

Het doeltreffendheidsbeginsel na *Pušár*

Een toekomst binnen het kader van het beginsel van effectieve rechtsbescherming?

Leon Timmermans

1 INLEIDING

Een belanghebbende die, geconfronteerd met een hem ongevallig besluit van de overheid, beroep wil instellen bij de bestuursrechter, dient conform artikel 7:1, eerste lid Algemene wet bestuursrecht (Awb) meestal eerst de bezwaarschriftprocedure te doorlopen. Doet hij dit niet, dan wordt hij niet ontvankelijk verklaard in zijn beroep. Zowel de Hoge Raad (belastingkamer) als de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State moesten in het verleden in een zaak waarin mede de toepassing van het Unierecht een rol speelde de vraag beantwoorden of deze eis niet een inbreuk vormt op het recht op effectieve toegang tot de rechter zoals dat thans wordt gewaarborgd door artikel 47, eerste alinea Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (Hv). Beide bestuursrechters zijn van oordeel dat de toegang tot de rechter niet wezenlijk wordt belemmerd door de verplichting om eerst de buitengerechtelijke bezwaarschriftprocedure te doorlopen en concludeerden dat deze verplichting dus Unierechtelijk toelaatbaar is.¹ In de zaak *Pušár* schreef het Slowaakse recht voor dat betrokkene verplicht was eerst een procedure van administratief beroep of bezwaar te volgen alvorens hij bij de rechter een ontvankelijk beroep kan instellen. Het Hof van Justitie stelt vast dat dit geen schending oplevert van artikel 47, eerste alinea Hv. Het *Pušár*-arrest is voorafgegaan door twee andere arresten² waarin de vraag centraal stond of het toegestaan is om pas toegang tot de rechter te verlenen indien eerst gebruik is gemaakt van een buitengerechtelijke bemiddelingsprocedure.³ In beide gevallen kwam het Hof van Justitie van de Europese Unie tot het oordeel dat de opgeworpen barrière Unierechtelijk is toegestaan.

1 HR 23 januari 2004, ECLI:NL:HR:2004:AM0242, AB 2004/258, m.nt. Widdershoven en ABRvS 10 oktober 2007, ECLI:NL:RVS:2008:BB5231, JM 2008/10, m.nt. Pieters.

2 HvJ EG 10 maart 2010, zaak C-317/08-C-320/08, ECLI:EU:C:2010:146 (*Alassini e.a.*), AB 201/157, m.nt. Widdershoven en HvJ 14 juni 2017, zaak C-75/16, ECLI:EU:C:2017:457 (*Menini & Rampanelli*).

3 In de zaak *Menini & Rampanelli* wordt wisselend gesproken van bemiddeling, mediation of ADR.

Op dit moment hebben wij in Nederland nog geen verplichte vorm van mediation of bemiddeling alvorens de rechter te adiiëren. Er is wel een poging gedaan om mediation te regelen in de Algemene wet bestuursrecht en het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering. Deze initiatiefvoorstellen van het kamerlid Van der Steur zijn ingetrokken.⁴ In 2016 is voortbouwend op de initiatiefvoorstellen een Wet bevordering mediation ter consultatie gepubliceerd. Dit voorontwerp is kritisch ontvangen en er is toegezegd in 2017 meerdere expertsessies te organiseren.⁵ Sindsdien is het stil. Het consultatievoorstel voorziet net als de initiatiefvoorstellen niet in een verplichting om eerst mediation te volgen. Lopende de rechterlijke procedure kan de rechter, met instemming van de partijen, hen verwijzen naar mediation. Zo bezien rijst de vraag of het *Pušár*-arrest wel iets nieuws oplevert voor het Nederlandse recht. Het gaat echter om het kader dat het Hof van Justitie hanteert bij de beoordeling van de vraag of een beperking van de toegang tot de rechter geoorloofd is. In het arrest *Alassini e.a.* is het vertrekpunt de procedurele autonomie dat verder ingekaderd wordt door de beginselen van gelijkwaardigheid en doeltreffendheid. Zoals hierna wordt uiteengezet, wordt in het kader van het doeltreffendheidsbeginsel getoetst aan het beginsel van een doeltreffende rechterlijke rechtsbescherming. In het arrest *Menini & Rampanelli* richt het Hof van Justitie zich, onder verwijzing naar *Alassini*, op een toets aan het beginsel van effectieve rechtelijke bescherming. In het *Pušár*-arrest wordt de beperking tot de toegang tot de rechter uitdrukkelijk geplaatst in relatie tot artikel 47 en 52, eerste lid Hv. Het gaat mij niet om de concrete toepassing van het Unierecht, is een verplichte bezwaarschriftprocedure in dat verband geoorloofd, maar om het kader dat wordt gehanteerd of moet worden ter beantwoording van de vraag of een nationale processuele regel bezien vanuit het Unierecht geoorloofd is. Daarvoor is het arrest van belang. Hierna wordt eerst het beoordelingskader zoals gehanteerd in het arrest *Pušár* uiteengezet waarna in paragraaf 3 het verschil met de arresten *Alassini* respectievelijk *Menini & Rampanelli* wordt geanalyseerd. Vervolgens gaat paragraaf 4 in op de twee toetsingskaders die het Hof van Justitie heeft ontwikkeld ter beoordeling van een processuele regel die in de weg kan staan aan de effectuering van een aan het Unierecht ontleend recht. Nadat in paragraaf 5 het verschil tussen het doeltreffendheidsbeginsel en beginsel van effectieve rechtsbescherming is besproken, volgt in paragraaf 6 een analyse van de meest recente rechtspraak waaruit lijkt te volgen dat het beginsel van doeltreffende rechterlijke bescherming thans centraal staat ter beoordeling van een nationale procesrechtelijke regel. Afgesloten wordt met een conclusie.

4 Zie de *Kamerstukken II* 2014/15 onder nummer 33722, 33723 en 33727.

5 *Kamerstukken II* 2016/17, 29528, nr. 11.

2 BEOORDELINGSKADER *PUŠKÁR*

Het Hof van Justitie beantwoordt in het *Puškár*-arrest de vraag of artikel 47 Hv eraan in de weg staat dat pas beroep in rechte kan worden ingesteld nadat de beschikbare administratieve beroepswegen zijn uitgeput. Dit is feitelijk dezelfde verplichting om een bezwaarschriftprocedure te volgen zoals wij die in Nederland kennen in de Awb. Het Hof kiest het bekende uitgangspunt van de procedurele autonomie gekoppeld aan het beginsel van loyale samenwerking van artikel 4, derde lid Verdrag betreffende de Europese Unie (VEU) dat van de rechterlijke instanties van de lidstaten vereist om de rechterlijke bescherming van de rechten die justitiabelen aan het Unierecht ontleen, te verzekeren. Normaal volgt dan de toets aan de sinds het *Rewe*-arrest⁶ bekende eisen van gelijkwaardigheid en doeltreffendheid, maar niet in dit geval. Het uitgangspunt van de procedurele autonomie wordt gekoppeld aan artikel 19, eerste lid VEU. Uit deze bepaling vloeit voor de lidstaten de verplichting voort te voorzien in de nodige rechtsmiddelen om daadwerkelijke rechtsbescherming op de onder het Unierecht vallende rechtsgebieden te verzekeren.⁷ Het gaat hier om een verplichting die is opgelegd aan de lidstaten die een spiegelbepaling kent in artikel 47 Hv. Hierin is immers het grondrecht neergelegd op een doeltreffende voorziening in rechte. Dit in artikel 47 Hv neergelegde recht op een doeltreffende voorziening in rechte is al veel eerder geformuleerd in het arrest *Johnston*.⁸ Voor de inwerkingtreding van artikel 47 Hv werd reeds aangenomen dat het recht op effectieve rechterlijke bescherming een algemeen beginsel van het recht van de Unie is. Dit recht is thans tot uitdrukking gebracht in artikel 47 Hv dat een herbevestiging vormt van dit beginsel. Zoals hierna nog zal blijken is van belang dat uit de toelichting op deze bepaling blijkt dat deze is gebaseerd op en uitwerking geeft aan artikel 13 en 6, eerste lid EVRM.⁹

