

## Handhaving van het objectieve gemeenschapsrecht via het effectiviteitsbeginsel vs. subjectieve rechtsbescherming via het nationaalrechtelijke verbod op reformatio in peius

Mr. W.W. Geursen

**O**p 25 november 2008 heeft het Hof van Justitie van de EG (grote kamer) uitspraak gedaan in de zaak *Heemskerk*. Deze prejudiciële zaak betref de vraag van het College van Beroep voor het bedrijfsleven (CBB) of de nationale rechter verplicht is het gemeenschapsrecht (ambtshalve) toe te passen ook wanneer hij daarmee buiten de grenzen van het geschil zou treden en het bovendien zou leiden tot benadeling van de appellanten (*reformatio in peius*). A-G Bot had geconcludeerd dat de 'effectieve toepassing van het gemeenschapsrecht' vereiste dat het nationaal procesrecht moest wijken voor toepassing van het gemeenschapsrecht, omdat 'communautaire vereisten van algemeen belang' verlangen dat het objectieve gemeenschapsrecht wordt beschermd en niet de belangen van de individuele burger. Het Hof beantwoordde de vraag echter negatief en maakt daar niet veel woorden aan vuil: er bestaat geen verplichting voor de nationale rechter om het verbod op *reformatio in peius* opzij te schuiven ten faveure van het objectieve gemeenschapsrecht.

*Arrest van het Hof van Justitie van de EG van 25 november 2008 in zaak C-455/06, Heemskerk en Schaap (n.n.g.)*<sup>1</sup>

### Feiten en nationale procedure

De wisselwerking tussen het Nederlandse bestuurs(proces)recht en het gemeenschapsrecht lijkt de laatste jaren steeds aan bod te komen in geschillen over dieren: waren het artikel 4:6 Awb en de kippen in *Kühne & Heitz*<sup>2</sup> – of beter gezegd kippendijen, althans dat was in geschil – artikel 8:69 Awb en de (ontruimde) varkens in *Van der Weerd*<sup>3</sup>, en in *Heemskerk* zijn het nu eerst kalfskoeien/vaarzen en wederom artikel 8:69 Awb. In alle procedures was het het CBB dat prejudiciële vragen stelde.

Op 25 januari 2000 zijn te Moerdijk 640 drachtige vaarzen ingescheept in het onder de Ierse vlag varende schip de M/S Irish Rose om te worden vervoerd naar Marokko. Driehonderd vaarzen

werden vervoerd voor Heemskerk BV, nog eens driehonderd voor de Firma Schaap en de resterende veertig voor weer een ander – niet nader genoemd – bedrijf.

Terzake van deze uitvoer hebben de exporteurs Heemskerk en Schaap op grond van Verordening (EG) nr. 800/1999<sup>4</sup> uitvoerrestituties aangevraagd bij het Productschap Vee en Vlees (PVV); de

- 1 De verwijzingsuitspraak van het CBB van 9 november 2006 (LJN AZ2235) werd eerder besproken in AB 2007/67 m.nt. R. Ortlep en M.J.M. Verhoeven; de uitspraak van het HvJ werd ook becommentarieerd in N. Reich, 'Verlangt das Gemeinschaftsrecht ein "Verbot des Verbots der 'reformatio in peius'"?', *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 2008, p. 325-326; M. Am Ende, 'It's getting cramped on board: Ne ultra petita, Reformatio in peius and the Principle of Effectiveness', *European Law Reporter* 2008, p. 420-426; A.G.F. Ancery, 'Reformatio in peius of ambtshalve toetsing? Over plichten, effectiviteit en nationale procedurele autonomie', *Maandblad voor Vermogensrecht* 2009/2, p. 52-56; W.W. Geursen, 'De zaak Heemskerk: geen verplichte ambtshalve toetsing aan het gemeenschapsrecht ten nadele van de burger', *Juridisch up to date* 2008/22, p. 13-15.
- 2 HvJ EG 13 januari 2004, zaak C-453/00, *Kühne & Heitz*, *Jur.* 2004, blz. I-837; J.H. Jans, K.J. de Graaf, 'Bevoegdheid = verplichting? Enkele opmerkingen over de uitspraak van het Hof van Justitie in de zaak Kühne & Heitz', *NTER* 2004, p. 98-102; M. de Jong, 'Kühne: vraag CBB over consequenties van latere afwijkende prejudiciële uitspraak voor formele rechtskracht van eerdere besluiten', *NTER* 2001, p. 29-35.
- 3 HvJ EG 7 juni 2007, gevoegde zaken C-222-225/05, *Van der Weerd e.a.*, *Jur.* 2007, p. I-4233; A.M. Keessen, 'Ambtshalve toepassing van Europees recht', *NTER* 2006, p. 55-64; W.I. Algera, 'Arrest Van der Weerd: ambtshalve toetsing van EG-recht ingeperkt', *Markt & Mededinging* 2007, p. 163-169; N.J.M. de Munnik, 'Rechtsbescherming, rechtspraak: Geen ambtshalve toepassing van Europees recht: Vragen van het CBB inzake Van der Weerd e.a. beantwoord', *NTER* 2007, p. 246-252; W.W. Geursen, 'De zaak Heemskerk: geen verplichte ambtshalve toetsing aan het gemeenschapsrecht ten nadele van de burger', *Juridisch up to date* 2008/22, p. 13-15.
- 4 Verordening (EG) nr. 800/1999 van de Commissie van 15 april 1999 houdende gemeenschappelijke uitvoeringsbepalingen van het stelsel van restituties bij uitvoer voor landbouwproducten (Pb. EG 1999, L102/11).

Mr. W.W. Geursen is promovendus aan de Vrije Universiteit, Amsterdam.

exportrestituties werden ook toegekend. Het verhaal vertelt niet of het derde bedrijf ook exportrestituties had aangevraagd en toegekend had gekregen; dat bedrijf zal verder buiten beschouwing worden gelaten.

Tijdens een controle van de administratie van Heemskerk en die van Schaap – die plaats vond na de export – bleek dat de toegestane maximumbelading van het Ierse schip was overschreden. Naar aanleiding daarvan werd nader onderzoek gedaan. Aangezien de dierenarts die bij de belading van het Ierse schip aanwezig was geweest, had nagelaten te controleren of de normen voor beladingsdichtheid waren gerespecteerd, was de Algemene Inspectiedienst (AID), de controle- en opsporingsdienst van het ministerie van LNV, genoodzaakt nader onderzoek te doen. Dat leverde een getuigenverklaring op van de persoon die de vaarzen tijdens het transport had begeleid. Naar aanleiding van die verklaring heeft de AID geconcludeerd dat niet was voldaan aan de normen voor beladingsdichtheid. Op de M/S Iris Rose hadden maar 578 vaarzen mogen worden vervoerd, terwijl er 640 aan boord waren; dat was 62 te veel.

De normen voor beladingsdichtheid zijn dierenwelzijnsnormen. Het niet voldoen aan die normen is een grond om exportrestituties niet te verlenen en eventuele voorschotten daarop terug te vorderen. Naar aanleiding van deze bevindingen heeft het PVV bij besluiten van 26 maart 2004 de aan Heemskerk en aan Schaap verleende uitvoerrestituties ingetrokken en de reeds uitbetaalde bedragen teruggevorderd onder verhoging van 10 procent en van wettelijke rente. Na bezwaar van zowel Heemskerk als Schaap heeft het PVV de terug te vorderen bedragen verlaagd, in die zin dat alleen de uitvoerrestituties moesten worden terugbetaald voor de 62 vaarzen waarmee de beladingsnorm was overschreden en naar rato van hun aandeel daarin. Dat was voor beiden 29 vaarzen teveel. Daarnaast verhoogde het PVV het terug te vorderen bedrag met 100 procent. Tegen deze besluiten op bezwaar heeft zowel Heemskerk als Schaap beroep ingesteld bij het CBB, rechter in eerste en enige instantie.

Waar Heemskerk en Schaap ieder nog in bezwaar waren gegaan tegen de weigering van uitvoerrestituties voor driehonderd vaarzen, bevochten zij in beroep ieder slechts nog de weigering van uitvoerrestituties voor 29 vaarzen.

