-349/07 (*Sopropé*), *Jur.* 2008, p. I-@@@.

<sup>30</sup> Zaak 30/78 (*Distillers Company*), *Jur.* 1980, p. 2229. Zie bijvoorbeeld zaak T-237/00 (*Reynolds*), *Jur.* 2005, p. II-1731, en zaak T-290/97 (*Mehibas*), *Jur.* 2000, p. II-15.

<sup>31</sup> Zie onder meer Hof Amsterdam 4 maart 2010, LJN: BL6952.

<sup>32</sup> Zie overigens Hof Amsterdam 21 april 2011, LJN: BQ2794, waarin de verdedigingsbelangen van betrokkene wel daadwerkelijk zijn geschaad – omdat hij geen onderzoek heeft kunnen doen naar de verklaringen van Portugese douane, waarop het bestreden besluit is gebaseerd – en het hof het bestreden douanebesluit wel vernietigd wegens schending van de rechten van verdediging.

kan ertoe leiden dat het besluit wordt vernietigd, omdat het ook materieel onjuist is. Op de bestuurlijke schending van de rechten van verdediging als zodanig staat echter veelal geen ‘sanctie’.

Deze handelwijze is niet in strijd met de rechtspraak van het Hof van Justitie en is, zoals hiervoor al gesteld, ook begrijpelijk. Tegelijkertijd is zij voor de douane geen stimulans om de rechten van verdediging in de primaire fase wel serieus na te leven. Waarom zou men dat doen als schendingen van het beginsel als zodanig door de rechter veelal niet worden gesanctioneerd? Aldus dreigt een rechtsbeginsel dat volgens het Hof een fundamentele status heeft, te worden uitgehold.

Om dit te voorkomen moet het Hof van Justitie volgens mij een effectief rechtsmiddel ontwikkelen voor schendingen van de rechten van verdediging door het Europese of nationale bestuur, die geen materiële consequenties hebben. Daarbij kan het inspiratie zoeken bij de rechtspraak van het EHRM, betreffende schendingen van de redelijke termijn van artikel 6 EVRM door bestuur of rechter. Deze schendingen hebben, evenals schendingen van de rechten van verdediging, op zich niet tot gevolg dat het besluit of de uitspraak inhoudelijk incorrect is. Een vernietiging van het besluit of de uitspraak vanwege deze schendingen is daarom niet zinvol.<sup>33</sup>

Om toch te voldoen aan het vereiste van een effectief rechtsmiddel als bedoeld in artikel 13 EVRM moeten de lidstaten – volgens vaste rechtspraak van het EHRM – bij schendingen van de redelijke termijn in elk geval voorzien in een vorm van compensatie achteraf.<sup>34</sup> Bij zaken waarin de vaststelling van strafsancties (*criminal charge*) aan de orde is, kan de compensatie plaatsvinden door een reductie van de straf. Bij andere besluiten moeten de lidstaten voorzien in de mogelijkheid van schadevergoeding. Deze vergoeding betreft eventuele materiële schade, maar vooral ook immateriële schade. Bij de vaststelling van de immateriële schade geldt als vooronderstelling dat de overschrijding van de redelijke termijn bij de betrokken burger tot spanning en frustratie heeft geleid. Voor de hoogte van de vergoeding, die op basis van dit zogenoemde ‘spanning-en-frustratie-criterium moet worden toegekend, biedt de rechtspraak van het EHRM maatstaven en criteria die door de nationale rechter nader kunnen worden uitgewerkt.<sup>35</sup>

Het beginsel van eerbiediging van de rechten van verdediging is qua fundamenteel karakter vergelijkbaar met het beginsel van de redelijke termijn.<sup>36</sup> Beide zijn als beginsel van behoorlijk bestuur gecodificeerd in artikel 41 Handvest. Daarom zou het Hof van Justitie deze vorm van compensatie ook moeten toepassen – en aan de lidstaten moeten voorschrijven – bij schendingen van de rechten van verdediging.<sup>37</sup>

<sup>33</sup> Aldus ook het Hof van Justitie in zaak C-385/07 P (Der Grüne Punkt), Jur. 2009, p. I-@@@

<sup>34</sup> EHRM 26 oktober 2000 (Kudla), *EHRC* 2000/89, m.nt. van der Velde; *AB Klassiek* 2009, nr. 34, met commentaar Barkhuysen; EHRM 11 september 2002 (Mifsud), *EHRC* 2002/92, m.nt. van der Velde. Het EHRM heeft overigens de voorkeur voor een (preventief) rechtsmiddel waarmee de procedure kan worden versneld, zodat schendingen van de redelijke termijn worden voorkomen.