De verplichting om volgens het Slowaakse recht eerst de administratieve beroepswegen te volgen, vergelijkbaar met de Nederlandse bezwaarschriftprocedure, vertraagt de toegang tot de rechter. Bovendien kunnen volgens het Hof bijkomende kosten ontstaan. Het is onmiskenbaar een beperking van het recht op een doeltreffende voorziening in rechte met als gevolg dat conform artikel 52, eerste lid Hv moet worden onderzocht of deze beperking rechtens is toegestaan. Aangezien de verplichting is vastgelegd in het Slowaakse Wetboek van burgerlijke rechtsvordering, is voldaan aan de eis dat de beperking

6 HvJ EG 16 december 1976, zaak 33-76, ECLI:EU:C:1976:188 (*Rewe*).

7 Eerder geformuleerd in HvJ EU 26 juli 2017, zaak C-348/16, ECLI:EU:C:2017:591 (*Sacko*), par. 29 en HvJ 8 november 2016, zaak C-243/15, ECLI:EU:C:2016:838 (*Lsoochranárske zoskupenie VLK*), par. 34, waarnaar het Hof verwijst in *Puškár*.

8 HvJ EG 15 mei 1986, zaak 222-84, ECLI:EU:C:1986:206 (*Johnston*), *Jurispr.* 1986, p. 1651, par. 58 en 59.

9 *Pb.* EU C 303/17, p. C 303/29 en C 303/30.

moet zijn gesteld bij wet. Omdat uiteindelijk na het doorlopen van de administratieve beroepsweg de rechter kan worden geadieerd, wordt de wezenlijke inhoud van het recht op een doeltreffende voorziening in rechte geëerbiedigd. Het is immers enkel een aanvullende procedurele stap. Vervolgens wordt onderzocht of de verplichting tot het doorlopen van de administratieve beroepsweg een doelstelling van algemeen belang dient. De argumenten die in punt 66 en 67 van het arrest *Pušár* worden genoemd, komen overeen met de argumenten die in Nederland worden genoemd voor de verplichting om een bezwaarschriftprocedure te volgen.¹⁰ Het gaat dan om de herstelfunctie, fouten herstellen door het bestuur, de zeefwerking, rauwelijkse¹¹ en onnodige beroepen voorkomen en tot slot de dossiervormingsfunctie waardoor de rechter een beter gevormd dossier krijgt. Dit alles beantwoordt volgens het Hof aan rechtmatige doelstellingen van algemeen belang.

Tot slot volgt de toets aan het evenredigheidsbeginsel. Nadat het Hof heeft geoordeeld dat de verplichting om een administratieve beroepsweg te volgen geschikt is om de genoemde doelstellingen te verwezenlijken en er geen minder ingrijpende maatregel bestaat waarmee deze doelstellingen behaald kunnen worden, komt het Hof toe aan de toets aan de evenredigheid in strikte zin. In dat kader worden de arresten *Alassini* en *Menini & Rampanelli* aangehaald. Er is volgens het Hof geen kennelijke onevenredigheid tussen de genoemde doelstellingen en de daardoor veroorzaakte ongemakken die gepaard gaan met het volgen van de administratieve beroepsweg. Het beginsel van effectieve rechtsbescherming staat volgens die arresten niet in de weg aan het voorschrijven van mediation of bemiddeling als voorwaarde voor toegang tot de rechter mits voldaan is aan een aantal nadere voorwaarden. Zo mag de buitengerechtelijke procedure niet leiden tot een voor partijen bindende beslissing en mag geen wezenlijke vertraging ontstaan voor het instellen van beroep in rechte. Voor Nederland geldt dat in artikel 7:10 Awb de beslistermijn is geregeld en dat er mogelijkheden zijn om bij niet tijdig beslissen op bezwaar juridisch actie te ondernemen. De rechter moet volgens het Hof in spoedeisende gevallen voorlopige maatregelen kunnen treffen en de administratieve beroepsweg moet de verjaring van de betrokken rechten schorsen en geringe kosten meebrengen. Voor bezwaar geldt volgens artikel 7:15 Awb dat geen rechten zijn verschuldigd en ook al heeft dit normaal geen schorsende werking – artikel 6:16 Awb – belanghebbende kan de voorzieningenrechter van de bestuursrechter benaderen, aldus artikel 8:81 Awb. Een punt van aandacht is dat

10 Zie Schlössels in par. 3 van zijn noot onder het arrest *Pušár* in *JB* 2018/1.

11 Zonder dat het bestuursorgaan eerst de gelegenheid heeft gehad om de fout te herstellen.

het volgens het Hof niet is toegestaan dat de buitengerechtelijke procedure alleen langs de elektronische weg toegankelijk is.¹²

Het Hof van Justitie concludeert dat artikel 47 Hv niet in de weg staat aan de verplichting tot het volgen van een administratieve beroepsweg, zoals in Nederland de bezwaarschriftprocedure, alvorens belanghebbende in rechte voorziening kan vragen. Wel is vereist dat de rechterlijke instantie moet nagaan of de wijze waarop *in concreto* van de administratieve beroepsweg gebruik kan worden gemaakt, het recht op een doeltreffende voorziening in rechte niet onevenredig aantast.

3 VERSCHIL MET *ALASSINI* EN *MENINI & RAMPANELLI*

In de inleiding van dit hoofdstuk is beschreven dat het Hof van Justitie eerder in het arrest *Alassini* geoordeeld heeft over de verplichte poging tot bemiddeling als ontvankelijkheidseis voor beroep op de rechter. Feitelijk dus ook een extra procedurele stap alvorens een justitiabele toegang heeft tot de rechter. In dat arrest wordt gestart met de stelling dat dient te worden onderzocht of deze eis verenigbaar is met het recht op effectieve rechterlijke bescherming.¹³ Vervolgens wordt echter een andere route gevolgd om te beoordelen of de verplichte bemiddelingspoging Unierechtelijk is toegestaan. Het arrest kent twee stappen. Gestart wordt in punt 47 van het arrest met het bekende uitgangspunt van de procedurele autonomie met de aanvulling dat de lidstaten gehouden zijn een doeltreffende bescherming van de aan het Unierecht ontleende rechten te verzekeren. Daarna volgt de toets aan het gelijkwaardigheidsbeginsel, dat geen probleem oplevert, en aan het doeltreffendheidsbeginsel. Hier worden in punt 53-60 eisen genoemd die in het *Puškár*-arrest aan bod komen in het kader van de toets aan het evenredigheidsbeginsel in strikte zin.