5 R.o. 5.7.

6 R.o. 5.4. Daarmee zou de rechter buiten de grenzen van de rechtsstrijd treden en de partij-autonomie ondermijnen. Of dat strikt genomen in strijd is met het verbod op toetsing *ultra petitem* is de vraag; de 542 besluiten op bezwaar waarin de restituties wel werden toegekend zijn simpelweg niet in geschil en maken als zodanig ook geen onderdeel uit van de 'vordering' / het *petitum* van Heemskerk en Schaap. Am Ende (2008) gaat daar overigens wel van uit. Vaak worden ook het verbod om buiten de grenzen van de rechtsstrijd te treden en het verbod op toetsing *ultra petitem* in één adem (als elkaars verlengde) genoemd (K.J. de Graaf, *Schikken in het bestuursrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004, p. 88) of zelfs als synoniem gebruikt (cf. J. den Boer, R.J. Koopman, S.K. Maynard, P.J. Wattel, *Algemeen Belastingrecht*, Deventer: Kluwer 1999, p. 342). Ik zal hierna naar deze problematiek als 'het voorwerp van het geschil' verwijzen.

7 R.o. 5.5.

8 R.o. 5.4.

9 R.o. 5.6.

Het CBB heeft als voorlopig inhoudelijk oordeel dat met

*'de geconstateerde overbelading de welzijnsnormen van alle 640 getransporteerde drachtige runderen zijn geschonden [en dat daarom] geen van deze runderen voor restitutie in aanmerking komt en dat derhalve de volledige uitbetaalde restitutie had moeten worden ingetrokken en teruggevorderd. Door de geconstateerde overbelading van [de] M/S Irish Rose zijn immers alle 640 getransporteerde drachtige vaarzen getroffen, niet slechts de (...) 62 [vaarzen die teveel aan boord waren]'*.<sup>5</sup>

Daarmee zou het CBB tot de beslissing moeten komen dat Heemskerk en Schaap niet alleen de in beroep aangevochten 29 uitvoerrestituties zouden kwijtraken en voorschotten daarop zouden moeten terugbetalen – waarmee het beroep dus ongegrond is – maar hetzelfde zou ook moeten gelden voor de uitvoerrestituties voor de overige 271 vaarzen die Heemskerk en Schaap elk hadden uitgevoerd; voor ieder dus driehonderd in totaal. Met dat oordeel zouden Heemskerk en Schaap echter slechter af zijn dan voor het instellen van het beroep bij het CBB.

Het CBB constateert dat zijn inhoudelijke conclusie in beginsel afstuit op zijn procesrechtelijke bevoegdheden die worden beperkt door artikel 8:69 Awb. Met die conclusie zou het immers buiten het geschil treden dat zich beperkt tot de genoemde 29 uitvoerrestituties; de overige 271 uitvoerrestituties zijn in beroep geen voorwerp van geschil (die waren alleen in de bezwaarfase onderwerp van geschil). Hiermee zou het CBB zich buiten de grenzen van de rechtsstrijd begeven, die gelimiteerd is tot 29 besluiten op bezwaar. Volgens het CBB 'betekent dat de toekenning van restituties in verband met de export door [Heemskerk en Schaap] van 542 runderen geen voorwerp is van het geschil zoals dat door partijen aan het [CBB] is voorgelegd'.<sup>6</sup>

Daarnaast zou dat ook nog eens in strijd zijn met het in artikel 8:69 Awb besloten liggende verbod op *reformatio in peius*, hetgeen inhoudt dat de appellant niet slechter af mag zijn dan zonder het ingestelde beroep het geval zou zijn geweest. Het CBB verwijst hierbij naar de totstandkomingsgeschiedenis van de Awb waaruit blijkt dat artikel 8:69 Awb primair niet zozeer handhaving van het objectieve recht beoogt, maar het bieden van subjectieve rechtsbescherming.<sup>7</sup>

Artikel 8:69 Awb verleent de Nederlandse bestuursrechter wel de bevoegdheid (en plicht) ambtshalve te toetsen aan bepalingen van openbare orde (zoals op punten van ontvankelijkheid en bevoegdheid).

Derhalve komt het CBB tot de voorlopige conclusie dat het 'niet bevoegd [is] op dit punt een uitspraak te doen'.<sup>8</sup> Desalniettemin twijfelt het CBB of het 'op grond van het communautaire recht gehouden is' de voornoemde (bevoegdheids)beperkingen van artikel 8:69 Awb terzijde te schuiven en alsnog te oordelen dat de uitvoerrestituties voor alle zeshonderd vaarzen ongedaan moeten worden gemaakt, ondanks dat dat 'zou leiden tot een verslechtering van de rechtspositie van appellanten'.<sup>9</sup> Daarbij zij opgemerkt dat de uitvoerrestituties worden betaald uit gemeenschapsgelden. De financiële belangen van de gemeenschap worden dus rechtstreeks geraakt.

Het CBB heeft ter oplossing van zijn dilemma enkele prejudiciële vragen gesteld aan het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen (het Hof), inclusief enkele vragen over de materiële rechtelijke kant van de (controle van) gemeenschapsrechtelijke beladingsnormen (mede) in relatie tot uitvoerrestituties. De verwijzingsuitspraak van het CBB in de zaak *Heemskerk* is overigens van eerdere datum dan de uitspraak van het Hof van Justitie in de zaak

Van der Weerd, dus het CBb heeft bij zijn verwijzing geen rekening kunnen houden met het antwoord van het Hof in die laatste zaak.

In dit artikel zal alleen worden ingegaan op de vraag of de effectieve toepassing van het gemeenschapsrecht vereist dat de nationale rechter het geschil ambtshalve toetst aan bepalingen van het gemeenschapsrecht waarmee de rechter buiten de rechtsstrijd zou moeten gaan en waarmee het verbod op *reformatio in peius* wordt doorbroken; de materieelrechtelijke analyse van het Hof van de communautaire beladingsnormen wordt buiten beschouwing gelaten.

## Conclusie A-G

A-G Bot voert in zijn conclusie van 6 mei 2008 eerst de 'klassieke' Rewe/Comet-toets<sup>10</sup> uit. In de zaken *Rewe* en *Comet* heeft het Hof bepaald dat het gemeenschapsrecht het nationale procesrecht in beginsel respecteert, ook al is de effectieve toepassing van het gemeenschapsrecht daarmee niet in alle gevallen gegarandeerd; de zogenoemde procedurele autonomie. Die nationale procesregels mogen echter (1) niet ongunstiger zijn dan die welke voor soortgelijke nationale vorderingen gelden (gelijkwaardigheidsbeginsel) en (2) de uitoefening van de door het gemeenschapsrecht verleende rechten in de praktijk niet onmogelijk of uiterst moeilijk maken (doeltreffendheidsbeginsel).

A-G Bot komt wat betreft het gelijkwaardigheidsbeginsel tot het oordeel dat de (materieële) dierenwelzijnsnormen en normen die de financiële belangen van de EG beschermen niet gelijkwaardig zijn aan de (formele) normen die de Nederlandse bestuursrechter als van openbare orde dient te beschouwen.<sup>11</sup> Daarbij verwijst hij uitvoerig naar het arrest van het Hof in de zaak *Van der Weerd*, waarin het Hof artikel 8:69 Awb ook al toetste aan het gelijkheidsbeginsel. De communautaire normen in die zaak betroffen Richtlijn 85/511/EEG betreffende maatregelen ter bestrijding van MKZ;<sup>12</sup> die waren ook niet gelijkwaardig. Op basis van het gelijkwaardigheidsbeginsel kan het CBb dan niet worden verplicht de dierenwelzijnsnormen ambtshalve toe te passen en bij overtreding daarvan ook ambtshalve de gevolgen te trekken voor (de intrekking van) de uitvoerrestitutie.

