

## Arrest Van der Weerd: ambtshalve toetsing van EG-recht ingeperkt

HvJ EG 7 juni 2007, zaak C-222/05 t/m C-225/05, Van der Weerd e.a. vs Minister van LNV, n.n.g. (m.nt. W.T. Algera<sup>1</sup>)

De zaak *Van der Weerd* gaat niet over mededingingsrecht maar het gemeenschappelijk landbouwbeleid.<sup>2</sup> Toch verdient dit arrest bespreking in dit tijdschrift. Het in deze zaak centrale (en enige) vraagstuk van ambtshalve toetsing aan het EG-recht heeft immers een breder belang en is in verschillende (mededingingsrechtelijke) arresten aan de orde gekomen. De arresten zijn echter niet alle eenduidig en leiden tot interpretatievragen.<sup>3</sup> Met de uitspraak van het Hof in de zaken *Manfredi* leek het Hof zelfs te neigen naar een zeer ruime verplichte ambtshalve toetsing aan bepalingen van openbare orde.<sup>4</sup> Het recente arrest *Van der Weerd* heeft daarentegen weer een beduidend minder vergaande strekking. A-G Maduro heeft in zijn conclusie de naar zijn oordeel 'op het eerste gezicht, enigszins verwarrende reeks beslissingen' ingedeeld langs de bekende lijnen van gelijkwaardigheid en effectiviteit.<sup>5</sup> Het Hof heeft langs die lijnen enkele nieuwe penningstroken gezet. Het resultaat blijft niettemin een geheel van casuïstische rechtspraak. Met dit arrest blijkt met name de nationaalrechtelijke betekenis van procedurevoorschriften van belang bij toepassing van het gelijkwaardigheidsbeginsel. Het doeltreffendheidsbeginsel blijkt minder ingrijpend.

### Inleiding

De vraag of een nationale procesregel met het gemeenschapsrecht verenigbaar is, komt in de rechtspraak van het Hof regelmatig aan de orde.<sup>6</sup> Al in 1976 werden de grenzen bepaald. Bij het ontbreken van een gemeenschapsregeling is het een aangelegenheid van de interne rechtsorde van elke lidstaat om de bevoegde rechter aan te wijzen en de procesregels te geven voor de rechtsvorderingen die ertoe strekken, de rechten te beschermen die de justitiabelen aan de rechtstreekse werking van het gemeenschapsrecht ontnemen (procesautonomie). Deze regels mogen evenwel niet ongunstiger zijn voor rechtsvorderingen dan die welke voor soortgelijke nationale vorderingen gelden (gelijkwaardigheid), en de uitoefening van de door de communautaire rechtsorde verleende rechten niet nagenoeg onmogelijk of uiterst moeilijk maken (doeltreffendheid).<sup>7</sup>

Nationale procedureregels voor ambtshalve toetsing zijn in een beperkt aantal arresten van het Hof beoordeeld en er bestond enige onduidelijkheid over. Dat heeft de Nederlandse Vereniging voor Europees Recht ertoe gebracht hieraan tijdens de voorjaarvergadering 2007 een debat te wijden.<sup>8</sup> Een dag later verscheen het arrest *Van der Weerd*. Hierna bespreek ik eerst de relevante<sup>9</sup> rechtspraak voorafgaand aan

*Van der Weerd*. Vervolgens komt de inhoud van dat arrest aan de orde. Ik sluit af met commentaar.

### Ambtshalve toetsing van gemeenschapsrecht tot aan het arrest Van der Weerd

In het arrest uit 1995 *Van Schijndel en Van Veen* (het betrof een door de Nederlandse overheid verplichte pensioenverzekering voor fysiotherapeuten) oordeelde het Hof allereerst dat de nationale rechter verplicht is dwingende regels van gemeenschapsrecht (*in casu* de nuttig effect norm)<sup>10</sup> ambtshalve toe te passen wanneer het nationale recht die toepassing toelaat.<sup>11</sup> Het Nederlandse burgerlijke procesrecht biedt inderdaad die mogelijkheid tot ambtshalve aanvulling van rechtsgronden.<sup>12</sup> Dat algemene uitgangspunt wordt echter weer ingeperkt door de voor de rechter geldende lijdelijkheid. Het Hof toetste die beperking aan het effectiviteitsbeginsel en stelde vast dat de beperking niet in strijd is met het gemeenschapsrecht. Het initiatief ligt namelijk bij partijen, terwijl de rechter alleen kan ingrijpen in uitzonderingsgevallen waarin het openbaar belang dat vereist.<sup>13</sup> Aan het criterium van gelijkwaardigheid dat het Hof enkel noemt, wordt kennelijk voldaan.

Op dezelfde datum werd arrest gewezen in de (Belgische) zaak *Peterbroeck* met een andere uitkomst.<sup>14</sup> Het betrof een administratieve procedure over afwijkende belastingtarieven voor nationale en buitenlandse ondernemingen (i.c. een Nederlandse), hetgeen in strijd zou zijn met de vrijheid van vestiging. Dit punt was in bezwaar niet aangevoerd en evenmin nadien in de gerechtelijke procedure binnen de voorgeschreven termijn (zestig dagen na de neerlegging van de beslissing op bezwaar). Dit voorschrift belette ook ambts-