Met het voorgaande is het Hof er nog niet in het arrest *Alassini*. In punt 61 komt het Hof toe aan de tweede stap. Daar wordt het beginsel van doeltreffende rechterlijke bescherming als algemeen beginsel van Unierecht aangehaald zoals bevestigd in artikel 47 Hv. Vastgesteld wordt dat de verplichte bemiddelingspoging als extra tussenstap voordat een justitiabele voorziening in rechte kan vragen, afbreuk kan doen aan het beginsel van effectieve rechterlijke bescherming. Het Hof wijst erop dat het vaste rechtspraak is dat grondrechten geen absolute gelding hebben, maar beperkingen kunnen bevatten mits voldaan is aan de randvoorwaarden van artikel 52, eerste lid Hv. De

12 Het toekomstige artikel 2:7 Awb, zoals opgenomen in het voorstel van Wet modernisering elektronisch bestuurlijk verkeer, *Kamerstukken II* 2018/19, 35261, 1-3, lijkt hieraan te voldoen.

13 HvJ EU 10 maart 2010, gevoegde zaken C-317/08 tot en met C-320/08, ECLI:EU:C:2010:146 (*Alassini e.a.*), AB 2011/157, m.nt. Widdershoven, par. 46.

conclusie luidt uiteindelijk dat de verplichte bemiddelingspoging zoals opgenomen in de Italiaanse procedure, het beginsel van effectieve rechterlijke bescherming eerbiedigt mits voldaan is aan de voorwaarden van punt 58 en 59.¹⁴ Beoordeeld moet worden of in het concrete geval het voor de justitiabele in de praktijk onmogelijk of uiterst moeilijk wordt gemaakt om toegang te verkrijgen tot de bemiddelingsprocedure indien deze enkel via de elektronische weg kan worden opgestart terwijl de justitiabele niet over internet beschikt. Bovendien moet het in uitzonderlijke gevallen mogelijk zijn dat lopende een bemiddelingsprocedure voorlopige maatregelen kunnen worden getroffen.

In het arrest *Menini & Rampanelli* was eveneens een verplichting aan de orde tot het volgen van bemiddeling/mediation als extra tussenstap voor toegang tot de rechter. Hier grijpt het Hof van Justitie onder verwijzing naar het arrest *Allassini* direct naar het beginsel van effectieve rechterlijke bescherming waaraan door deze eis geen afbreuk mag worden gedaan. Vervolgens wordt erop gewezen dat grondrechten geen absolute gelding hebben, maar beperkingen kunnen bevatten. Daarbij wordt verwezen naar punt 63 van *Allassini*. In punt 55-60 wordt dezelfde toets verricht als in punt 63-70 van het *Puškar*-arrest ter bepaling of voldaan is aan de toets van de evenredigheid in strikte zin. Een toets, zoals gezegd, die in het arrest *Allassini* wordt geplaatst in het kader van het doeltreffendheidsvereiste. In punt 61 volgt onder aanhaling van de eerder genoemde eisen de conclusie dat de verplichting van het voeren van een procedure van bemiddeling/mediation als voorwaarde voor de ontvankelijkheid van een vordering in rechte, verzoenbaar kan zijn met het beginsel van effectieve rechterlijke bescherming:

(...) indien deze procedure niet tot een bindende beslissing voor de partijen leidt, geen wezenlijke vertraging voor het instellen van een beroep bij de rechter meebrengt, de verjaring van de betrokken rechten schorst en geen of zeer geringe kosten meebrengt voor de partijen, mits de elektronische weg niet de enige manier van toegang tot die procedure vormt en voorlopige maatregelen kunnen worden gelast in de uitzonderlijke gevallen waarin de spoedeisendheid van de situatie dit verlangt (zie in die zin arrest van 18 maart 2010, zaak C-317/08–C-320/08, EU:C:2010:146 (*Allassini e.a.*), punt 67).

In het *Puškar*-arrest worden deze elementen ook genoemd en wordt in punt 76 geconcludeerd dat artikel 47 Hv niet in de weg staat aan een nationale wettelijke bepaling die voorschrijft dat eerst een administratieve beroepsweg moet worden gevolgd alvorens men toegang krijgt tot de rechter.

Het voorgaande overziend, blijkt dat dezelfde rechtsvraag, is het voorschrijven van een voorprocedure alvorens de rechter kan worden benaderd Unierechtelijk toelaatbaar, op een verschillende manier wordt of kan worden

14 Niet alleen toegang via de elektronische weg en de bemiddelingsprocedure mag *in concreto* niet beletten dat voorlopige maatregelen worden genomen.

aangepakt. Daarbij valt op dat een aantal criteria die eerder werden gebruikt in het kader van de toets aan het doeltreffendheidsbeginsel worden ingezet om aan de hand daarvan te beoordelen of de opgeworpen processuele beperking de toets aan de evenredigheid in enge zin kan doorstaan en daarmee een rechtmatige beperking oplevert van het grondrecht van artikel 47 Hv. Schlössels concludeert in zijn noot bij het *Puškár*-arrest, onder verwijzing naar de conclusie van A-G Kokott, dat artikel 47 Hv de taak van het doeltreffendheidsbeginsel overneemt dat sinds jaar en dag via het leerstuk van de procedurele autonomie waakt over de kwaliteit van de bestuursrechtelijke rechtsbescherming op het moment dat een Unierechtelijk recht in het geding is.¹⁵ Kokott stelt in punt 51 van haar conclusie dat in artikel 47, eerste alinea Hv en in het doeltreffendheidsbeginsel in wezen hetzelfde rechtsbeginsel tot uiting komt. Derhalve kan aan de hand van artikel 47, eerste alinea en artikel 52, eerste lid Hv worden getoetst.¹⁶ Widdershoven signaleert dat een toets aan het doeltreffendheidsbeginsel in zaken waarin sprake is van een beperking tot de toegang tot de rechter op zijn retour is en acht dat een goede zaak. Het is immers het fundamentele recht op daadwerkelijke rechtsbescherming dat in het geding is en niet primair de vraag of de betreffende regels effectivering van het materiële Unierecht uiterst moeilijk of onmogelijk maken.¹⁷

4 TWESPORENBELEID?

Het verschil in aanpak van het Hof van Justitie omtrent het verplicht volgen van een buitengerechtelijke procedure alvorens toegang tot de rechter te krijgen is illustratief voor een probleem dat vaker is gesignaleerd in de literatuur. Bij gebreke aan Unierechtelijk procesrecht voor de toepassing van materieel Unierecht door de lidstaten moest het Hof wel terugvallen op het nationale procesrecht: procedures vinden plaats voor de nationale rechter. Gebruik wordt gemaakt van de constructie van de procedurele autonomie¹⁸ volgens welke regel het aan de lidstaten wordt overgelaten om de bevoegde rechter

15 *JB* 2018/1, par. 1 noot Schlössels.