Volgens de A-G zit het probleem hem in 'de draagwijdte van het doeltreffendheidsbeginsel'.<sup>13</sup> Ondanks dat artikel 8:69 Awb in relatie tot de Rewe/Comet-toets en het doeltreffendheidsbeginsel al uitvoerig aan de orde is geweest in de zaak *Van der Weerd*, komt A-G Bot tot de conclusie dat het arrest van het Hof in die zaak 'niet relevant' is.<sup>14</sup> Daarvoor voert hij allereerst aan dat de doelstellingen van de communautaire normen in de zaak *Heemskerk* een andere waarde hebben dan in de zaak *Van der Weerd* en 'te beschouwen [zijn] als communautaire eisen van algemeen belang waarvan de betekenis niet kan worden ontkend'.<sup>15</sup> Ten tweede verschilt volgens hem de context: waar het in *Van der Weerd* ging om rechten die particulieren aan het gemeenschapsrecht konden ontlenuen, gaat het in *Heemskerk* om verplichtingen die het gemeenschapsrecht aan particulieren oplegt, namelijk de verplichting 'om ten onrechte ontvangen uitvoerrestitutie terug te betalen'.<sup>16</sup>

De A-G houdt er de opvatting op na dat met het doeltreffendheidsbeginsel vooral 'de door het gemeenschapsrecht rechtstreeks aan particulieren verleende rechten dienen te worden beschermd'.<sup>17</sup> Daarom acht hij in de zaak *Heemskerk* het doeltreffendheidsbeginsel als beschermer van rechten niet het geschikte criterium. Hij wil het Hof dan ook 'een andere benadering in overweging geven', omdat het om 'communautaire vereisten van algemeen belang' gaat die hij

veel fundamenteeler acht dan 'particuliere belangen van de justitiabelen'.<sup>18</sup> Volgens de A-G

'zou in omstandigheden als die van de hoofdgedingen enkel de nationale rechter als "gewone gemeenschapsrechter" reden kunnen hebben om zich op het gemeenschapsrecht te beroepen teneinde de eerbiediging van dit recht te waarborgen. Hij is daarmee de laatste die een verkeerde toepassing van het gemeenschapsrecht door de bevoegde nationale autoriteit kan corrigeren. De nationale rechter is met andere woorden als enige in staat de communautaire legaliteit te herstellen'.<sup>19</sup>

## Hij vervolgt dat

'de effectieve toepassing van het gemeenschapsrecht in omstandigheden als die van de hoofdgedingen de verplichting meebrengt voor de nationale rechter om een nationale bestuurshandeling ambtshalve te toetsen aan gronden die zijn ontleend aan schending van [genoemde communautaire normen<sup>20</sup>], ook wanneer die toetsing ertoe leidt dat de verzoeker in het hoofdgeding in een ongunstiger positie komt dan waarin hij zonder het instellen van beroep zou hebben verkeerd'.<sup>21</sup>

Volgens de A-G is zijn standpunt in overeenstemming met de arresten van het Hof van 9 maart 1978 in zaak 106/77, *Simmenthal*<sup>22</sup> en van 19 juni 1990 in zaak C-213/89, *Factortame e.a.*<sup>23</sup> en het aldaar ontwikkelde beginsel 'dat een voorschrift van nationaal recht geen afbreuk mag doen aan de toepassing en de werking van het gemeenschapsrecht'.<sup>24</sup>

Daarna verwijst de A-G naar het arrest van het Hof van 21 september 1983 in de gevoegde zaken 205/t/215/82, *Deutsche Milchkontor e.a.*<sup>25</sup>, waarin de Rewe/Comet-toets ook werd toegepast voor de 'geschillen betreffende de invordering van ten onrechte uit hoofde van het gemeenschapsrecht betaalde bedragen'. Naast het feit dat het nationaal procesrecht moet voldoen aan de gelijkwaardigheid- en doeltreffendheidsbeginselen geeft het Hof – naar de mening van A-G Bot – in die zaak aan dat ook 'ten volle rekening moet worden gehouden met het belang van de gemeenschap'.<sup>26</sup>

10 De veelvuldig door het HvJ EG toegepaste toets die het heeft ontwikkeld in zijn arresten 16 december 1976 in zaak 33/76, *Rewe*, *Jur.* 1976, p. 1989), en in zaak 45/76, *Comet*, *Jur.* 1976, p. 2043).

11 Punt 109 van zijn conclusie.

12 Pb. EG 1985, L 315/11.

13 Punt 110 van zijn conclusie.

14 Punt 111 van zijn conclusie.

15 Punten 114-119 van zijn conclusie.

16 Punt 120 van zijn conclusie.

17 Punt 122 van zijn conclusie.

18 Punt 127 van zijn conclusie.

19 Punt 128 van zijn conclusie.

20 Artikel 33 lid 9 tweede alinea Verordening (EG) nr. 1254/1999 en artikelen 1 en 5 lid 7 Verordening (EG) nr. 615/98.

21 Punt 129 van zijn conclusie.

22 *Jur.* 1978, p. 629, r.o. 22.

23 *Jur.* 1990, p. I-2433, r.o. 20.

24 Punt 130 van zijn conclusie.

25 *Jur.* 1983, p. 2633.

26 R.o. 33 en dictum onder 3.

Vervolgens geeft A-G Bot in zijn conclusie in de zaak *Heemskerk* aan dat het Hof de voorwaarden die het in *Deutsche Milchkontor* had ontwikkeld in herinnering heeft gebracht in zijn arrest van 13 maart 2008 in de gevoegde zaken C-383 t/m 385/06, *Vereniging Nationaal Overlegorgaan Sociale Werkvoorziening e.a.*<sup>27</sup>, Nederlandse zaken omtrent de terugvordering van de ESF-subsidies. Daarin gaf het Hof aan dat door de gedupeerden inderdaad een beroep mocht worden gedaan op het vertrouwens- en het rechtszekerheidsbeginsel 'vooropgesteld dat met het belang van de Gemeenschap ten volle rekening wordt gehouden.'<sup>28</sup>

Daarom komt A-G Bot in de zaak *Heemskerk* tot de conclusie dat 'de effectieve toepassing van het gemeenschapsrecht verlangt, dat de nationale rechter ten volle rekening houdt met het belang van de Gemeenschap bij terugvordering van de ten onrechte uitgekeerde restituties en dus de in [artikel 8:69 Awb] geformuleerde procesbeginselen buiten toepassing laat.'<sup>29</sup>

Bovendien had hij al geconstateerd dat de dierenwelzijnsnormen en de normen die de financiële belangen van de EG beschermen van 'algemeen belang zijn'. Daarmee zal de rechter dan ten volle rekening moeten houden.

## Uitspraak Hof

Het Hof heeft op 25 november jl. de vragen van het CBb beantwoord. Ten aanzien van de materiële vragen van het CBb over de (controle van) gemeenschapsrechtelijke beladingsnormen (mede) in relatie tot restituties, concludeert het Hof dat 'de slotsom in beginsel dient te luiden dat deze voorschriften niet zijn nageleefd voor alle getransporteerde levende dieren'.<sup>30</sup> Die voorlopige, inhoudelijke conclusie van het CBb was dus juist. De besluiten op bezwaar van het PVV waren dus in beginsel inhoudelijk onjuist.

Vervolgens antwoordt het Hof in zeer weinig woorden dat het doorbreken van het nationaalrechtelijke verbod op *reformatio in peius* 'niet alleen [zou] indruisen tegen het beginsel van de eerbiediging van het recht van verweer, het rechtszekerheidsbeginsel en het vertrouwensbeginsel, (...) maar zou voor de particulier die beroep heeft ingesteld tegen een voor hem bezwarende handeling, het risico meebrengen dat dit beroep hem in een ongunstigere positie brengt dan die waarin hij zou hebben verkeerd wanneer hij zich ervan had onthouden dit beroep in te stellen'.<sup>31</sup>

27 Jur. 2008, p. 1-1561; zie nader: NJ 2008/349 m. nt. Mok, AB 2008/207 m. nt. W. den Ouden en M.J. Jacobs, W. den Ouden, N. Verheij, 'Bezint eer ge begint! Spraakmakende hofjurisprudentie over Europese subsidies', *Nederlands tijdschrift voor bestuursrecht* 2008 p.155-166.

28 R.o. 52, de aldaar aangehaalde rechtspraak, r.o. 55 en 59.

29 Punt 138 van zijn conclusie.

30 R.o. 43 en dictum onder 3.

31 R.o. 47.

32 R.o. 48.

33 HvJ EG 5 maart 1980, zaak 265/78, *H. Ferwerda BV/Produktschap voor Vee en Vlees*, Jur. 1980, p. 617.

34 R.o. 10.

35 Op grond van art. 104 lid 3 eerste alinea van het Reglement voor de procesvoering van het Hof van Justitie (zie bijvoorbeeld de beschikking van het HvJ EG van 6 oktober 2008 in zaak C-466/06, *Société Roquette Frères* (te vinden op <curia.europa.eu>).