- 1 Wouter Algera is advocaat bij Pels Rijcken, sectie Europees en mededingingsrecht.
- 2 HvJ EG 7 juni 2007, zaak C-222/05 t/m C-225/05, *Van der Weerd e.a. vs. Minister van LNV*, nng.
- 3 O.a. B.J. Drijber, Groen de kleur van Benetton, in: *Variatie in causatie*, Deventer Kluwer, 2006, p. 77-85.
- 4 HvJ EG 13 juli 2006, gev. zaken C-295/04 t/m C-297/04, *Manfredi*, *Jur.* 2006, p. I-6619.
- 5 Conclusie A-G Poirares Maduro, 1 maart 2007, randnummer 19.
- 6 Een recent arrest over de Zweedse procesregels betreffende de mogelijkheid van zelfstandige en incidentele beroepen en voorlopige maatregelen teneinde rechten van gemeenschapsrecht veilig te stellen is HvJ EG 13 maart 2007, zaak C-432/05, *Unibet*, n.n.g.
- 7 HvJ EG 16 december 1976, zaak 33/76, *Jur.* 1976, p. 1989 Vgl. ook Jans e.a., *Inleiding tot het Europees Bestuursrecht*, Ars Aequi Libri, 2002, 2e druk, p. 360. e.v.
- 8 Inleiders waren T. Corthaut en M. verhoeven.
- 9 Het arrest *Verholen* dat andersom vaststelt dat het gemeenschapsrecht niet in de weg staat aan ambtshalve toetsing, blijft verder buiten beschouwing. HvJ EG, 11 juli 1991, zaak C-87/90 t/m C-89/90, *Jur.* 1991, p. I-3757, punten 12-16.
- 10 Het Hof noemt art. 3, sub f, 85, 86 en 90 EG (oud).
- 11 HvJ EG 14 december 1995, gev. zaken C-430/93 en C-431/93, *Van Schijndel en Van Veen*, *Jur.* 1995, p. I-4705.
- 12 Art. 48 Rv (oud), art. 25 Rv (nieuw).
- 13 '[...] Dit beginsel geeft uitdrukking aan de in de meeste Lid-Staten bestaande opvattingen over de verhouding tussen de staat en de particulier, het beschermt de rechten van de verdediging en verzekert een goed verloop van de procedure [...]': Arrest *Van Schijndel*, punt 21.
- 14 HvJ EG 14 december 1995, zaak C-312/93, *Peterbroeck*, *Jur.* 1995, p. I-4599.

halve toetsing, aldus de verwijzende rechter, behalve aan een aantal beginselen van nationaal recht, te weten het verval van het recht belasting te heffen en gezag van gewijsde.<sup>15</sup> Het Hof toetste aan het doeltreffendheidsbeginsel en stelde vast dat de termijn van zestig dagen voor de aanlevering van gronden geen aanleiding geeft tot kritiek, maar dat er wel een aantal bijzondere kenmerken waren aan de betrokken procedure, die aan een effectieve bescherming in de weg staan. Zo was de belastingrechter de enige die een prejudiciële vraag kon stellen, was de periode waarin ambtshalve toetsing wel mogelijk zou zijn geweest ter zitting reeds verlopen, was er geen andere rechter die ambtshalve kon oordelen en bleek de onmogelijkheid van ambtshalve toetsing door de rechter geen redelijke rechtvaardiging te vinden in de rechtszekerheid of het goede verloop van de procedure.<sup>16</sup>

Een volgende, wederom uit Nederland afkomstige, zaak is *Eco Swiss-Benetton* uit 1999.<sup>17</sup> Het betrof toetsing door de civiele rechter van een arbitraal vonnis dat betrekking had op een licentieovereenkomst die nietig zou zijn vanwege strijd met art. 81 EG. Dat argument was tijdens de arbitrage niet aan de orde gekomen. Op grond van art. 1065 Rv kan vernietiging van een arbitraal vonnis slechts plaatsvinden als onder andere (lid 1, onder e) het vonnis of de wijze waarop dit tot stand kwam strijd oplevert met de openbare orde of de goede zeden. Strijd met de openbare orde bestaat in dit kader volgens de Hoge Raad in de verwijzingsbeschikking

*‘als de inhoud van het arbitraal vonnis in strijd is met dwingend recht van een zo fundamenteel karakter dat de naleving ervan niet door beperkingen van procesrechtelijke aard mag worden verhinderd.’*<sup>18</sup>

*‘De enkele omstandigheid, dat door inhoud of de uitvoering van een arbitraal vonnis een verbodsbepaling uit het mededingingsrecht buiten toepassing blijft, zal volgens de Hoge Raad naar Nederlands recht in het algemeen geen strijd met de openbare orde opleveren.’*<sup>19</sup>

Het Hof is niettemin van oordeel dat

*‘[...] artikel 81 EG evenwel een fundamentele bepaling [is] die onontbeerlijk is voor de vervulling van de taken van de Gemeenschap en in het bijzonder voor de werking van de interne markt.’*<sup>20</sup>

Art. 81, lid 1 EG is volgens het Hof ook van openbare orde in die zin van de nationale bepaling en dient op basis van het gelijkwaardigheidsbeginsel in het geval van art. 1065, lid 1 onder e Rv te worden toegepast.<sup>21</sup> Hieraan voegde het Hof nog toe dat arbiters geen prejudiciële vraag kunnen stellen, terwijl de eenvormige uitlegging van het gemeenschapsrecht evident van belang is.<sup>22</sup>

Tussen 2000 en 2006 werd nog een drietal arresten gewezen over Spaanse en Franse procedureregels bij toetsing aan regels over oneerlijke bedingen in consumentenover-