16 Conclusie van 30 maart 2017, zaak C-73/16.

17 Zie par. 2 van noot Widdershoven onder het arrest *Puškár* in *AB* 2018/116.

18 Veelal toegeschreven aan het *Rewe*-arrest (HvJ EG 16 december 1976, zaak 33-76, ECLI:EU:C:1976:188). Maar, de kern van procedurele autonomie treft men al aan in HvJ EG 19 december 1968, zaak 13/68, ECLI:EU:C:1968:54 (*Salgoil*), onder III sub 2, waarover A. Arnulf, 'Remedies before national courts', in: R. Schütze & T. Tridimas (red.), *Oxford Principles of European Union Law. The European Legal Order* (Volume I), Oxford: Oxford University Press 2018, p. 1012.

aan te wijzen en de procesregels vast te stellen voor de administratieve procedure, zoals een bezwaarschriftprocedure, en de gerechtelijke procedure.¹⁹ Dit beginsel steunt overigens op het uitgangspunt van loyale samenwerking zoals opgenomen in artikel 4, derde lid VEU.²⁰ Vervolgens moet wel worden beoordeeld of de toepassing van dit nationale procesrecht ertoe leidt dat de aan het materiële Europese recht ontleende rechten daadwerkelijk kunnen worden verwezenlijkt. Het Hof van Justitie gebruikt(e) in dit kader de toets aan het doeltreffendheidsbeginsel om deze controle te kunnen uitvoeren.²¹ Volgens dit beginsel mag de uitoefening van de door de rechtsorde van de Unie verleende rechten in de praktijk niet onmogelijk of uiterst moeilijk worden gemaakt. Via het doeltreffendheidsbeginsel wordt in het *Rewe*-arrest beoordeeld of een fatale beroepstermijn aanvaardbaar is. Het gaat hier om een beperking van het recht op toegang tot de rechter.

De toets aan het doeltreffendheidsbeginsel is verfijnd door de zogenaamde procedurele *rule of reason* toets in het arrest *Van Schijndel en Van Veen*.²² In het kader van die toets wordt tegen de achtergrond van het nationale procesrecht beoordeeld waarom hierin een beperking is opgenomen die in de weg staat aan toepassing van materieel Unierecht. In dit geval was het door de rechter ambtshalve in het geding brengen van een rechtsgrond ontleend aan schending van Unierecht. Deze werkwijze is nadien bevestigd in *Van der Weerd e.a. tegen Nederland*²³ en impliceert een evenredigheidstoets. Zodra een nationale wettelijke regeling voorligt die de uitoefening van een aan het Unierecht ontleende aanspraak ondermijnt, zoals een beperking van de bevoegdheid om ambtshalve het recht toe te passen, dient de nationale rechter de inbreuk op het doeltreffendheidsbeginsel af te zetten tegen: "(...) 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

19 HvJ EU 6 oktober 2015, zaak C-61/14, ECLI:EU:C:2015:655 (*Orrizonte Salute*), par. 46.

20 A. McDonnell, 'Chapter 11. Application and Enforcement of EU Law in the Member States', in: P.-J. Kuijper e.a. (red.), *The Law of the European Union*, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International 2018, p. 446-447, onderscheidt drie elementen, namelijk het beginsel van loyale samenwerking, de daarop steunende procedurele autonomie die weer nader wordt ingekaderd door de beginselen van gelijkwaardigheid en doeltreffendheid.

21 M. Klamert, 'The Principle of Loyalty in the EU Law', *Oxford Scholarship Online Law* (2014), p. 128.

22 HvJ EG 14 december 1995, gevoegde zaken C-430/93 en C-431/93, ECLI:EU:C:1995:441 (*Van Schijndel en Van Veen*), par. 19.

23 HvJ EG 7 juni 2007, gevoegde zaken C-222/05 tot en met C-225/05, ECLI:EU:C:2007:318 (*Van der Weerd e.a./Nederland*), par. 35-36.

verloop van de procedure".²⁴ Deze formulering vereist een 'case by case'-benadering waarbij de nationale rechter de nationale procesregels moet beoordelen.²⁵ Daarbij moet deze rechter een context specifieke proportionaliteitstoets verrichten van iedere processuele beperking en deze buiten toepassing laten wanneer de doorwerking van het Unierecht dat noodzakelijk maakt.²⁶ Het Hof van Justitie stelt overigens dat het Unierecht in algemene zin niet verplicht tot het creëren van nieuwe instrumenten om een inbreuk op het Unierecht te rectificeren als maar binnen het stelsel van nationale rechtsmiddelen de eerbiediging van het gelijkwaardigheids- en doeltreffendheidsbeginsel wordt gewaarborgd.²⁷

Ondertussen heeft zich in de rechtspraak van het Hof van Justitie een ander spoor ontwikkeld ter beoordeling of een beperking van de toegang tot de rechter of een in het procesrecht vervatte beperking vanuit de optiek van de toepassing van het materiële Unierecht rechtens is toegestaan.²⁸ Deze ontwikkeling is ingezet met het hiervoor genoemde arrest *Johnston*²⁹ waarin het ging om een beroep op de richtlijn inzake gelijke behandeling van mannen en vrouwen.³⁰ Volgens het Hof moet eenieder die zich beroept op schending van artikel 6 van deze richtlijn beschikken over een effectieve mogelijkheid van beroep in rechte. In het vrij snel daarop volgende arrest *Heylens*³¹ werd door het Hof van Justitie gesteld dat in geval de uitoefening van een aan het gemeenschapsrecht ontleend fundamenteel recht in het geding is, in casu het recht op vrije

24 Par. 33 van het arrest *Van der Weerd e.a./Nederland*.

25 R. Schütze, *European Union Law*, Cambridge: Cambridge University Press 2018, p. 411-418, zet uiteen dat de rechtspraak van het Hof van Justitie drie fasen laat zien in de mate waarin het Hof zich al dan niet terughoudend opstelt bij de toepassing van het doeltreffendheidsbeginsel.

26 Zie P. Craig & G. de Búrca, *EU Law. Texts, Cases and Materials*, Oxford: Oxford University Press 2015, p. 226.

27 HvJ EG 13 maart 2007, zaak C-432/05, ECLI:EU:C:2007:163 (*Unibet*), par. 47, waarover Craig & De Búrca 2015, p. 229.

28 Zie hierover A. Prechal & R. Widdershoven, 'Redefining the Relationship between "Rewe-effectiveness" and Effective Judicial Protection', *REAlaw* 2011, 4(2), p. 31-50, m.n. p. 34-38.

29 HvJ EG 15 mei 1986, zaak 222-84, ECLI:EU:C:1986:206 (*Johnston*), *Jurispr.* 1986, p. 1651, par. 58 en 59. Zie hierover L.M. Ravo, 'The Role of the Principle of Effective Judicial Protection in the EU and its Impact on National Jurisdictions', p. 101-125, m.n. p. 103-104, www.openstarts.unit.it/bitstream/1077/8192/ravo.pdf.