Na die opmerking concludeert het HvJ – helaas niet nader gemotiveerd – dat

'het gemeenschapsrecht de nationale rechter niet verplicht om een bepaling van het gemeenschapsrecht ambtshalve toe te passen, wanneer een dergelijke toepassing zou meebrengen dat hij het in het toepasselijke nationale recht verankerde beginsel van het verbod van *reformatio in peius* doorbreekt'.<sup>32</sup>

Hiermee moet het CBb het dan maar doen.

## Commentaar

### Summiere motivering, maar in lijn met vaste jurisprudentie

De motivering van het Hof op de vraag of het CBb ambtshalve moet toetsen in strijd met de nationaalrechtelijke verboden om buiten het voorwerp van het geschil te toetsen en op *reformatio in peius*, is op zijn minst summier te noemen. Verklaringen daarvoor laten zich raden – de raadkamer heeft zijn geheimen – maar wellicht zijn die te vinden in onenigheid, althans het ontbreken van overeenstemming tussen de dertien rechters en dat dit het resultaat was van een compromis. Waar de A-G overigens nog uitgebreid ingaat op *Van der Weerd* en daarmee de nodige parallellen trekt, rept het Hof merkwaardig genoeg met geen enkel woord over die zaak.

Het Hof accepteert dat de nationaalrechtelijke verbod op *reformatio in peius* een rechtvaardiging vormt op het niet (ambtshalve) toetsen door het CBb aan het gemeenschapsrecht, ook al bevestigt het Hof wel de interpretatie die het CBb had ten aanzien van de communautaire dierenwelzijnsnormen: in geval als in die van de zaak *Heemskerk* zouden de dierenwelzijnsnormen van alle zeshonderd vaarzen zijn geschonden en niet alleen van de 62 die teveel aan boord waren.

Ondanks de summiere motivering, lijkt de uitspraak mij in lijn met de vaste *Rewe/Comet*-jurisprudentie van het Hof. De zaak *Heemskerk* is mijns inziens bijvoorbeeld vergelijkbaar met de zaak *Ferwerda* uit 1978.<sup>33</sup> Daar stond *Ferwerda*, een exporteur van vlees tegenover het (zelfde) PVV in beroep bij het (zelfde) CBb tegen de terugvordering van (naar later bleek) onverschuldigd betaalde uitvoerrestituties. *Ferwerda* beriep zich op het nationaalrechtelijke rechtszekerheidsbeginsel. Het Hof overwoog dat bij het ontbreken van communautaire procesregels voor die terugvordering, de regels van nationaal procesrecht dienen te worden toegepast en het herhaalt de *Rewe/Comet*-toets.<sup>34</sup> Uiteindelijk antwoordde het Hof dat het gemeenschapsrecht niet aan toepassing van het nationaalrechtelijke rechtszekerheidsbeginsel in de weg stond. Het Hof had in zijn arrest in de zaak *Heemskerk* allicht een verwijzing naar de zaak *Ferwerda* kunnen opnemen en misschien zelfs kunnen volstaan met een beschikking ter beantwoording van de vraag van het CBb.<sup>35</sup>

Wat daar ook van zij, de analyse van het Hof in zaak *Heemskerk* lijkt een zeer verkorte en niet volledige *Rewe/Comet*-toets. Wat betreft de toetsing van artikel 8:69 Awb aan het gelijkwaardigheidsbeginsel: in *Heemskerk* vond helemaal geen toets plaats aan het gelijkheidsbeginsel; dat had het Hof al wel gedaan in *Van der Weerd*, zoals ook de A-G correct constateerde. De interpretatie die het Hof daar gaf ten aanzien van de gelijkwaardigheid van de aldaar in het geding zijnde communautaire normen en artikel 8:69 Awb had ook in *Heemskerk* kunnen worden gegeven: de materiële communautaire normen zijn niet vergelijkbaar met de nationale formele normen van 'openbare orde' waaraan de rechter ambtshalve moet toetsen (omtrent ontvankelijkheid en bevoegdheid). Bij de toetsing aan het doeltreffendheidsbeginsel wordt eerst gekeken of de betreffende

nationaalrechtelijke procesregels als rechtvaardiging kunnen gelden voor het niet toepassen van het gemeenschapsrecht. De toetsing aan het doeltreffendheidsbeginsel wordt dan ook wel de procedurele *rule of reason* genoemd,<sup>36</sup> waarbij het niet handhaven van het objectieve gemeenschapsrecht kan worden gerechtvaardigd door nationaalrechtelijke procesregels die subjectieve rechtsbescherming beogen, zoals het vertrouwensbeginsel, het rechtszekerheidsbeginsel, enzovoort. Het lijkt er sterk op dat het Hof toetst of die rechtvaardiging aanwezig is in *Heemskerk*. Het Hof maakt de toetsing aan het doeltreffendheidsbeginsel echter niet af. Na de conclusie dat het verbod op *reformatio in peius* inderdaad een rechtvaardigingsgrond kan vormen, had het Hof moeten nagaan of het niet praktisch onmogelijk of uiterst moeilijk wordt gemaakt het gemeenschapsrecht te handhaven, zeg maar *the balancing test*.<sup>37</sup> Maar goed, de gaten zijn met de voorhanden zijnde vaste jurisprudentie goed op te vullen.

De vraag of het CBb buiten de grenzen van de rechtsstrijd zou moeten gaan, komt niet (expliciet) aan bod. Het CBb had dat ook niet expliciet in een van zijn prejudiciële vragen genoemd, maar wel in de verwijzingsbeschikking. Desalniettemin kan ook die leemte gemakkelijk worden opgevuld, omdat reeds in *Van Schijndel*<sup>38</sup> door het HvJ was bepaald dat:

*'het gemeenschapsrecht de nationale rechter er niet toe verplicht, ambtshalve een rechtsgrond in het geding te brengen ontleend aan schending van gemeenschapsbepalingen, wanneer hij [daar]voor (...) buiten de rechtsstrijd van partijen [moet] treden'*.<sup>39</sup>

De motivering is summier, maar gelet op het vorengaande lijkt de conclusie mij geheel in lijn met vaste jurisprudentie van het Hof.

### Conclusie A-G:

*onjuist gemotiveerd...*

#### *Doeltreffendheidsbeginsel en particuliere rechten*

Volgens A-G Bot is de Rewe/Comet-toets in de zaak *Heemskerk* niet geëigend, omdat het hier gaat om een *verplichting* die het gemeenschapsrecht oplegt aan particulieren en niet om *rechten* die particulieren aan het gemeenschapsrecht ontlelen. Allereerst gaat hij daarmee mijns inziens voorbij aan het feit dat in een zaak als bovengenoemde zaak *Ferwerda*, maar ook in de door hem aangehaalde zaak *Deutsche Michkontor* en in de zaken omtrent de Nederlandse ESF-subsidies, het Hof wel degelijk de Rewe/Comet-toets toepast (zie ook hierna omtrent het gelijkheidsbeginsel en het gemeenschapsbelang). Het Hof geeft in zijn arrest in de zaak *Ferwerda* zelfs expliciet aan dat de nationale rechter op grond van het beginsels van gemeenschapstrouw de toepassing van het gemeenschapsrecht dient

*'te waarborgen, zowel wanneer die bepalingen voor de justitiabelen verplichtingen teweegbrengen als wanneer zij hun rechten toekennen'*.<sup>40</sup>

Daarna volgt de Rewe/Comet-toets. Het Hof maakt dus expliciet geen onderscheid tussen *verplichting* en *rechten*. Hetzelfde gold overigens voor gelijksoortige verplichtingen bij de terugvordering van andere uit gemeenschapsgelden/eigen middelen van de Europese Gemeenschappen gefinancierde vergoedingen aan particulieren (zonder daarin overigens volledig te willen zijn): denatureringspremies,<sup>41</sup> speciale steun voor ondermelk bestemd voor voederdoeleinden,<sup>42</sup> uitvoerrestituties,<sup>43</sup> interventies ter regulering van de landbouwmarkten.<sup>44</sup> Een voor een justitiabele uit het gemeenschapsrecht voortvloeiende *verplichting* om die gelden terug te betalen, heeft in het verleden dus geen speciale positie verworven ten aanzien van

de Rewe/Comet-toets. Die *verplichting* wordt in vaste jurisprudentie van het Hof net zo behandeld als *rechten* die een justitiabele aan het gemeenschapsrecht ontleent.