<sup>35</sup> EHRM 29 maart 2006 (Scordino), *EHRC* 2006/61, m.nt. van der Velde, en EHRM 29 maart 2006 (Pizzati), *JB* 2006/134, m.nt. Jansen.

<sup>36</sup> Zie ook het pleidooi van Tom Barkhuysen, ‘Smartengeld bij schending van mensenrechten’, *NJB* 2011/11, 566, p. 667, om immateriële schadevergoeding toe te kennen bij schending van alle fundamentele rechten.

<sup>37</sup> Een dergelijke compensatie zou door het Hof van Justitie ook moeten worden toegepast bij de vaststelling van schadevergoeding wegens schendingen van de redelijke termijn door de Unierechter. Vergelijk zaak C-385/07 P (Der Grüne Punkt), Jur. 2009, p. I-@@@., waarin het Hof wel erkent dat de schending van de redelijke termijn door (toen nog) het Gerecht van Eerste Aanleg aanleiding kan zijn voor een schadevordering, maar nog geen criteria formuleert voor de vaststelling van de schade.

Aldus bestaat er een financiële prikkel bij het bestuur om deze rechten serieus te nemen.

## 5. De ontwikkeling van een beginsel van coherente rechtsbescherming

Op grond van het beginsel van effectieve rechtsbescherming moeten particulieren toegang hebben tot de rechter ten einde de hen door het Unierecht toegekende rechten te kunnen afdwingen. Dat binnen de nationale rechtsorde deze toegang tot de rechter is verzekerd, wordt door het Hof van Justitie doorgaans streng gecontroleerd.<sup>38</sup> Waarvoor bij het Hof tot nu toe minder aandacht bestaat, is of die toegang op een enigszins coherente wijze is georganiseerd.

Tot nu toe is deze kwestie alleen aan de orde gekomen in de zaak *Impact*.<sup>39</sup> Die zaak betrof de situatie dat een burger om de schending van een bepaalde richtlijn volledig te kunnen redresseren zowel een procedure aanhangig moest maken bij een gespecialiseerde rechterlijke instantie – die een in hoogte beperkte schadevergoeding kon toekennen – als bij de gewone rechter (om volledige vergoeding te krijgen). Het Hof achtte het in strijd met het effectiviteitsbeginsel dat de betrokken burger voor de volledige effectuering van de richtlijn een tweede vordering bij de gewone rechter moest instellen, als het instellen van deze vordering ‘procedurele ongemakken zou meebrengen op het punt van de kosten, procesduur en vertegenwoordigingsregels’. In dat geval zou de gespecialiseerde instantie ook moeten kennisnemen van vorderingen wegens schending van die richtlijn die volgens het nationale recht buiten haar bevoegdheid vallen.

Deze uitspraak is gedaan in een nogal specifieke situatie en met betrekking tot een specifieke richtlijn. Naar mijn opvatting zou het Hof deze *Impact*-lijn echter verder moeten ontwikkelen tot een beginsel van coherente rechtsbescherming. Op grond daarvan mag de effectuering van één Unierechtelijke aanspraak niet worden ‘verknipt’ over diverse rechterlijke instantie,<sup>40</sup> als het gebruikmaken hiervan – om het Hof te citeren – ‘procedurele ongemakken met zich meebrengt op het punt van kosten, procesduur en vertegenwoordigingsregels’. Het beginsel zou voorlopig nog kunnen worden gebaseerd op het effectiviteitsbeginsel, nu de focus ervan vooralsnog de effectuering van het materiële Unierecht is en een vergelijkbare eis niet wordt gesteld door het EHRM op grond van artikel 6 EVRM (vergelijk par. 3). Aangezien het beginsel betrekking heeft op de toegang tot de rechter, zou het te zijner tijd echter ook onderdeel kunnen worden van het beginsel van effectieve rechtsbescherming.

Met het beginsel van coherente rechtsbescherming kan het Hof paal en perk stellen aan de ‘verknipping’ van de effectuering van Unierechtelijke aanspraken over meer rechterlijke instanties in de lidstaten. Dat deze situaties zich ook in Nederland voordoen blijkt uit de kwestie *Qbuzz*.<sup>41</sup>

In de zaak had de Stadsregio Rotterdam een openbaar-vervoersconcessie verleend aan Qbuzz. Connexxion en Arriva hadden aan de aanbesteding van de

---

<sup>38</sup> Bijvoorbeeld zaak C-432/05 (Unibet), *Jur.* 2007, p. I-2271; zaak C-97/91 (Borelli), *Jur.* 1992, p. I-6313.

<sup>39</sup> Zaak C-268/06 (Impact), *Jur.* 2008, p. I-2483.