eenkomsten. Het belang van de consumentenbescherming, zoals neergelegd in Richtlijn 93/13/EG<sup>23</sup>, rechtvaardigde volgens het Hof ambtshalve toetsing aan de op deze richtlijn gebaseerde nationale bepalingen. Zo moet in het kader van de ontvankelijkheidstoets een forumkeuzebeding in de overeenkomst, waarop de vordering van de verkoper is gebaseerd, kunnen worden beoordeeld. Dat geldt ook wanneer het nationale procesrecht ambtshalve toetsing op dat moment niet toestaat (arrest *Océano Grupo*).<sup>24</sup> Een vervaltermijn van 2 jaar na het sluiten van een kredietovereenkomst voor een beroep op de oneerlijkheid van een beding maakt de bescherming van het consumentenbelang nadien uiterst moeilijk, zodat (ambtshalve) toetsing dan mogelijk moet zijn (arrest *Cofidis*).<sup>25</sup> Deze beide nationale procedureregels voldeden niet aan het doeltreffendheidsbeginsel. Ten slotte diende volgens een derde zaak een arbitraal vonnis te worden vernietigd, omdat het arbitraal vonnis was gebaseerd op een oneerlijk beding (arrest *Claro*).<sup>26</sup> Tegen dat beding was niet al tijdens de arbitrage geageerd, wat de wet voorschreef. Wel was vernietiging mogelijk op grond van strijd met de openbare orde. Vernietiging vond hier eveneens plaats op grond van het doeltreffendheidsbeginsel dat echter – verwarrend – werd aangevuld met argumenten ontleend aan het gelijkwaardigheidsbeginsel uit het arrest *Eco Swiss*. Het in de arresten *Océano Grupo* en *Cofidis* vastgestelde belang van de consumentenbescherming dat uit de doelstellingen van de richtlijn volgt, wordt in dit arrest gekoppeld aan het Spaanse nationale begrip ‘openbare orde’. Op basis van het arrest *Eco Swiss* diende ambtshalve toetsing daarvan vervolgens mogelijk te zijn.<sup>27</sup> Expliciet werd een vergelijkbaar gewicht aan de richtlijn nr. 93/13/EG toegekend als aan art. 81 EG.

Het arrest *Manfredi* uit 2006 vormt een wat vreemde eend in deze bijt van voorzichtige casuïstische rechtspraak en riep vragen op over de reikwijdte van de ambtshalve toetsing.<sup>28</sup> In het kader van de ontvankelijkheid van de prejudiciële vragen en zonder enige verdere toelichting stelde het Hof onder verwijzing naar het arrest *Eco Swiss* vast dat art. 81 en 82 EG bepalingen van openbare orde zijn die door de nationale rechter ambtshalve moeten worden toegepast.

15 Arrest *Peterbroeck*, punten 7 en 8 (verval van het recht belasting te heffen en gezag van gewijsde).

16 Ibid, punten 16-20.

17 HvJ EG 1 juni 1999, zaak C-126/97, *Eco Swiss – Benetton*, Jur. 1999, p. I-3055.

18 HR 21 maart 1997, NJ 1997/207.

19 Arrest *Eco Swiss*, pt. 24.

20 Punt 36. Dat blijkt uit de opname in de doelstellingencatalogus (art. 3, lid 1 sub g EG) en uit de nietigheidssanctie in art. 81, lid 2 EG.

21 Arrest *Eco Swiss*, punten 37-39.

22 Arrest *Eco Swiss*, punt 40.

23 Richtlijn 93/13/EG betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten (*PbEG* 1993, L 95, p. 29).

24 HvJ EG, 27 juni 2000, gev. zaken C-240/98 t/m C-244/98, *Océano Grupo*, Jur. 2000, p. I-4941.

25 HvJ EG 21 november 2002, zaak C-473/00, *Cofidis*, Jur. 2002, p. I-10875.

26 HvJ EG 26 oktober 2006, zaak C-168/05, *Claro*, Jur. 2006, p. I-10421.

27 Arrest *Claro*, met name overweging 35.

28 Arrest *Manfredi*, punt 31. Vgl. ook de noot van R.J.G.M. Widdershoven bij AB 2006/404.

## Arrest Van der Weerd

Dan het arrest Van der Weerd. Diverse veehouders werden in 2001 getroffen door de gevolgen van een mond- en klauwzeeruitbraak. Hun veestapels bevonden zich binnen de grens van twee kilometer van de bedrijven die volgens de directeur van de toenmalige RVV besmet waren. Hij baseerde het oordeel van besmetting op de hem door het laboratorium ID-Lelystad toegefaxte onderzoeksresultaten van de afgenomen monsters. Alle vee binnen de twee kilometerzone werd verdacht verklaard, gevaccineerd en vervolgens gedood. Alle beroepsgronden die hiertegen na de eerder afgewezen bezwaren werden aangevoerd, werden door het CBB in eerste en enige aanleg afgewezen.<sup>29</sup> Het CBB merkte echter op dat de rechtmatigheid in vergelijkbare procedures ook op andere, door de advocaat hier niet aangevoerde gronden werd betwist, over welke gronden het CBB in 2005 al prejudiciële vragen had gesteld.<sup>30</sup> Het CBB stelde wederom prejudiciële vragen en wel om te vernemen of het gemeenschapsrecht de nationale rechter verplicht om in een procedure zoals die in de hoofdgedingen de rechtmatigheid van een bestuurshandeling ambtshalve te toetsen aan gronden ontleend aan Richtlijn nr. 85/511.<sup>31</sup>

Het Hof beoordeelt deze vraag volgens het bekende uitgangspunt van de procedurele autonomie dat moet voldoen aan de beginselen van gelijkwaardigheid en doeltreffendheid.<sup>32</sup>

### Gelijkwaardigheidsbeginsel

Het Hof onderzocht allereerst de procedurele bevoegdheden van de nationale rechter en beoordeelde vervolgens of deze gelijk zijn voor de op het nationale en de op het Europese recht gebaseerde vorderingen.<sup>33</sup>

Op grond van art. 8:69, eerste lid Awb beoordeelt het CBB als bestuursrechter enkel de aan hem voorgelegde punten van geschil. Ambtshalve toetsing is in het Nederlandse bestuursrecht enkel mogelijk aan bepalingen van openbare orde.<sup>34</sup> 'Openbare orde' binnen het bestuursrecht omvat onder meer de bevoegdheidsvoorschriften van bestuursorganen, de bevoegdheid van de rechter zelf en bepalingen op het gebied van de ontvankelijkheid.<sup>35</sup> Weliswaar bepaalt art. 8:69, tweede lid Awb dat de rechtbank 'ambtshalve de rechtsgronden aanvult', maar uit deze bepaling moet enkel worden afgeleid dat de rechter een juridische vorm moet geven aan de gronden die door de verzoeker tegen de betwiste bestuurshandeling zijn ingebracht.<sup>36</sup> Dat geldt zowel voor nationale als voor Europese rechtsgronden.<sup>37</sup> Deze bevoegdheid moet nadrukkelijk worden onderscheiden van het vraagstuk van ambtshalve toetsing, omdat daarbij de betreffende beroepsgrond in combinatie met de feiten door de rechter wordt ingebracht en in de procedure als het ware uit de lucht komt vallen. De bevoegdheid tot 'ambtshalve aanvulling van rechtsgronden' is in dit verband naar mijn idee dan ook verder niet relevant. Het wordt ook door het Hof verder buiten beschouwing gelaten.