Om dezelfde redenen rechtvaardigt de omstandigheid dat in de zaak *Heemskerk* (financiële) belangen van de gemeenschap aan de orde zijn ook niet dat tot een andere benadering zou kunnen of moeten leiden, althans niet in het licht van vaste jurisprudentie van het Hof. In de zaak *Ferwerda* en de zaken omtrent de andere uit gemeenschapsgelden gefinancierde vergoedingen aan particulieren speelde datzelfde gemeenschapsbelang, maar vond het Hof het blijkbaar niet nodig om om die reden af te wijken van zijn Rewe/Comet-toets.

Het door A-G Bot voorgestelde onderscheid tussen *verplichting* en *rechten* is eens te meer bedenkelijk in 'horizontale' geschillen; de Rewe/Comet-toets – en dus ook het doeltreffendheidsbeginsel – wordt immers ook in geschillen tussen particulieren toegepast. In dat geval zal het *recht* dat een particuliere partij ontleent aan het gemeenschapsrecht een *plicht*, althans nadeel voor de andere particuliere partij inhouden.<sup>45</sup> In dat licht zij verwezen naar de zaak *Mostaza Claro*, waarin mevrouw Mostaza Claro een abonnement voor mobiele telefonie had bij Móvil, de minimumabonnementperiode niet in acht had genomen en Móvil op basis van een arbitragebeding in de abonnementsovereenkomst een arbitrageprocedure had ingeleid. Na een arbitraal vonnis te haren nadele, heeft mevrouw Mostaza Claro een procedure tot vernietiging van dat arbitraal vonnis ingeleid bij een 'gewone' rechter. Daarbij beriep zij zich op de strijd van het arbitragebeding met de consumentenbeschermingsrichtlijn,<sup>46</sup> een oneerlijk beding. Volgens het Hof zijn de bepalingen van die richtlijn

36 S. Prechal, 'Community law in national courts: The lessons from *Van Schijndel*', 35 CML Rev. 1998, p. 681-706; R.J.G.M. Widdershoven, 'De Europese rol van de nationale rechter: rechtsbescherming of controleur', in: A.W. Heringa e.a. (red.), *Het bestuursrecht beschermd (Stroink-bundel)*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2006, p. 57-69, met name p. 61.

37 Prechal, a.w.

38 HvJ EG 14 december 1995, gevoegde zaken C-430/93 en C-431/93, *Van Schijndel en Van Veen*, Jur. 1995, p. I-4705.

39 R.o. 22 en dictum onder 2.

40 R.o. 10.

41 HvJ EG 12 juni 1980, gevoegde zaken 119 en 126/79, *Lippische Hauptgenossenschaft*, Jur. 1980, p. 1863, HvJ EG 6 mei 1982, gevoegde zaken 146, 192 en 193/81, *BayWa*, Jur. 1982, p. 1503.

42 HvJ EG 21 september 1983, zaak 205/82-215/82, *Deutsche Milchkontor*, Jur. 1982, p. 2633 en HvJ EG 28 juni 1984, gevoegde zaken 187 en 190/83, *Nordbutter*, Jur. 1984, p. 2553.

43 HvJ EG 12 mei 1998, zaak C-366/95, *Steff-Houlberg*, Jur. 1998, p. I-2661 en HvJ EG 16 juli 1998, zaak C-298/96, *Oelmühle Hamburg*, Jur. 1998, p. I-4767.

44 HvJ EG 25 mei 1993, zaak C-197/91, *Frutticoltori*, Jur. 1993, p. I-2639.

45 Nog even los van het onderscheid en de nuance die het HvJ EG over verplichtingen voor particulieren maakt in zijn arrest van 7 januari 2004 in zaak C-201/02, *Wells*, Jur. 2004, p. I-723; zie nader H.F.M.W. van Rijswijk, R.J.G.M. Widdershoven, 'Rechtstreekse werking van richtlijnen in drie-hoeksverhoudingen', *NTER* 2004, p. 42-47.

46 Richtlijn 93/13/EEG van de Raad van 5 april 1993 betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten, Pb. EG 1993, L 95/29.

van 'openbaar belang' en dient de rechter die ambtshalve toe te passen.<sup>47</sup>

De conclusie dat de Rewe/Comet-toets niet geëigend is wanneer het verplichtingen betreft, is dus onjuist. De A-G had hier wat mij betreft niet zomaar aan voorbij mogen gaan.

Voor Am Ende was die conclusie van A-G Bot ook in het licht van Van der Weerd niet te volgen:

*'it seems difficult to follow the argumentation of AG Bot that in the absence of protected interests of individuals, the principle of effectiveness would tilt in favour to the Community interest and work against the interests of the individuals concerned. At least one may notice that the Court seemed not to follow its Advocate General on this road.'*<sup>48</sup>

Daarnaast doet de A-G voorkomen alsof het doeltreffendheidsbeginsel de burger subjectieve rechtsbescherming verschaft waarmee 'de door het gemeenschapsrecht rechtstreeks aan particulieren verleende rechten dienen te worden beschermd'. Hij draait daarmee de zaken echter om. Ter adstructie daarvan wijs ik op het arrest in de zaak *Van Gend & Loos*.<sup>49</sup> Het Hof constateert daarin dat 'de waakzaamheid der belanghebbenden op de verzekering van hun rechten een doelmatige controle verschaft', naast de mogelijkheid voor de Commissie en lidstaten een inbreukprocedure te beginnen. Dat particulieren het gemeenschapsrecht kunnen inroepen komt dus allereerst de doeltreffendheid van het gemeenschapsrecht ten goede en dus niet andersom, zoals A-G Bot doet voorkomen. Natuurlijk kan niet worden ontkend dat dat ook de particulier ten goede komt, of zoals Widdershoven aangeeft: het *recours objectif* en het *recours subjectif* staan 'in dienst van elkaar' en zijn in feite 'twee kanten van dezelfde medaille'.<sup>50</sup> Desalniettemin kunnen deze twee toch botsen, zoals nu ook blijkt in de zaak *Heemskerk*.

Door de zaken om te draaien maakt de A-G van het doeltreffendheidsbeginsel een maatregel die subjectieve rechtsbescherming beoogt te bieden, terwijl het doeltreffendheidsbeginsel juist beoogt het objectieve gemeenschapsrecht te waarborgen. Dat is ook de reden waarom dat vaak botst met nationaalrechtelijke procesregels die subjectieve rechtsbescherming proberen te bieden, zoals in onderhavige zaak *Heemskerk*, waarbij de doeltreffende toepassing van het gemeenschapsrecht in strijd zou zijn met de nationaalrechtelijke verboden om buiten de voorwerp van het geschil te toetsen en *op reformatio in peius*.

Overigens heeft het Hof geen voorkeur voor handhaving van het objectieve gemeenschapsrecht of subjectieve rechtsbescherming, maar probeert het een balans te vinden.<sup>51</sup>

Doordat de A-G deze fout maakt, is het logisch dat hij er niet uitkomt. Hij vindt het doeltreffendheidsbeginsel immers als *recours subjectif* alleen geschikt voor rechten van particulieren; als *recours subjectif* is het doeltreffendheidsbeginsel moeilijk te verenigen met gemeenschapsrechtelijke *verplichtingen* voor particulieren. Daarom zal hij aan het Hof een andere toets hebben voorgesteld (zie daarover nader hierna: '... maar raakt de kern wel').

## Gelijkheidsbeginsel en Gemeenschapsbelang

Zijn nieuwe toets onderbouwt de A-G met name door te verwijzen naar de arresten van het Hof in de zaak *Deutsche Michkontor* en in de zaken omtrent de Nederlandse ESF-subsidies. Mijs inziens ontleent hij aan die zaken een soort Rewe/Comet-Plus-toets, waarbij naast toetsing aan de gelijkheids- en doeltreffendheidsbeginselen ook 'ten volle rekening moet worden gehouden met het belang van de gemeenschap'. Niet geheel toevallig had hij reeds geconstateerd dat de dierenwelzijnsnormen en de normen die de financiële belangen van de EG beschermen van 'algemeen belang zijn', waarmee de nationale rechter dan ten volle rekening zal moeten houden.