<sup>40</sup> De term ‘verknipte’ rechtsbescherming is ontleend aan Ben Schueler, ‘Aan de rechterlijke macht is opgedragen het verknippen van geschillen over publiekrecht en over schuldvorderingen’, in: L.F.M. Besselink & R. Nehmelman (red.), *De aangesproken staat*, Publicatie voor de staatsrechtkring, Nijmegen: WLP 2010, p. 117-156.

<sup>41</sup> Zie ook Buijze & Widdershoven 2011, p. 428-430.



concessie niet deelgenomen omdat de bestekvoorwaarden volgens hen een te groot financieel risico zouden vormen. Vervolgens vochten zij de aan QBuzz verleende concessie wel aan bij de bevoegde bestuursrechter, (de voorzieningenrechter van) het CBB, omdat deze zou zijn verleend in strijd met het aanbestedingsrecht en het verbod van staatsteun. Op grond van de rechtspraak van het Hof in de zaken Hackermüller en Grossman moeten particulier, ook wanneer zij niet hebben deelgenomen aan de aanbestedingsprocedure, in deze situatie toegang hebben tot de rechter.<sup>42</sup>

In zijn uitspraak van 28 oktober 2008, merkt de voorzieningenrechter van het CBB beide bedrijven echter niet aan als belanghebbende in de zin van artikel 1:2, lid 1, Awb,<sup>43</sup> omdat zij vanwege het niet inschrijven op de aanbesteding geen concurrent zijn van Qbuzz en de ‘op een vermoeden berustende stelling’, dat de aanbestedingsregels en het verbod van staatsteun zijn geschonden, ‘te speculatief is om te kunnen gelden als een voldoende concreet en objectief bepaald belang’. De uitspraken van het Hof in de zaken *Hackermüller* en *Grossman* staan volgens de voorzieningenrechter niet in de weg aan de niet-ontvankelijkverklaring, aangezien ‘de weg naar rechterlijke toetsing op zich immers niet is afgesloten, zij het dat de civiele rechter, indien geëdieerd, zal moeten beoordelen of de verzoeksters voldoende belang bij hun vordering hebben’.

Arriva en Connexxion stellen – conform het ‘advies’ van de voorzieningenrechter van het CBB – vervolgens een vordering tot heraanbesteding in bij de civiele rechter. Bij deze rechter vangen zij echter ook bot. Omdat er niet sprake is van een evident, flagrant geval van verboden staatssteun dat de vrije mededinging van de vervoerssector in de kern bedreigt, worden de bedrijven (ook) door de civiele rechter niet in hun vordering ontvangen.<sup>44</sup>

Vanuit het perspectief van coherente rechtsbescherming is de hier beschreven situatie ongewenst.<sup>45</sup> De uitspraak van de voorzieningenrechter van het CBB, die Awb-technisch zeker verdedigbaar is, heeft tot gevolg dat de rechtsbescherming met betrekking tot de door het Unierecht gereguleerde aanbesteding van de ov-concessie wordt ‘verknijpt’ tussen de bestuursrechter en de burgerlijke rechter. De burgerlijke rechter toetst de vordering van Arriva en Connexxion vervolgens zo marginaal, dat deze rechtsgang nauwelijks als effectieve rechtsbescherming kan worden aangemerkt. De ontwikkeling door het Hof van de Impact-lijn tot een beginsel van coherente rechtsbescherming kan situaties als deze voorkomen.

## 6. Slot

Het Unierechtelijk beginsel van effectieve rechtsbescherming heeft inmiddels de respectabele leeftijd van 25 jaar bereikt. In die jaren heeft het Hof van Justitie in zijn rechtspraak nader inhoud gegeven aan het beginsel. De codificatie van het beginsel in artikel 47 Handvest markeert een nieuw begin, waarbij het beginsel verder zal worden ontwikkeld. Voor de richting van deze verdere ontwikkeling zijn hiervoor enige suggesties gedaan. Hopelijk bieden zij Sacha inspiratie in haar nieuwe baan.

---

<sup>42</sup> Zaak C-230/02 (Grossman) *Jur.* 2004, p. I-1829, en zaak C-249/01 (Hackermüller), *Jur.* 2003, p. 6319. Zie ook Vergelijk E. Pijnacker Hordijk e.a., *Aanbestedingsrecht*, Sdu Uitgevers: Den Haag 2009, vierde druk, p. 595-596.

<sup>43</sup> V.zr. CBB 28 oktober 2008, *JB* 2009, 25.

<sup>44</sup> V.zr. Rb. Rotterdam (sector civiel) 11 december 2008, LJN: BG6643.

<sup>45</sup> Zie voor vergelijkbare kritiek, Pijnacker Hordijk e.a. 2009, p. 595.