Na deze vaststelling onderzoekt het Hof of de bepalingen uit richtlijn 85/511 als gelijkwaardig met de bovenge-

noemde nationale regels van openbare orde moeten worden aangemerkt. Voor de twee richtlijnbevestigingen is dat volgens het Hof niet het geval. Zij bepalen niet onder welke voorwaarden procedures ter bestrijding van mond- en klauwzeer kunnen worden ingesteld en evenmin welke autoriteiten in het kader daarvan bevoegd zijn om de omvang van de rechten en de verplichtingen van justitiabelen vast te stellen.<sup>38</sup> Er is dus op grond van het gelijkwaardigheidsbeginsel geen verplichting tot ambtshalve toetsing aan de beide richtlijnbevestigingen betreffende de machtiging van het onderzoeksinstituut ID-Lelystad en de wijze waarop de dierenarts zijn toezicht uitoefent.

Het Hof voegt nog wel toe:

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

### Doeltreffendheidsbeginsel

De vraag of een procesregel in overeenstemming is met het doeltreffendheidsbeginsel wordt beantwoord met inaanmerkingneming van de plaats van dit voorschrift in de gehele procedure, en van het verloop en de bijzonderheden van die procedure voor de verschillende nationale instanties. Daartoe moet in voorkomend geval rekening worden gehouden met de beginselen die aan het nationale stelsel van rechtspleging ten grondslag liggen, zoals de bescherming van de rechten van de verdediging, het rechtszekerheidsbeginsel en het goede verloop van de procedure.<sup>39</sup> Het Hof stelt vast dat het nationale procedurevoorschrift van beperkte ambtshalve toepassing niet afdoet aan de doeltreffendheid van de ingeroepen gemeenschapsbepalingen. De beperkte ambtshalve toetsing uit het administratieve

29 CbB 17 mei 2005, LJV AT5805.

30 Uit het arrest *Dokter* bleek de relevantie van deze argumenten. HvJ EG 15 juni 2006, zaak C-28/05, *Dokter e.a.*, Jur. 2006, p. I-5431. Het laboratorium ID-Lelystad was niet bij Richtlijn 85/511 gemachtigd om de onderzoeken uit te voeren en tevens had de directeur de uitvoering van dat onderzoek op zorgvuldigheid moeten controleren door bestudering van het bijbehorende door hem op te vragen dossier.

31 Arrest *Van der Weerd*, punt 20.

32 Arrest *Van der Weerd*, punt 28.

33 Waar nationaal de bevoegdheid tot ambtshalve toetsing bestaat, geldt volgens het Kraaijeveld-criterium, voor Europese vorderingen een *verplichting* op grond van de samenwerkingsplicht uit art. 10 EG. Arrest Kraaijeveld, C-72/95, Jur. 1996, p. I-5403, r.o. 57 en 58.

34 *Kamerstukken II* 1992/93, 22 495, nr. 6, p. 54.

35 Arrest *Van der Weerd*, r.o. 29. Zie voor een bespreking en een uitgebreid overzicht van rechtspraak M. Schreuder-Vlasblom, *Rechtsbescherming en bestuurlijke voorprocedure*, Kluwer Deventer, 2006, p. 168 e.v.

36 Arrest *Van der Weerd*, r.o. 9-16. Voor deze ambtshalve aanvulling van gronden hoeft enkel in eigen bewoordingen een feitelijk bezwaar te worden ingebracht. Vgl. Schreuder Vlasblom, a.w. p. 159-160.

37 Een vergelijkbare civielrechtelijke bepaling is art. 25 Rv.

38 Arrest *Van der Weerd*, punten 30 en 31.

39 Arrest *Van der Weerd*, punt 33.

recht is in effect vergelijkbaar met de uitzondering wegens lijdelijkheid op de hoofdregel van art. 25 Rv uit het arrest *Van Schijndel en Van Veen*.<sup>40</sup> Beide kunnen hun rechtvaardiging vinden in het beginsel dat het initiatief voor een procedure bij de partijen ligt en dat de rechter bijgevolg alleen in uitzonderingsgevallen, in het openbaar belang, ambtshalve kan optreden. Dit beginsel beschermt de rechten van de verdediging en verzekert een goed verloop van de procedure, met name doordat de vertraging waartoe de beoordeling van nieuwe rechtsgronden leidt, wordt voorkomen, aldus het Hof. Hieraan doet niet af dat geen hoger beroep mogelijk is, als gevolg van het feit dat het CBB in eerste en enige aanleg rechtspreekt.<sup>41</sup> Het Hof sluit af met de vaststelling dat de mogelijkheid om een grond aan een rechter voor te leggen volstaat om aan de voorwaarde van doeltreffendheid te voldoen..

*'41. Blijkens het voorgaande houdt in zaken als die van de hoofdgedingen het doeltreffendheidsbeginsel voor de nationale rechter niet de verplichting in om ambtshalve een aan een communautaire bepaling ontleende grond, ongeacht het belang daarvan voor de communautaire rechtsorde, te onderzoeken, wanneer de partijen daadwerkelijk de mogelijkheid hebben om voor de nationale rechter een op het gemeenschapsrecht gebaseerde grond aan te voeren. Aangezien verzoekers in de hoofdgedingen daadwerkelijk de mogelijkheid hebben gehad om aan richtlijn 85/511 ontleende gronden aan te voeren, verplicht het doeltreffendheidsbeginsel de verwijzende rechter niet om ambtshalve de aan de artikelen 11 en 13 van deze richtlijn ontleende grond te onderzoeken.'*

Eerdere rechtspraak terzake, te weten de arresten *Peterbroeck*, *Eco Swiss* en de drie arresten over oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten acht het Hof hier niet relevant.