Volgens Am Ende is

*'[t]he relevant legal test not to balance the national (and accordingly «less important») rules on legal certainty and legitimate expectations against an (automatically prevailing) Community interest as defined by the Community law provision in question. The relevant test is to balance the rules on legal certainty and protection of legitimate interests as understood in Community law (i.e., Community rules on legal certainty and legitimate interests) against the "Community interest" in question. In this test, it is not necessarily the Community interest that ends up on the topside again and again.'*

Naar mijn mening is de Rewe/Comet-Plus-toets, waarbij ook rekening moet worden gehouden met het gemeenschapsbelang, een onjuiste analyse van de door Bot aangehaalde arresten. Het lijkt mij toe dat het Hof in die arresten slechts het gelijkheidsbeginsel toepaste en niet een nieuwe additionele toets heeft ontwikkeld.

*Deutsche Michkontor* betrof de terugvordering van verleende communautaire steun voor magere melkpoeder bestemd voor de verwerking tot mengvoeder. De subsidieontvanger beriep zich daarbij op het vertrouwensbeginsel. De verwijzende rechter geeft aan dat in het Duitse nationale procesrecht bij een beroep op de schending van het vertrouwensbeginsel een afweging wordt gemaakt tussen het particuliere en 'het algemene belang'.<sup>52</sup> Wanneer een Duitse subsidieontvanger het nationaalrechtelijke vertrouwensbeginsel dan inroept tegen de invordering van hem verleende communautaire steun, zal, op basis van het gelijkheidsbeginsel, ook een belangafweging moeten plaatsvinden waarbij rekening wordt gehouden met het (algemene) belang van de gemeenschap. Dat is immers wat het gelijkheidsbeginsel vereist.

Ook in de zaken omtrent de ESF-subsidies was dat mijs inziens het geval. Het Nederlandse nationale procesrecht, te weten artikel 4:57 Awb, voorziet bij terugvordering van een subsidie expliciet in een (discretionaire) bevoegdheid tot belangenafweging door het subsidieverlenende bestuursorgaan tussen de belangen van de overheid en die van de subsidieontvanger. Dat heeft de Raad van State, de verwijzende rechter in die zaak, ook aan het Hof duidelijk gemaakt.<sup>53</sup> Wanneer een Nederlandse subsidieontvanger dan de nationaalrechtelijke vertrouwens- en rechtszekerheidsbeginselen inroept tegen de invordering van communautaire steun, zal, op basis van het gelijkheidsbeginsel, ook een belangafweging moeten plaatsvinden

47 HvJEG 26 oktober 2006, zaak C-168/05, *Mostaza Claro/Centro Móvil*, Jur. 2006, p. I-10421; J.J. Haersolte-van Hof, P.J. Kreijger, 'Consumentenbeleid en rechtsbescherming, rechtspraak: Mostaza Claro/Centro Móvil', *NTER* 2007, p. 23-27.

48 Am Ende, a.w.

49 HvJEG 5 februari 1963, zaak 26/62, *NV Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend & Loos/Nederlandse administratie der belastingen*, Jur. 1963, p. 3.

50 Widdershoven, a.w., p. 59.

51 Widdershoven a.w., p. 61.

52 R.o. 28.

53 R.o. 21.

waarbij rekening wordt gehouden met het (algemene) belang van de gemeenschap.

Zoals gezegd lijkt het er echter op dat A-G Bot het 'rekening houden met het belang van de gemeenschap' verheft tot een derde toets naast het gelijkheidsbeginsel en het doeltreffendheidsbeginsel.

Uit de door hem aangehaalde rechtspraak volgt mijns inziens echter slechts dat het gelijkheidsbeginsel vereist dat wanneer een belangafweging plaatsvindt waarbij rekening wordt gehouden met het algemene belang (in Duitsland) of het belang van de overheid (in Nederland), dan ook rekening moet worden gehouden met het belang van de gemeenschap. Rekening houden met het gemeenschapsbelang is dan ook geen zelfstandige en additionele toets, maar slechts het gevolg van de toepassing van het gelijkheidsbeginsel.

In de zaken omtrent de ESF-subsidies had het subsidieverlenende bestuursorgaan expliciet de (discretionaire) *bevoegdheid* om een belangenafweging te maken en dus de *plicht* het belang van de gemeenschap te wegen; zoals Jans en De Graaf aangaven: *bevoegdheid* = *verplichting*.<sup>54</sup>

In de zaak *Heemskerck* heeft het CBb de *bevoegdheid* echter niet om een belangenafweging te maken en op basis van het gelijkheidsbeginsel dan ook geen *plicht*; zoals Ortlep al aangaf: geen *bevoegdheid* = geen *verplichting*.<sup>55</sup>

De enige nationaalrechtelijke *bevoegdheid* die het CBb in *Heemskerck* heeft, is ambtshalve te toetsen aan de *openbare orde*. Die gelijkwaardigheidstoets heeft de A-G wel goed uitgevoerd: de communautaire materiële (dierwelzijns)normen zijn niet vergelijkbaar/gelijkwaardig met wat als 'van openbare orde' te gelden heeft voor de Nederlandse bestuursrechter. Dat had het Hof overigens ook al gedaan in de zaak *Van der Weerd*. De manier waarop de A-G zijn conclusie tot een nieuwe drieledige *Rewe/Comet-Plus*-toets motiveert, lijkt mij gezien het voorgaande dan ook onjuist.

### ... maar raakt de kern wel

Wel lijkt de A-G met zijn 'nieuwe' oplossing in ieder geval oog te hebben gehad (of zo u wilt (onderbuik)gevoel) voor twee nog steeds bestaande tegenstellingen in de jurisprudentie van het Hof: allereerst de tegenstelling tussen de zaken *Simmenthal* en *Rewe* (twee verschillende uitwerkingen van het effectiviteitsbeginsel) en ten tweede de tegenstelling tussen de zaken *Van Schijndel* en *Eco Swiss*<sup>56</sup> (de zogenaamde openbare-ordediscussie).

## De *Simmenthal/Rewe*-tegenstelling

Volgens het Hof in *Simmenthal* heeft de nationale rechter de zorgplicht (op grond van artikel 10 EG-Verdrag) voor de volle werking van EG-recht.<sup>57</sup> Daarbij is de nationale rechter, zoals A-G Bot het noemt, in zijn rol van 'gewone gemeenschapsrechter' de laatste die een verkeerde toepassing van het gemeenschapsrecht kan voorkomen. Of zoals Am Ende de rechter noemt: de *last line of defence*<sup>58</sup> of zoals Jans hem in zijn oratie weer andersom noemde 'de "eerste-lijns" Europese rechter'.<sup>59</sup> Daarbij dient hij dus het objectieve gemeenschapsrecht te waarborgen, terwijl het nationale procesrecht hem vaak verbiedt dat te doen, omdat daarin regels besloten liggen die subjectieve rechtsbescherming beogen (zoals overigens ook het CBb expliciet aangeeft in rechtsoverweging 5.5 van zijn verwijzingsbeschikking). De algemene en ongeclausuleerde manier waarop het Hof in de zaken *Simmenthal* stelt dat de nationale rechter het gemeenschapsrecht dient toe te passen, staat haaks op de geclausuleerde toepassing van het doeltreffendheidsbeginsel van de *Rewe/Comet*-toets

waarbij handhaving van het objectieve gemeenschapsrecht niet in alle gevallen is gegarandeerd. Die twee verschillende toepassingen van het effectiviteitsbeginsel lijken niet eenvoudig te rijmen. Zoals Prechal dat noemt: de *Rewe/Simmenthal contradiction*.<sup>60</sup> Bij kans zijn dat twee verschillende beginselen (geworden). Horspool noemt het in *Simmenthal* ontwikkelde beginsel het *general effectiveness principle*,<sup>61</sup> Prechal de 'old' *principle of effectiveness*.<sup>62</sup> Jacobs onderscheidt ook twee lijnen van jurisprudentie,<sup>63</sup> maar nuanceert dat door aan te geven dat het onderscheid artificieel is en dat het er in al die zaken om gaat om een *appropriate balance* te vinden.<sup>64</sup> Overigens meen ik dat voor de regels omtrent staatssteun weer een andere/verdergaande effectiviteitstoets wordt gebezigd (met name waar het de terugvordering betreft);<sup>65</sup> dat wordt hier verder buiten beschouwing gelaten. Volgens Eilmansberger is het verschil gelegen in het feit dat in *Simmenthal* de Italiaanse rechter op grond van zijn nationale (constitusionele) recht überhaupt niet mocht toetsen aan het gemeenschapsrecht, terwijl het volgens hem in *Rewe* met name ging om de vraag

54 J.H. Jans, K.J. de Graaf, a.w.

55 R. Ortlep, 'Geen bevoegdheid = Geen verplichting! Enkele gedachten over de uitspraak van het Hof van Justitie in de zaak Kapferer', *NTER* 2006, p. 138-140.