30 Richtlijn 76/207/EEG van de Raad van 9 februari 1976 betreffende de tenuitvoerlegging van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen ten aanzien van de toegang tot het arbeidsproces, de beroepsopleiding en de promotiekansen en ten aanzien van de arbeidsvoorwaarden, *Pb. EG* 1976, L 39, p. 40.

31 HvJ EG 15 oktober 1987, zaak 222/86, ECLI:EU:C:1987:442 (*Heylens*), par. 14.

toegang tot arbeid, het van wezenlijk belang is dat de particulier een doeltreffende bescherming van zijn recht wordt gewaarborgd. Onder verwijzing naar het arrest *Johnston* wordt gesteld: “(...) dit vereiste [vormt] een algemeen beginsel van gemeenschapsrecht, dat voortvloeit uit het constitutionele erfgoed dat alle Lid-Staten gemeen hebben en dat eveneens is neergelegd in de artikelen 6 en 13 van het Europese Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens”. Dit algemeen beginsel van Unierecht kan er zelfs toe leiden dat tegen een handeling, een advies dat de facto bindend is voor de nationale autoriteit, waartegen normaal geen beroep kan worden ingesteld, toch rechterlijke controle mogelijk moet worden gemaakt, aldus het Hof van Justitie in het arrest *Borelli*.³²

Het hier geschetste spoor is vaste rechtspraak, waarvan het arrest *DEB* een helder voorbeeld is. In dit arrest³³ wordt gesteld: “Dit beginsel [het beginsel van daadwerkelijke rechterlijke bescherming, LT] vormt een algemeen beginsel van Unierecht dat voortvloeit uit de gemeenschappelijke constitutionele tradities van de lidstaten, en dat is neergelegd in de artikelen 6 en 13 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (...)”.³⁴ In het arrest *Otis*³⁵ wordt dezelfde formule gehanteerd en aangegeven dat het beginsel van effectieve rechterlijke bescherming thans is uitgedrukt in artikel 47 Hv en dat dit beginsel uit diverse onderdelen bestaat, met name de rechten van de verdediging, het beginsel van *equality of arms*, het recht op toegang tot de rechter en het recht om zich te laten adviseren, te verdedigen en te laten vertegenwoordigen.³⁶ Bovendien moet het gerecht met betrekking tot het recht op toegang tot een rechter, indien het gaat om de betwisting inzake uit het Unierecht voortvloeiende rechten en verplichtingen, bevoegd zijn om alle voor het aanhangige geding relevante feitelijke en juridische kwesties te kunnen onderzoeken. Kortom, het gerecht moet beschikken over *full jurisdiction*. Tot op zekere hoogte functioneert het beginsel van effectieve rechtsbescherming daarmee als een paraplubeginsel.³⁷ Aan het in artikel 47 Hv neergelegde grondrecht op een doeltreffende voorziening in rechte wordt mede inhoud gegeven door het bepaalde in artikel 19, eerste lid VEU

32 HvJ EG 3 december 1992, zaak C-97/91, ECLI:EU:C:1992:491 (*Borelli*), par. 13-15. Zie over dit arrest F. Brito Bastos, ‘The Borelli Doctrine Revisited: Three Issues of Coherence in a Landmark Ruling for EU Administrative Justice’, *REALaw* 2015 (2), p. 269-298.

33 HvJ EU 22 december 2010, zaak C-279/09, ECLI:EU:C:2010:811 (*DEB*), par. 29.

34 Zie bijvoorbeeld ook HvJ EU 16 mei 2017, zaak C-682/15, ECLI:EU:C:2017:373 (*Berlioz Investment Fund SA*), par. 54.

35 HvJ EU 6 november 2012, zaak C-199/11, ECLI:EU:C:2012:684 (*Otis e.a.*), par. 46-49.

36 In gelijke zin HvJ EU 16 juli 2017, zaak C-348/16, ECLI:EU:C:2017:591 (*Sacko*), par. 32.

37 A. Prechal, ‘The Court of Justice and Effective Judicial Protection: What Has the Charter Changed?’, in: C. Paulussen e.a. (red.), *Fundamental Rights in International and European Law. Public and Private Law Perspectives*, Berlijn: Springer 2016, p. 143-157, m.n. p. 149.

dat lidstaten verplicht zijn te voorzien in de nodige rechtsmiddelen om daadwerkelijke rechtsbescherming op de onder het Unierecht vallende rechtsgebieden te verzekeren. Uit die bepaling vloeit echter niet voort dat het beoogt om naast de reeds door het nationale recht gegeven rechtsmiddelen te willen voorzien in andere beroepsmogelijkheden voor handhaving van het Unierecht voor de nationale rechter.³⁸

5 VERSCHILLEN DOELTREFFENDHEIDBEGINSEL EN BEGINSEL VAN EFFECTIEVE RECHTSBESCHERMING

Arnulf betoogt dat het beginsel van effectieve rechterlijke bescherming hiërarchisch een hoger beginsel is dan het beginsel van procedurele autonomie. Van belang is dat het beginsel van effectieve rechtsbescherming als algemeen beginsel van Unierecht tot het primaire recht behoort en een constitutionele status heeft. Hij stelt in dit licht de vraag of dit aanleiding kan zijn voor hernieuwd activisme van het Hof van Justitie.³⁹ Enige jaren later kan in ieder geval worden vastgesteld dat het Hof van Justitie met gebruikmaking van artikel 47 en artikel 52 lid 1 Hv beperkingen in het recht op toegang tot de rechter en processuele mogelijkheden nauwgezet beoordeeld. Prechal⁴⁰ wijst erop dat in vergelijking tot voor de invoering van het Handvest het Hof van Justitie op een meer dwingende wijze beperkingen van artikel 47 Hv beoordeelt. Het gaat daarbij vooral om twee eisen die tot voor kort nauwelijks werden onderzocht, namelijk of de beperking een wettelijke grondslag heeft en de vraag wat nu precies de essentie van het recht op effectieve rechtsbescherming omvat.

Wie de literatuur erop naslaat, ziet zich echter al snel voor een probleem gesteld. Aan de hand van welk beginsel, het doeltreffendheidsbeginsel of het beginsel van effectieve rechtsbescherming, moet nu een beperking van het recht op toegang tot de rechter of een processuele beperking worden beoordeeld?⁴¹ En stellen beide beginselen andere eisen aan de lidstaten? In het eer-

38 HvJ EU 3 oktober 2013, zaak C-583/11 P, ECLI:EU:C:2013:625 (*Inuit Tapiriit Kanatami*), par. 103, waarover H.C.H. Hofmann, in: S. Peers et al. (red.), *The EU Charter of Fundamental Rights, A Commentary*, Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing 2014, p. 1215-1216.

39 A. Arnulf, 'The Principle of Effective Judicial Protection in EU Law: An Unruly Horse?', *ELR* 2011, p. 51-70, p. 69.

40 A. Prechal, 'The Court of Justice and Effective Judicial Protection: What Has the Charter Changed?', in: C. Paulussen et al (red.), *Fundamental Rights in International and European Law. Public and Private Law Perspectives*, Berlijn: Springer 2016, p. 154.