*'40. Bovengenoemde rechtspraak is in casu niet relevant. Enerzijds wordt die immers gekenmerkt door de omstandigheden van de betrokken zaak, waarin de verzoeker in het hoofdgeding de mogelijkheid wordt ontnomen om naar behoren de onverenigbaarheid van een voorschrift van nationaal recht met het gemeenschapsrecht aan te voeren (zie arrest *Peterbroeck*, punten 16 e.v.). Anderzijds vindt die rechtspraak zijn rechtvaardiging in de noodzaak te verzekeren dat de consument doeltreffend wordt beschermd in de zin van richtlijn 93/13/EEG van de Raad van 5 april 1993 betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten (JO L 95, blz. 29) (zie reeds aangehaalde arresten *Océano Grupo Editorial en Salvat Editores*, punt 26; *Cofidis*, punt 33, en *Mostaza Claro*, punt 29). Bovendien kan die rechtspraak niet zinvol worden aangevoerd in het kader van het onderzoek inzake schending van het doeltreffend-*

*heidsbeginsel, omdat zij een beoordeling geeft van de gelijkwaardigheid van behandeling van gronden ontleend aan het nationale recht en gronden ontleend aan het gemeenschapsrecht (zie arrest *Eco Swiss*, reeds aangehaald, punt 37).'*

## Commentaar

### Is het arrest *Manfredi* in dit verband relevant?

Met de overweging uit het arrest *Manfredi* onder verwijzing naar het arrest *Eco Swiss*, dat art. 81 en 82 EG bepalingen van openbare orde zijn die door de nationale rechter ambtshalve moeten worden toegepast, leek een einde gekomen aan de hiervoor geschetste voorzichtige ontwikkeling van het leerstuk van de ambtshalve toetsing. Een letterlijke interpretatie van deze overweging zou inhouden dat onder alle omstandigheden getoetst dient te worden aan rechtsgronden die van openbare orde zijn. Deze overweging moet echter niet in die zin worden opgevat, onder andere vanwege de contextgebondenheid van de zaak *Eco Swiss*. Die zaak betrof immers enkel de beoordeling van het begrip openbare orde in de zin van art. 1065 Rv.<sup>42</sup> Er zijn nog diverse andere argumenten die voor een beperkte lezing pleiten. Ten eerste is de overweging geplaatst in het onderdeel van de ontvankelijkheid van de vragen.<sup>43</sup> Het Hof heeft waarschijnlijk het belang van de eenvormige uitleg van het gemeenschapsrecht willen benadrukken. De mogelijkheid van het stellen van prejudiciële vragen met dat doel was immers een van de specifieke omstandigheden waarop het Hof in het arrest *Eco Swiss* wees. Deze argumenten komen aan de orde in punt 40 waarnaar het Hof in *Manfredi* verwijst. Ten tweede spreekt het Hof in punt 40 van het arrest *Eco Swiss* juist van de specifieke 'situatie van het hoofdgeding' (een arbitrale procedure) en wijst het tevens met de woorden 'anders dan het arrest *Van Schijndel en Van Veen*' op de afwijkende regel van de lijdelijkheid van de rechter. *Manfredi* staat verder ook helemaal los van nationale procedureregels en het wordt niet duidelijk of en bij welke van de beginselen (gelijkwaardigheid of doeltreffendheid) het Hof zou aansluiten. Ten derde wordt in het arrest *Van der Weerd* in het geheel niet verwezen naar *Manfredi*. De A-G wijst nog wel op *Manfredi*, vanwege het fundamentele karakter van art. 81 EG en de noodzaak die gelijkwaardig te behandelen aan nationale regels van openbare orde.<sup>44</sup> Dit is gelijk aan de beperkte lezing van *Eco Swiss*. Op zichzelf staand acht ik het arrest *Manfredi* voor het vraagstuk van

40 Arrest *Van der Weerd*, punten 34 t/m 36.

41 Arrest *Van der Weerd*, punten 37 en 38.

42 Widdershoven, noot bij *Manfredi*, a.w.

43 Ibid. Widdershoven plaatst de achtergrond met name in het kader van het beroep van één van de partijen op de niet-toepasselijkheid van art. 81 EG.

44 Conclusie bij *Van der Weerd*, reeds aangehaald, randnr. 35.



ambtshalve toetsing op basis van het voorgaande dan ook niet van belang.<sup>45</sup>

### Betekenis van het begrip 'openbare orde'

In het onderdeel van de uitspraak betreffende de gelijkwaardigheid staat het begrip 'openbare orde' centraal. Het zijn *in casu* immers bepalingen van openbare orde die volgens de nationale procedureregels tot ambtshalve toetsing nopen. In dit onderdeel van het arrest valt op dat niet naar bestaande rechtspraak wordt verwezen. Dat hoeft niet *per se* iets te betekenen, maar dat acht ik gegeven de inzet van de A-G niet waarschijnlijk. Het kan enerzijds duiden op de mogelijkheid dat die rechtspraak hier niet relevant of niet vergelijkbaar is, maar het kan ook een breuk met eerdere rechtspraak inhouden.