56 HvJ EG 1 juni 1999, zaak C-126/97, *Eco Swiss China Ltd./ Benetton International B.V.*, *Jur.* 1999, p. I-3055; zie nader Y.E. de Muynck, 'De openbare orde en het mededingingsrecht', *NTER* 2001, p. 253-257 en E.W.F. Schotanus, 'Van openbare orde', *Markt & Mededinging* 2002, p. 261-265.

57 R.o. 7, zie ook *Factortame*, r.o. 18 e.v.

58 M. Am Ende, a.w.

59 J.H. Jans, *Doorgeschoten? Enkele opmerkingen over de gevolgen van de Europeanisering van het bestuursrecht voor de grondslagen van de bestuursrechtspraak*, Rede uitgesproken bij de aanvaarding van het ambt van hoogleraar in het publiekrecht, in het bijzonder het nationale en internationale bestuursrecht, aan de Rijksuniversiteit Groningen op dinsdag 31 mei 2005, te vinden op <<http://redes.eldoc.ub.rug.nl/FILES/root/2005/j.h.jans/jans.pdf>> en onder dezelfde titel als boek bij Europa Law Publishing, Groningen, 2005; volgens Jans dient hij een 'een actieve rechter te zijn, een rechter die de grenzen van het geding opzoekt en waar mogelijk opreikt ten einde de doorwerking van het Europees recht zoveel mogelijk te laten plaatsvinden.'

60 Prechal, a.w.

61 M. Horspool, 'European Community law', in: C. van Dam, *Aansprakelijkheid van Toezichthouders - Een analyse van de aansprakelijkheidsrisico's voor toezichthouders wegens inadequaat handhavingstoezicht en enige aanbevelingen voor toekomstig beleid*, Londen: British Institute of International and Comparative Law 2006, p. 212-234 en M. Horspool, M. Humphreys, S. Harris, R. Malcolm, *European Union Law*, Oxford: Oxford University Press 2006, p. 202 e.v., alhoewel zij van *Simmenthal* in een simpele stap overgaat op *Rewe*, zonder de tegenstelling te duiden.

62 Prechal, a.w.

63 Zie voor een nadere en gedetailleerde beschrijving van die lijnen: G. de Búrca, 'National procedural rules and remedies: the changing approach of the Court of Justice', in: J. Lonbay, A. Biondi, *Remedies for Breach of EC law*, Chichester 1997, p. 37-46.

64 F.G. Jacobs, 'Enforcing community rights and obligations in national courts: striking the balance', in: J. Lonbay, A. Biondi, *Remedies for Breach of EC law*, Chichester 1997, p. 25-36.

65 Zie nader: R.J.M. van den Tweel, 'Beschouwingen over effectieve terugvordering van onrechtmatige staatssteun', *SEW* 2007, p. 366-374.

welke gevolgen de nationale rechter moest verbinden aan een eventuele strijd met gemeenschapsrecht (dus na initiële toetsing aan het gemeenschapsrecht, zoals overigens ook het CBB deed in de zaak *Heemskerk* door te concluderen dat waarschijnlijk de dierenwelzijnsnormen van alle zeshonderd varzen waren geschonden).<sup>66</sup> Die verklaring kan mij niet overtuigen. In een *Rewe/Comet*-zaken, zoals in bijvoorbeeld *Van der Weerd* en ook in *Heemskerk*, is de rechter evenmin bevoegd te toetsen aan gemeenschapsrecht, alhoewel wellicht in minder absolute termen dan de Italiaanse rechter in *Simmenthal*.

Prechal geeft een andere verklaring. Zij geeft aan dat de verklaring wellicht is gelegen in het feit dat het in *Rewe* ging om handhaving van het objectieve gemeenschapsrecht (gebaseerd op het beginsel van voorrang van gemeenschapsrecht), terwijl het in *Simmenthal* ging om effectieve (subjectieve) rechtsbescherming (gebaseerd op het algemene beginsel gemeenschapsrecht van het recht op effectief beroep in rechte /effectieve rechterlijke controle).<sup>67</sup> Dat verschil zou ook de verklaring kunnen zijn waarom de A-G op het verkeerde been is gezet. Wellicht dat de A-G door eerst naar *Simmenthal* en *Factor-tame* te verwijzen is uitgegaan van de – wat mij betreft onjuiste – premisse dat het effectiviteitsbeginsel de subjectieve rechtsbescherming beoogt<sup>68</sup> en die lijn vervolgens heeft doorgetrokken naar het doeltreffendheidsbeginsel van de *Rewe/Comet*-toets. De A-G raakt dan zo te zien verward door de *Simmenthal/Rewe*-tegenstelling en draagt derhalve geen oplossing aan voor die tegenstelling. Het Hof rept er in zijn arrest in de zaak *Heemskerk* helaas in het geheel niet over.

## De openbare-ordediscussie

Met de conclusie van A-G Bot dat de dierenwelzijnsnormen en de normen die de financiële belangen van de EG beschermen van 'algemeen belang' zijn, raakt hij de openbare-ordediscussie. Het is immers nog steeds de vraag hoe *Van Schijndel* en *Eco Swiss* moeten worden geconcilieerd.<sup>69</sup> En meer algemeen of fundamentele normen van gemeenschapsrecht niet altijd effectief moeten worden gehandhaafd (op basis van het ongeclausuleerde effectiviteitsbeginsel van *Simmenthal*). Met name is daarbij de vraag welke normen van gemeenschapsrecht van openbare orde moet worden geacht. Of anders gezegd, dermate fundamenteel zijn dat de rechter er ambtshalve aan moet toetsen; zoals het Hof deed in de reeds aangehaalde zaak *Mostaza Claro*.

Wellicht is het nuttig hier allereerst een 'uitstapje' te maken naar het conflict tussen de effectieve handhaving door ambtshalve toetsing door de bestuursrechter aan nationaalrechtelijke bepalingen van openbare orde en het daarmee doorbreken van het verbod op *reformatio in peius*. In haar proefschrift omtrent de grenzen van de rechtstrijd komt Willemsen – onder verwijzing naar een hele trits bestuursrechtgeleerden – tot de conclusie dat dat bepalingen zijn

*'waarvan de betekenis voor de rechtsorde zo groot is dat hun gelding moet worden verzekerd, ongeacht de wil, kennis of het belang van partijen; zij staan derhalve niet ter vrije beschikking van partijen. De rechtelijke plicht tot ambtshalve toetsing aan deze bepalingen prevaleert daarom ook boven het verbod op reformatio in peius.'*<sup>70</sup>

En dan nu terug naar de openbare-ordediscussie op 'communautair niveau'. De aan *Heemskerk* verwante zaak *Van der Weerd* was de uitgelezen kans voor het Hof om *Van Schijndel* en *Eco Swiss* te conciliëren. In die zaak toetste het Hof artikel 8:69 Awb eerst aan het gelijkheidsbeginsel. Het kwam tot de conclusie dat de materiële communautaire normen omtrent voorkoming van MKZ niet gelijkwaardig waren aan de regels van openbare orde waaraan de Nederlandse bestuursrechter dient te toetsen (omtrekt ontvankelijkheid en bevoegdheid). Het Hof toetste daar dus niet aan de gelijkwaardige (fundamentele) mate van 'de betekenis [van de normen] voor de rechtsorde', maar veeleer aan de vergelijkbaarheid van de inhoud van normen: materieel vs. formeel. Een nadere blik op het arrest in de zaak *Eco Swiss* lijkt echter te wijzen op een toets waarin wél naar de vergelijkbaarheid van het fundamentele karakter voor de rechtsorde wordt gekeken. Daarin concludeert het HvJ dat