41 J. Krommendijk, 'Is there Light on the Horizon? The Distinction between "Rewe Effectiveness" and the Principle of Effective Judicial Protection in Article 47 of the Charter after *Orrizonte*', *CMLR* 2016, p. 1408-1411, komt ondanks deze verschillen op basis van een

der genoemde arrest *DEB* rees de vraag of het in een overheidsaansprakelijkheidsprocedure wegens schending van het Unierecht was toegestaan voor de indiening van de vordering de eis te stellen van betaling van een (aanzienlijk) voorschot op de gerechtelijke kosten, terwijl aan de rechtspersoon die het voorschot niet kan betalen geen rechtsbijstand kan worden verleend. Hoewel de verwijzende rechter de prejudiciële vraag had geplaatst in het kader van het doeltreffendheidsbeginsel, herformuleerde het Hof van Justitie de gestelde vraag zodat deze betrekking had op de interpretatie van het in de eerste alinea van artikel 47 Hv neergelegde beginsel van effectieve rechterlijke bescherming.⁴² In het vrij snel daarop volgende arrest *Alassini* werd het als het ware een 'cocktail' toegepast. Eerst werd de weg bewandeld van de procedurele autonomie begrensde door de beginselen van gelijkwaardigheid en doeltreffendheid. Nadat was geconstateerd dat op dat vlak zich geen probleem voordeed, werd ook nog een toets verricht aan artikel 47, eerste alinea jo artikel 52, eerste lid Hv.⁴³ Engström stelt naar aanleiding van het *DEB* arrest de vraag wat precies de relatie is tussen het doeltreffendheidsbeginsel en het beginsel van effectieve rechterlijke bescherming en of beide andere eisen stellen aan de Lidstaten dan wel dat ze uitdrukking geven aan hetzelfde gedachtegoed. Wellicht heeft het Hof van Justitie met het *DEB*-arrest een nieuwe koers ingezet om één toetsingskader te ontwikkelen om de effectiviteit van nationale procedures en de daarin geboden remedies te beoordelen.⁴⁴ Ook Nowak is van oordeel dat vooral de verhouding doeltreffendheidsbeginsel/doeltreffende rechtsbescherming zeer onduidelijk is.⁴⁵

Prechal en Widdershoven stellen vrij kort na in de inwerkingtreding van het Handvest dat het moeilijk te voorspellen is welk toetsingskader het Hof

analyse van de rechtspraak van het Hof van Justitie tot vier verschillende wijzen van aanpak bij de beoordeling van de vraag of het nationale procesrecht Unierechtelijk voldoet. Het arrest *Orizzonte Salute* voegt daar wellicht een vijfde aan toe.

42 HvJ EU 22 december 2010, zaak C-279/09, ECLI:EU:C:2010:811 (*DEB*), par. 33.

43 HvJ 18 maart 2010, gevoegde zaken C-317/08 t/m C-320/08, ECLI:EU:C:2010:146, par. 47-60 voor de eerste toets en par. 61-66 voor de tweede.

44 J. Engström, 'The Principle of Effective Judicial Protection after the Lisbon Treaty', *REALaw* 2011, p. 53-68, m.n. p. 67-68.

45 J.T. Nowak, 'De bevoegdheid van EU-lidstaten voor aanneming van regels van nationaal procesrecht: grenzen in de rechtspraak van het Hof van Justitie', in: N. Cariat & J.T. Nowak (red.), *Het recht van de Europese Unie en de Belgische rechter*, Brussel: Bruylant 2015, p. 23-59, m.n. p. 30. In soortgelijke bewoordingen C. Mătușescu & S. Ionescu, 'Effective Judicial Protection. Landmarks of Recent Case Law of the Court of Justice of the European Union', in: T. Ciulei & G. Gorghiu (red.), *Communicative Action & Transdisciplinarity in the Ethical Society*, Iasi: LUMEN Proceedings 2018, p. 155-169, p. 160.

van Justitie gebruikt en komen tot enkele verschillen tussen het doeltreffendheidsbeginsel en het beginsel van effectieve rechterlijke bescherming.⁴⁶ De toets volgens *Rewe* en daarmee aan het doeltreffendheidsbeginsel is minder veeleisend. Het doeltreffendheidsbeginsel is negatief geformuleerd terwijl het beginsel van doeltreffende rechtsbescherming zich heeft ontwikkeld tot een positieve standaard. Belangrijk is dat laatstgenoemd beginsel vooral erop is gericht dat justitiabelen in staat zijn om hun aan het Unierecht ontleende aanspraken in rechte af te dwingen terwijl het doeltreffendheidsbeginsel een ruimer bereik heeft. Zo wordt dit beginsel ook toegepast om de inzet van nationale sancties tegen justitiabelen te beoordelen en bij het terugvorderen van illegale staatssteun. Een belangrijke overeenkomst is dat doeltreffendheidsbeginsel via de procedurele *rule of reason*-toets het mogelijk maakt om een processuele beperking die het moeilijk maakt om de Unierechtelijke aanspraak af te dwingen, te rechtvaardigen. Hetzelfde geldt bij het in de eerste alinea van artikel 47 Hv neergelegde beginsel van effectieve rechterlijke bescherming. Een beperking wordt getoetst over de band van artikel 52 lid 1 Hv en kan via die weg alsnog worden gerechtvaardigd. Een rechtvaardiging van een beperking is dus mogelijk, beide over de band van een proportionaliteitstoets, die echter wel anders wordt ingevuld. Belangrijke toevoeging op het voorgaande is dat het beginsel van effectieve rechterlijke bescherming een constitutionele basis kent nu dit beginsel steunt op de constitutionele tradities van de lidstaten en artikel 6 respectievelijk artikel 13 van het EVRM.⁴⁷ Het doeltreffendheidsbeginsel als 'klem' op de procedurele autonomie is vooral gericht op de effectieve toepassing/doorwerking van het materiële Unierecht.⁴⁸ Dit is ook de reden dat het doeltreffendheidsbeginsel negatief is geformuleerd terwijl het beginsel van effectieve rechterlijke bescherming ook tot positieve verplichtingen

46 A. Prechal & R. Widdershoven, 'Redefining the Relationship between 'Rewe-effectiveness' and Effective Judicial Protection', *REALaw* 2011, p. 31-50. Zie ook J. Krommendijk, 'Is there Light on the Horizon? The Distinction between "Rewe Effectiveness" and the Principle of Effective Judicial Protection in Article 47 of the Charter after *Orrizonte*', *CMLR* 2016, p. 1404-1407, die tot vijf verschillen komt.

47 J. Krommendijk, 'Is there Light on the Horizon? The Distinction between "Rewe Effectiveness" and the Principle of Effective Judicial Protection in Article 47 of the Charter after *Orrizonte*', *CMLR* 2016, p. 1405.