Indien *Van der Weerd* tegen die rechtspraak wordt afgezet, wordt *enerzijds* de lijn van het Hof bevestigd, dat de betekenis die in het nationale recht aan het begrip openbare orde wordt toegekend, bepalend is voor de vaststelling van de bepalingen van Europees recht die evenzeer ambtshalve moeten worden getoetst. De wetgever en de nationale rechter bepalen dus (indirect) welke gemeenschapsnormen ambtshalve door de Nederlandse rechter moeten worden getoetst. In de zaak *Eco Swiss* stelde de Hoge Raad vast dat strijd met de openbare orde in de zin van art. 1065, lid 1, sub e, Rv, kan worden bevonden indien sprake is van strijd met een dwingend recht van zo een fundamenteel karakter, dat de naleving ervan niet door beperkingen van procesrechtelijke aard mag worden verhinderd.<sup>46</sup> Het Hof was van oordeel dat *die* omschrijving onder het gemeenschapsrecht eveneens gold voor art. 81 EG. Art. 81 EG gold daarmee als van openbare orde onder dit *Nederlandse* civielrechtelijke procedurevoorschrift. Het Hof kwalificeert art. 81 EG in dit arrest mijns inziens niet in zijn algemeenheid als van openbare orde in *Europeesrechtelijke* zin.<sup>47</sup>

In het Nederlandse bestuursrecht hebben bepalingen van openbare orde enkel betrekking op bevoegdheden van bestuursorganen en de rechter en op de ontvankelijkheid, aldus het CBB.<sup>48</sup> Die vooral technische omschrijving lijkt de betekenis te beperken tot puur formele bepalingen. Materieel bepalingen zoals het mededingingsrecht, het vrije verkeer of de consumentenbescherming behoeven dan onder het bestuursrechtelijke voorschrift voor ambtshalve toetsing niet op grond van het beginsel van gelijkwaardigheid ambtshalve te worden getoetst. De lijn van de Raad van State dat niet ambtshalve aan bepalingen van staatssteun wordt getoetst, omdat zij niet van openbare orde zijn, is dan de juiste.<sup>49</sup> Evenwel, de overweging ten overvloede van het Hof in randnr. 32 van het arrest *Van der Weerd* met betrekking tot de volksgezondheid is in dat verband verwarrend. Met deze toevoeging lijkt het Hof namelijk toch ruimte te bieden aan gemeenschapsbepalingen voor een meer materiele invulling van het nationale bestuursrechtelijke openbare orde begrip. Daarbij heeft het Hof nadrukkelijk enkel de twee bepalingen uit Richtlijn 85/511 vergeleken met het nationale openbare orde begrip en heeft het niet zozeer een algemene richtlijn

heeft willen geven. Wanneer evenwel de vergelijking wordt getrokken met de zaak *Eco Swiss*, blijkt dat met name de kwalificerende omschrijving van de Hoge Raad in het verwijzingsarrest het aanknopingspunt vormde. De omschrijving van het CBB in deze zaak is veel objectiever van opzet. Ik ga er daarom vooralsnog vanuit dat er geen ruimte is voor materiele normen. Het Hof heeft met deze overweging wellicht willen aangeven dat het argument van volksgezondheid hoe dan ook misplaatst is, omdat die in het voordeel van de overheidsmaatregel zou pleiten en juist niet ten gunste van de veehouders. Het Hof doet hier dan geen afbreuk aan zijn uitgangspunt dat bij de toetsing van de procedurebepaling aan het gelijkwaardigheidsbeginsel de nationale betekenis van de procedureregels maatgevend is. Het blijft niettemin mogelijk dat het Hof hier toch enige ruimte heeft gecreëerd. Duidelijkheid daarover wordt echter niet geboden.

*Anderzijds* pleit de passage voor een nuancering van eerdere rechtspraak. In het arrest *Claro* werd het begrip openbare orde gehanteerd in het kader van de toets aan het effectiviteitsbeginsel.<sup>50</sup> Het begrip openbare orde wordt in die zaak ingevuld met de doelstellingen uit de richtlijn oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten. Het vormt dus een invulling van het 'Europese openbare orde'-begrip. Het Hof trok deze lijn door met de aansluiting bij overwegingen uit het arrest *Eco Swiss* betreffende het onderdeel van de gelijkwaardigheidstoets.<sup>51</sup> In de zaak *Eco Swiss* gold echter als uitgangspunt de betekenis van het begrip openbare orde, zoals dat werd ingevuld in het *nationale* recht. In het arrest *Claro* heeft het Hof dus niet de betekenis volgens het Spaanse recht geïnventariseerd, maar de betekenis uit de doelstellingen van de richtlijn gehaald.<sup>52</sup> Door dusdoende de koppeling te leggen tussen het gelijkwaardigheidsbeginsel en het doeltreffendheidsbeginsel ontstond de indruk dat het Europese openbare orde-begrip maatgevend zou worden voor de verplichting tot ambtshalve toetsing van het nationale recht.<sup>53</sup> Dit aangevuld met het *sweeping statement* uit *Manfredi* en de in beginsel oneindige mogelijkheid tot toekenning van de status van openbare orde aan dwingende bepalingen van

<sup>45</sup> Voor het onderwerp private enforcement waarvoor het arrest wel van belang is vergelijk de annotatie van G. Oosterhuis, 'Manfredi: respect voor deze rechter', *NTER* 2007, nr. 3, p. 33-39. Ook is het arrest mogelijk van belang voor de vaststelling dat art. 81 en 82 EG van openbare orde zijn in de Europeesrechtelijke betekenis.

<sup>46</sup> Arrest *Eco Swiss*, punt 24.

<sup>47</sup> D.w.z. voor alle lidstaten. Dat doet het Hof overigens wel in *Manfredi* onder verwijzing naar *Eco Swiss*.

<sup>48</sup> Arrest *Van der Weerd*, punt 30.

<sup>49</sup> ABRvS 2 maart 2004, AB 2004, 152.

<sup>50</sup> Arresten *Océano Grupo*, *Cofidis en Claro*, reeds aangehaald.

<sup>51</sup> Arrest *Eco Swiss*, reeds aangehaald.

<sup>52</sup> Arrest *Claro*, punten 34 t/m 37.