*'[art. 81 EG] evenwel een fundamentele bepaling [vormt] die onontbeerlijk is voor de vervulling van de taken van de Gemeenschap en in het bijzonder voor de werking van de interne markt(...) [en] te beschouwen als een bepaling van openbare orde in de zin van dat verdrag.'*<sup>71</sup>

Vervolgens toetst het in *Van der Weerd* aan het doeltreffendheidsbeginsel. Volgens het Hof vormen de bescherming van de rechten van de verdediging, het rechtszekerheidsbeginsel en het goede verloop van de procedure een rechtvaardiging voor de beperking die artikel 8:69 Awb oplegt om te toetsen aan het gemeenschapsrecht. Het Hof komt – onder continue verwijzing naar *Van Schijndel* – tot de conclusie dat het doeltreffendheidsbeginsel zich niet verzette tegen een dergelijke procesrechtelijke beperking. Daarna volgt een voor de conciliëring tussen *Van Schijndel* en *Eco Swiss* wezenlijke overweging. Omdat de zaken *Eco Swiss* en *Mostaza Claro* een toetsing aan het gelijkheidsbeginsel betroffen, was daar de doeltreffendheids-toets niet van belang. *Van Schijndel* betreft de toepassing van het doeltreffendheidsbeginsel en *Eco Swiss* betreft de toepassing van het gelijkwaardigheidsbeginsel. Volgens het Hof in *Eco Swiss* was artikel 81 EG-Verdrag gelijkwaardig aan bepalingen van openbare orde in de zin van artikel 1065 lid 1 sub e Rv. Op basis van het gelijkwaardigheidsbeginsel moest de rechter het arbitrale vonnis dus toetsen aan artikel 81 EG-Verdrag. Dit terwijl het Hof in *Van Schijndel* had verzuimd te toetsen of artikel 81 EG-Verdrag vergelijkbaar was met de regels van 'openbaar belang' waaraan de Hoge Raad in de zaak ambtshalve moest toetsen.

Het is lastig deze twee arresten te conciliëren. Op basis van het hier voorgaande zie ik drie mogelijkheden. Ten eerste zou het verschil kunnen worden verklaard, omdat er sprake is van andere soorten regels van openbare orde:

- in *Eco Swiss* fundamentele (materiële) regels die koste wat het kost moeten worden gerespecteerd en

66 Th. Eilmansberger, 'The relationship between rights and remedies in EC law: in search of the missing link', *CML Rev.* 2004/41: p. 1199–1246, met name p. 1208 en voetnoot 41.

67 HvJ EG 15 mei 1986, zaak 222/84, *Johnston*, *Jur.* 1986, p. 1651, r.o. 18 e.v.

68 Terwijl, zoals gezegd, dat juist de handhaving van het objectieve gemeenschapsrecht beoogt.

69 Er is daarover heel veel geschreven; zie voor een uitgebreide analyse: S. Prechal, N. Shelkopyas, 'National Procedures, Public Policy and EC Law. From Van Schijndel to Eco Swiss and Beyond', *European Review of Private Law* 2004/5, p. 589–611.

70 P.A. Willemsen, *De grenzen van de rechtstrijd in het bestuursrechtelijke beroep en hoger beroep in rechtsvergelijkend perspectief*, Deventer: Kluwer 2005, p. 86; en de aldaar aangehaalde auteurs Schreuder-Vlasblom, Hoogenboom, Bolt en Schlössels.

71 R.o. 36 en 39.



- in *Van der Weerd* (formele) regels van ontvankelijkheid en bevoegdheid.

Ten tweede is een verklaring dat het Hof twee verschillende soorten toetsen van het gelijkwaardigheidsbeginsel hanteert:

- in *Eco Swiss* een vergelijking tussen de (fundamentele) mate van de betekenis van de normen voor de nationale en de communautaire rechtsorde en
- in *Van der Weerd* een vergelijking tussen inhoud van de regels: formeel vs. materieel.

Deze twee redenen zijn aan elkaar gelieerd, maar net even anders. Deze twee verklaringen lijken mij overigens het meest voor de hand liggend.

Ten derde zou een verklaring gelegen kunnen zijn in het feit dat de zaakspecifieke omstandigheden dusdanig verschillen dat een ander oordeel gerechtvaardigd was.<sup>72</sup> Bijvoorbeeld

- omdat in *Van Schijndel* ook nog de complicatie meespeelde dat de Hoge Raad niet aan artikel 81 EG-Verdrag kon toetsen, omdat daarvoor (additioneel) feitenonderzoek nodig was en/of
- omdat in *Eco Swiss* de doorslaggevende specifieke omstandigheid was gelegen in het feit dat arbiters geen prejudiciële vragen kunnen stellen en dat via deze constructie de nationale rechter de zaak toch kon beoordelen en zo nodig de prejudiciële vragen kan stellen.

Zo is het Hof immers ook teruggekomen op de veelbesproken zaak *Emmot*,<sup>73</sup> waarbij de door het Hof gekozen oplossing werd 'gerechtvaardigd door de specifieke omstandigheden van die zaak'.<sup>74</sup>

## Conclusies

De zaak *Heemskerk* heeft bij A-G Bot veel losgemaakt. Ondanks de wat mij betreft onjuiste motivering van zijn conclusie, raakt hij wel de twee kernpunten van het dilemma waarmee het CbB worstelt: (1) de tegenstelling tussen de manier waarop het effectiviteitsbeginsel wordt toegepast in *Simmenthal* en in *Rewe/Comet* en (2) de openbare-ordediscussie: hoe moet *Van Schijndel* en *Eco Swiss* worden gecombineerd.

Wat betreft dat laatste punt, in de sterk aan de zaak *Heemskerk* verwante zaak *Van der Weerd* voerde het Hof reeds de toets van het gelijkwaardigheidsbeginsel uit met betrekking tot artikel 8:69 Awb. Het concludeerde dat de regels van 'openbare orde' voor de Nederlandse bestuursrechter niet gelijkwaardig zijn aan de materiële communautaire normen ter voorkoming van MKZ. Dat het Hof dan in *Heemskerk* via een (te) summier motivering niet meer verheldering geeft omtrent de openbare-ordediscussie acht ik om twee redenen niet onbevredigend. Allereerst is het immers redelijk (*éclairé*) dat de dierenwelzijnswaarden in *Heemskerk* ook niet gelijkwaardig zijn aan diezelfde regels van 'openbare orde'. Ten tweede is de Nederlandse bestuursrechter nationaal gezien ook niet verplicht ambtshalve aan fundamentele regels van openbaar/algemeen/hoger belang te toetsen. Zolang de 'openbare orde' voor de bestuursrechter niet meer inhoudt dan (formele) bevoegdheids- en ontvankelijkheidskwesaties heeft die 'openbare orde' – via de band van het gelijkheidsbeginsel – niets te maken met (materiële) regels van gemeenschapsrecht, hoe fundamenteel ook.

Alleen de *Simmenthal/Rewe*-discussie blijft dan over. Daarover zou meer uitleg van het Hof wenselijk zijn. Wanneer is de nationale rechter verplicht te voldoen aan de vrij absolute eisen van het *Simmenthal*-effectiviteitsbeginsel en wanneer aan het geclausuleerde

*Rewe/Comet*-doeltreffendheidsbeginsel. Dat blijft de te beantwoorden vraag.

Het Hof gaat aan beide punten voorbij, maar zorgt wel voor een antwoord waarmee het CbB de zaak kan oplossen; Heemskerk en Schaap zullen er naar ik aanneem niet slechter van af komen dan voor het instellen van hun beroepen, geen *reformatio in peius* ten faveure van de effectieve handhaving van het gemeenschapsrecht.

72 De Munnik, a.w.

73 HvJ EG 25 juli 1991, zaak C-208/90, *Emmott*, *Jur.* 1991, p. I-4269.

74 HvJ EG 28 november 2000, zaak C-88/99, *Roquette Frères*, *Jur.* 2000, p. I-10465, r.o. 34.