48 Zie over dit verschil ook L.M. Ravo, 'The Role of the Principle of Effective Judicial Protection in the EU and its Impact on National Jurisdictions', p. 101-125, m.n. p. 103-104 en p. 111, www.openstarts.unit.it/bitstream/1077/8192/ravo.pdf.

kan leiden.⁴⁹ Deze verplichting om te voorzien in rechtsmiddelen die een effectieve rechtsbescherming verzekeren kan worden teruggevoerd op het samenwerkingsbeginsel van artikel 4 lid 3 VEU en artikel 19 lid 1 VEU.⁵⁰

Ondanks de gesignaleerde verschillen heerst in de literatuur nog steeds onduidelijkheid bij de duiding van de rechtspraak van het Hof van Justitie. Zo stelt McDonnell: “*In the current situation it is far from being predictable when the ECJ will solve a case using Article 47 of the Charter or the principles of effective judicial protection, or procedural autonomy as limited by the principles of equivalence and effectiveness, or a combination*”.⁵¹ Het eerder genoemde arrest *Orizzonte Salute* wordt genoemd als voorbeeld waarin een combinatie van beide beoordelingskaders wordt beproefd.⁵² Arnall ziet een verschuiving van een toets aan de procedurele autonomie en het doeltreffendheidsbeginsel naar een toets aan het beginsel van effectieve rechterlijke bescherming. Laatst genoemde beginsel vervangt volgens deze auteur geleidelijk de procedurele autonomie als logisch startpunt voor een analyse van het nationale procesrecht ter beantwoording van de vraag of de justitiabele zijn aan het Unierecht ontleende aanspraken kan verwezenlijken. Het zal dan ook een kwestie van tijd zijn dat het doeltreffendheidsbeginsel overbodig wordt. Het is volgens Arnall een tautologie om te zeggen dat het beginsel van effectieve rechterlijke bescherming is geschonden indien het nationale recht het praktisch moeilijk maakt om een claim in rechte in te dienen.⁵³ Ortlep en Widdershoven zijn van mening dat, gezien de

49 Een voorbeeld hiervan is HvJ EU 29 juli 2019, zaak C-556/17, ECLI:EU:C:2019:626 (*Alekszij Torubarov*), waar vastgesteld wordt dat uit artikel 46, derde lid van richtlijn 2013/32/EU betreffende gemeenschappelijke procedures voor de toekenning en intrekking van de internationale bescherming en artikel 47, eerste alinea Hv voortvloeit dat de geadieerde nationale rechter voor de niet met zijn eerdere vonnis overeenstemmende beslissing van het semirechterlijke of administratieve orgaan, in casu het immigratiebureau, zijn eigen beslissing inzake de aanvraag om internationale bescherming van de betrokkene in de plaats moet stellen door indien nodig de nationale regeling die hem verbiedt aldus te handelen buiten toepassing te laten.

50 Zie hierover J. Krommendijk, ‘Is there Light on the Horizon? The Distinction between “*Rewe Effectiveness*” and the Principle of Effective Judicial Protection in Article 47 of the Charter after *Orrizonte*’, *CMLR* 2016, p. 1405 onder verwijzing naar HvJ EG 25 juli 2002, zaak C-50/00, p. (UAP), par. 41-42 en HvJ EG 13 maart 2007, zaak C-432/05, ECLI:EU:C:2007:163 (*Unibet*), par. 37-44.

51 A. McDonnell, ‘Chapter 11. Application and enforcement of EU Law in the member states’, in: P.-J. Kuijper e.a. (red.), *The Law of the European Union*, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International 2018, p. 450.

52 Zie hierover J. Krommendijk, ‘Is there Light on the Horizon? The Distinction between “*Rewe Effectiveness*” and the Principle of Effective Judicial Protection in Article 47 of the Charter after *Orizzonte*’, *CMLR* 2016, p. 1395-1418.

53 A. Arnall, ‘Remedies Before National Courts’, in: R. Schütze & T. Tridimas (red.), *Oxford Principles of European Union Law, The European Legal Order* (Volume I), Oxford: Oxford University Press 2018, p. 1023-1026.

ontwikkelingen in de rechtspraak, de toetsing aan het doeltreffendheidsbeginsel min of meer opgaat in de toetsing aan het beginsel van effectieve rechtsbescherming.⁵⁴

6 HET BEGINSEL VAN EFFECTIEVE RECHTERLIJKE BESCHERMING ALS CENTRAAL BEGINSEL

In het arrest *Orizzonte Salute* was een beperking voor de toegang tot de rechter, namelijk de verplichting om griffierechten te betalen, aan de orde. Het Hof van Justitie plaatste deze beperking nog, hoewel artikel 47 Hv werd aangehaald, primair in het kader van de procedurele autonomie en het doeltreffendheidsbeginsel. Niettemin wordt uiteindelijk, nadat is vastgesteld dat voldaan is aan het doeltreffendheidsbeginsel, vastgesteld dat ook voldaan is aan artikel 47, eerste alinea van het Hv.⁵⁵ Nadien wees het Hof arrest in de hiervoor genoemde zaak *Menini & Rampanelli*,⁵⁶ waarin de geconstateerde beperking tot toegang tot de rechter wordt getoetst aan het beginsel van effectieve rechterlijke bescherming zonder verwijzing naar artikel 47 en 52 lid 1 Hv. In de kern toetst het Hof wel of sprake is van een beperking, waarop het antwoord ja is, en of deze proportioneel is.⁵⁷ Net als in *Menini & Rampanelli* gaat het, zoals hiervoor beschreven in paragraaf 2, in het arrest *Pušár* om een beperking van het recht op toegang tot de (bestuurs)rechter: de justitiabele moet immers een administratieve beroepsweg hebben gevolgd alvorens hij ontvankelijk is in zijn beroep bij de rechter. Hoewel het Hof start met het benoemen van de procedurele autonomie, waarmee feitelijk niet meer gezegd wordt dan dat bij gebreke aan een Unierechtelijke voorziening noodzakelijk teruggevallen moet worden op het nationale procesrecht, wordt vervolgens de maatstaf van de eerste alinea van artikel 47 jo. artikel 52 lid 1 Handvest aangelegd.

54 R. Ortle & R.J.G.M. Widdershoven, 'Rechtsbescherming', in: A. Prechal & R.J.G.M. Widdershoven (red.), *Inleiding tot het Europees bestuursrecht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2017, p. 369 en 372. Een soortgelijk geluid leest men bij J.T. Nowak, 'De bevoegdheid van EU-lidstaten voor aanneming van regels van nationaal procesrecht: grenzen in de rechtspraak van het Hof van Justitie', in: N. Cariat & J.T. Nowak (red.), *Het recht van de Europese Unie en de Belgische rechter*, Brussel: Bruylant 2015, p. 36-37.

55 HvJ EU 6 oktober 2015, zaak C-61/14, ECLI:EU:C:2015:655 (*Orizzonte Salute*), par. 72. J. Krommendijk, 'Is there Light on the Horizon? The Distinction between "Reve Effectiveness" and the Principle of Effective Judicial protection in Article 47 of the Charter after *Orizzonte*', *CMLR* 2016, p. 1414, stelt vast dat de aanpak in dit arrest moeilijk valt te verklaren en het lastig is om de jurisprudentie van het Hof te plaatsen in een omvattend schema.