<sup>53</sup> Het samenpakken van de twee beginselen laat zich ook verklaren, want de feiten en de procedurele bepalingen in de zaken *Eco Swiss* en *Claro* waren bijna identiek.

Europese recht door het Hof zelf, maakte de nationale verplichting tot ambtshalve toetsing schier oneindig.<sup>54</sup>

Het arrest *Van der Weerd* doorbreekt die lijn door weer expliciet aan te sluiten bij de nationale betekenis. In het onderdeel van de doeltreffendheid laat het Hof het arrest *Claro* ogenschijnlijk ongemoeid. Het stelt enkel dat die rechtspraak niet relevant is, omdat zij wordt gerechtvaardigd door de noodzaak van de consumentenbescherming. Toch komt het Hof wel terug op de redenering uit het arrest *Claro*:

*‘Bovendien kan die rechtspraak niet zinvol worden aangevoerd in het kader van het onderzoek inzake schending van het doeltreffendheidsbeginsel, omdat zij een beoordeling geeft van de gelijkwaardigheid van behandeling van gronden ontleend aan het nationale recht en gronden ontleend aan het gemeenschapsrecht (zie arrest Eco Swiss, reeds aangehaald, punt 37).’<sup>55</sup>*

Dit zet een streep door de meest knellende passage in randnr. 35 uit het arrest *Claro* en er ontstaat daarmee weer een duidelijke waterscheiding tussen nationale en Europese invulling van ‘openbare orde’. De stelling van het Hof in de volgende passage van het arrest *Van der Weerd* onderstreept dat er in beginsel geen verplichting bestaat tot ambtshalve toetsing.

*‘Blijkens het voorgaande houdt in zaken als die van de hoofdgedingen het doeltreffendheidsbeginsel voor de nationale rechter niet de verplichting in om ambtshalve een aan een communautaire bepaling ontleende grond, ongeacht het belang daarvan voor de communautaire rechtsorde, te onderzoeken, wanneer de partijen daadwerkelijk de mogelijkheid hebben om voor de nationale rechter een op het gemeenschapsrecht gebaseerde grond aan te voeren. Aangezien verzoekers in de hoofdgedingen daadwerkelijk de mogelijkheid hebben gehad om aan richtlijn 85/511 ontleende gronden aan te voeren, verplicht het doeltreffendheidsbeginsel de verwijzende rechter niet om ambtshalve de aan de art. 11 en 13 van deze richtlijn ontleende grond te onderzoeken.’<sup>56</sup>*

Zo is het nationale openbare orde-begrip met name van belang voor de toets in het kader van de gelijkwaardigheid. Indien toetsing nationaalrechtelijk op basis van ‘openbare orde’ is voorgeschreven, dan is de nationale invulling van dat begrip bepalend voor de vraag welke gelijkwaardige gemeenschapsbepalingen eveneens ambtshalve moeten worden getoetst. In Nederland is de bestuursrechtelijke betekenis van dat begrip een andere dan de civielrechtelijke en in het civiele recht bestaan meerdere betekenissen. Vergelijk de Hoge Raad in de zaak *Eco Swiss*.<sup>57</sup> Een andere civiele regel dat de appèlrechter de bestreden uitspraak moet toetsen aan bepalingen die de openbare orde raken, wordt door de rechter terughoudend gebruikt.<sup>58</sup> Enkel de regels

van dwingend recht die niet ter vrije beschikking van partijen staan worden in appèl ambtshalve toegepast. Te denken valt dan aan beroepstermijnen, absolute bevoegdheid van de rechter en onbevoegdheid om als procespartij op te treden.<sup>59</sup> De praktijk is echter niet zwart-wit, Zo worden bepaalde materiële bepalingen uit het familierecht in appèl ambtshalve getoetst.<sup>60</sup> Ondanks het arrest *Van Schijndel en Van Veen*, waarin het Hof de lijdelijkheid van de rechter als uitzondering op de mogelijkheid tot ambtshalve toetsing toelaatbaar achtte, is verplichte ambtshalve toetsing van dwingend gemeenschapsrecht op grond van het gelijkwaardigheidsbeginsel hier niet principieel onmogelijk. In het arrest *Van Schijndel en Van Veen* werd de uitzondering op art. 25 Rv immers enkel aan de doeltreffendheid getoetst en niet aan de gelijkwaardigheid.

Het Europese openbare orde-begrip lijkt pas in beeld te komen als niet aan de doeltreffendheidsvoorwaarde is voldaan. Dat lijkt op basis van het arrest *Van der Weerd* slechts beperkt het geval te zijn. De minimale mogelijkheid om de rechtsgrond aan een rechter voor te kunnen leggen volstaat.

### Coup van Sarkozy

Interessant is in dit verband nog de *coup van Sarkozy*, waarbij de vrije en onvervalste mededinging binnen de interne markt uit de doelstellingen van het toekomstige EU-verdrag is verdwenen.<sup>61</sup> De vraag kan worden gesteld of hiermee niet het fundamentele karakter aan het kartelverbod wordt ontnomen, zoals bepaald in *Eco Swiss* en herhaald in *Manfredi*. Het moet immers gaan om

*‘[...] fundamentele bepaling[en] die onontbeerlijk [zijn] voor de vervulling van de taken van de Gemeenschap en in het bijzonder voor de werking van de interne markt.’<sup>62</sup>*

54 Voor de invulling van de betekenis van het Europese openbare orde begrip is mogelijk de invulling ervan in de executieregels van belang, hoewel het hof hier niet consequent is. Het Hof kwalificeerde art. 81 EG in punt 39 van het arrest *Eco Swiss* wel als van openbare orde in de zin van het Verdrag van New York over de erkenning en tenuitvoerlegging van buitenlandse scheidsrechtelijke uitspraken (1958). Blijkens het arrest *Renault-Maxicar* vallen de art. 81 en 82 EG echter weer niet onder het openbare orde begrip uit art. 27 EEX (HvJ EG, 11 mei 2000, zaak C-38/98, *Jur.* 2000, p. I-2973).

55 Arrest *Van der Weerd*, punt 40.

56 Arrest *Van der Weerd*, punt 41.

57 Getuige de definitie ervan in het arrest *Eco Swiss* ‘in de zin van artikel 1065 Rv’, punt 24.

58 Vgl. A. Hammerstein en H.E. Ras, *De grenzen van de rechtsstrijd in hoger beroep in burgerlijke zaken*, Kluwer Deventer 2004, tweede druk, p. 53 e.v. H.J. Snijders en A. Wendels, *Civiel Appèl*, Kluwer Deventer 2003, derde druk, nrs. 234-236.

59 Hugenholtz/Heemskerk, *Hoofdlijnen van het Nederlands burgerlijk procesrecht*, 21e druk, Elsevier 2006, pt. 117.

60 Vgl. Hammerstein, Ras, a.w., p. 55.

61 Vgl. B.J. Drijber, *Het hervormingsverdrag van de EU: stap vooruit of stap achteruit?*, pag. 131 e.v. van dit tijdschrift.

62 Arrest *Eco Swiss*, punt 36.

De coup heeft waarschijnlijk geen gevolgen voor de rechtspraak over ambtshalve toetsing. In het huidige EG-verdrag zijn de vrije mededinging en de interne markt immers ook enkel opgenomen in de middelen (art. 3, lid 1 sub c en g EG). Daarnaast blijft nog het (bindende) protocol bij het Verdrag en tevens de nietigheidssanctie uit art. 81, lid 2 EG, waarop het Hof expliciet heeft gewezen.<sup>63</sup>

#### Ook in het bestuursrecht ligt het procesinitiatief bij partijen

Een volgende interessante vaststelling is dat niet enkel in het civiele recht een terughoudende opstelling van de rechter een rechtvaardiging is voor een beperkte ambtshalve toets, maar ook in het bestuursrecht. Het zijn partijen die in beginsel aan zet zijn. Wanneer zij niet een rechtsgrond aanvoeren voor een rechter waar zij dat wel kunnen dan is de rechter niet verplicht om aan deze gemeenschapsrechten te toetsen voor een doeltreffende bescherming van de rechten van justitiabelen. Uiteraard moet hij wel waken voor een situatie waarin niet langer een doeltreffend beroep kan worden gedaan. Vergelijk in dat verband het arrest *Peterbroeck*, al kan ik mij in het Nederlandse bestuursrecht niet zo snel een vergelijkbare situatie voor de geest halen. De uniformerende werking van de Awb heeft daaraan natuurlijk bijgedragen.

#### Slot

Al met al blijven de afzonderlijke uitspraken van het Hof alle van belang, met hier en daar een nuancering. Het betreft een casuïstische rechtspraak, waarin wel enkele lijnen zijn te trekken.

Het arrest *Van der Weerd* is voor de verwijzende rechter duidelijk. Noch op grond van het beginsel van gelijkwaardigheid, noch op grond van het beginsel van doeltreffendheid is hij verplicht om ambtshalve aan de twee bepalingen uit het gemeenschapsrecht te toetsen, in een procedure als die in de hoofdgedingen. Voor de jurist is dit arrest gedeeltelijk verhelderend. Waar het Hof met betrekking tot de gelijkwaardigheidstoets zijn oordeel lijkt te willen beperken tot de twee specifieke bepalingen en vaag blijft over meer materiële normen, is het met betrekking tot de doeltreffendheidstoets wel veel algemener. De procedure bij het CBB is bestuursrechtelijk een vrij gebruikelijke procedure. Zelfs de omstandigheid dat sprake is van toetsing in eerste en enige aanleg, brengt in de terughoudendheid van de rechter in dat verband geen verandering. Uiteraard is de grondenfuik hier wel uit den boze.

Met het arrest *Van der Weerd* brengt het Hof de waterscheiding terug tussen de gelijkwaardigheidstoets en de doeltreffendheidstoets. Ook brengt een duidelijk onderscheid aan tussen het nationale begrip 'openbare orde' en de Europese invulling daarvan. Daarmee lijkt de ruimte weggenomen die in de rechtspraak leek te zijn ontstaan voor ongebreidelde verplichte ambtshalve toetsing aan dwingende bepalingen van Europees recht (*Manfredi*). De opzet van dit arrest is in dat opzicht ook systematischer van aard dan bijvoorbeeld het arrest *Claro*.

Het Hof heeft in die zin verhelderend opgetreden door met de A-G de verplichting tot ambtshalve toetsing aan het gemeenschapsrecht op grond van het beginsel van gelijkwaardigheid nadrukkelijk afhankelijk te stellen van de nationaalrechtelijke betekenis van een procedurebepaling. Die invulling kan per lidstaat, per rechtsgebied en per bepaling verschillen. Ook de formulering van een rechter in een verwijzingsbeschikking kan daarop invloed uitoefenen, al hebben het Hof en de A-G een grote hoeveelheid Nederlandstalige literatuur geraadpleegd. Het nationale bestuursrechtelijke openbare orde-begrip heeft dan een beperkte betekenis, waarmee weinig gemeenschapsbepalingen gelijkwaardig zijn.

Er is echter ook een tweede lezing mogelijk, waarbij overweging 32 van het arrest centraal staat. Als die overweging ruimer blijkt dan enkel een *obiter dictum*, geldt in navolging van een ambtshalve toets aan art. 81 EG in het kader van de beoordeling van een arbitraal vonnis ook in het bestuursrecht onder de gelijkwaardigheidstoets een ambtshalve toetsingsplicht aan bepaalde materiële dwingende normen van gemeenschapsrecht.

Het doeltreffendheidsbeginsel lijkt minder ongrijpbaar dan het gelijkwaardigheidsbeginsel, met een eigen van het nationale recht onafhankelijke (Europese) invulling van het begrip 'openbare orde'.

63 Drijber, a.w.