56 Zie par. 3.

57 HvJ EU 14 juni 2017, zaak C-75/16, ECLI:EU:C:2017:457 (*Menini & Rampanelli*), par. 52-61.

Het arrest *Menini & Rampanelli* past in de aanpak die het Hof kiest in het arrest *Toma*. In deze Roemeense zaak was in de wet geregeld dat publiekrechtelijke rechtspersonen, anders dan privaatrechtelijke, waren vrijgesteld van het betalen van zegelrechten (griffierecht) wanneer zij verzet aantekenen tegen de gedwongen tenuitvoerlegging van een gerechtelijke beslissing over de terugbetaling van in strijd met het Unierecht geïnde heffingen terwijl natuurlijk personen wel griffierechten moeten betalen. De vraag was of dit verschil Unierechtelijk geoorloofd was waarbij de tenuitvoerlegging van een uitspraak in het geding is nu de betreffende overheidsinstantie daartegen zonder het betalen van zegelrechten verzet kon aantekenen. Het Hof plaatst de gestelde prejudiciële vraag in het kader van artikel 47, eerste alinea en artikel 52, eerste lid Hv. Daarbij wordt onder verwijzing naar het eerder genoemde arrest *Otis*,⁵⁸ gesteld dat het recht op effectieve rechterlijke bescherming ook omvat het beginsel van 'equality of arms' en het recht op toegang tot de rechter. Het recht op toegang tot de rechter moet volgens het Hof van Justitie ruim worden opgevat in die zin dat het ook omvat de tenuitvoerlegging van het vonnis van de rechter: een rechterlijke procedure heeft geen zin indien het uiteindelijk mogelijk is dat een definitieve bindende uitspraak geen gevolg heeft voor de veroordeelde partij.⁵⁹ Vastgesteld wordt dat dit recht op toegang tot de rechter geen absoluut recht is en dus kan worden beperkt, zoals door de betaling van gerechtskosten.⁶⁰ Daarbij wordt ook bekeken of de regeling van de gerechtskosten niet in strijd is met het beginsel van *equality of arms*. Uiteindelijk wordt geconcludeerd dat voldaan wordt aan het in artikel 47, eerste alinea Hv gewaarborgde recht op rechterlijke bescherming. Belangrijk is dat in het arrest *Toma*⁶¹ nog wordt bekeken of ook voldaan wordt aan het gelijkwaardigheids- en doeltreffendheidsbeginsel. Uit de bewoordingen blijkt dat aan de hand van het dossier, dus de concrete omstandigheden van het geval, wordt beoordeeld of het in de praktijk niet praktisch onmogelijk of uiterst moeilijk wordt gemaakt om de uitoefening van de Unierechtelijke aanspraken te verwezenlijken.

In het arrest *Sacko*,⁶² een asielzaak, ging het niet om een beperking van de toegang tot de rechter, maar om een procedurele beperking, namelijk het doen van uitspraak door de rechter zonder dat de justitiabele door de rechter zelf is

58 HvJ EU 6 november 2012, zaak C-199/11, ECLI:EU:C:2012:684 (*Otis e.a.*), par. 48.

59 HvJ EU 30 juni 2016, zaak C-205/15, ECLI:EU:C:2016:499 (*Toma*), par. 42 en 43, onder verwijzing naar rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van Mens, EHRM 7 mei 2002, zaaknr. 59498/00, CE:ECHR:2002:0507JUDO005949800 (*Bourdov v. Rusland*).

60 Daarbij wordt verwezen naar het *DEB* arrest en het arrest *Orizzonte Salute*.

61 HvJ EU 30 juni 2016, zaak C-205/15, ECLI:EU:C:2016:499 (*Toma*), par. 57-58.

62 HvJ EU 26 juli 2017, zaak C-348/16, ECLI:EU:C:2017:591 (*Sacko*).

gehoord. Het betrof een procedure voor de Italiaanse rechter voor de toekenning van internationale bescherming conform richtlijn 2013/32/EU.⁶³ De insteek is hetzelfde als in het arrest *Puškár*, waar gewezen wordt op de verplichting van artikel 19, eerste lid VEU om te voorzien in de nodige rechtsmiddelen om daadwerkelijke rechtsbescherming op de onder het Unierecht vallende rechtsgebieden te verzekeren. Deze verplichting komt overeen met het in artikel 47, eerste alinea Hv opgenomen recht op een doeltreffende voorziening in rechte. Het recht om te worden gehoord, dat integraal deel uitmaakt van de eerbiediging van de rechten van de verdediging als algemeen beginsel van Unierecht, waarborgt dat eenieder in een administratieve procedure naar behoren en daadwerkelijk zijn standpunt kenbaar kan maken voordat enig voor hem ongunstig besluit wordt genomen. Daarbij wordt opgemerkt dat wat betreft de in richtlijn 2013/32/EU voorziene beroepsprocedure, de nationale rechter de gegrondheid moet kunnen toetsen van de redenen op grond waarvan een bevoegde administratieve autoriteit het verzoek om internationale bescherming heeft aangemerkt als ongegrond of frauduleus, teneinde een doeltreffende uitoefening van het recht op een dergelijk rechtsmiddel te waarborgen.⁶⁴ *In casu* wordt vastgesteld dat de rechten van de verdediging, die deel uitmaken van het in de eerste alinea van artikel 47 Hv neergelegde beginsel van effectieve rechterlijke bescherming, worden beperkt aangezien de verzoeker niet wordt gehoord in de beroepsprocedure. Het antwoord op de vraag of dit is toegestaan start met de bekende constatering dat grondrechten, zoals de eerbiediging van de rechten van de verdediging niet absoluut zijn en aan beperkingen onderworpen kunnen worden. Zonder het artikel te noemen gaat het om de toets zoals opgenomen in artikel 52, eerste lid Hv. Is een verzoek kennelijk ongegrond in de zin van artikel 32, tweede lid van richtlijn 2013/32, dan voldoet de rechter in beginsel aan zijn verplichting om het in de richtlijn bedoelde volledige en *ex nunc* onderzoek te verrichten wanneer hij rekening houdt met de hem overgelegde stukken en met de objectieve gegevens in het administratieve dossier van de procedure in eerste aanleg, waaronder in voorkomend geval het verslag of de opname van het persoonlijke onderhoud dat in het kader van die procedure heeft plaatsgevonden. Voor deze vaststelling wordt door het Hof van Justitie steun gevonden in de rechtspraak van het EHRM.⁶⁵

63 Richtlijn 2013/32/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 juni 2013 betreffende gemeenschappelijke procedures voor de toekenning en intrekking van de internationale bescherming, Pb. EU 2013, L 180/60.

64 Daarbij wordt verwezen naar HvJ EU 28 juli 2011, zaak C-69/10, ECLI:EU:C:2011:524 (Samba Diouf), par. 61.

65 Zie par. 47 van het arrest Sacko met verwijzing naar EHRM 12 november 2002, zaaknr. 28394/95, ECLI:CE:ECHR:2002:1112JUD002839495 (Döry t. Zweden).

De lijn van redeneren in het arrest *Sacko* wordt ook gevolgd het arrest *Gnandi*,⁶⁶ eveneens een asielzaak, waar het de uitleg betrof van richtlijn 2008/115 over gemeenschappelijke normen en procedures in lidstaten voor de terugkeer van onderdanen van derde landen die illegaal op hun grondgebied verblijven.⁶⁷ In dit geval werd een terugkeerbesluit genomen jegens een onderdaan van een derde land die een verzoek om internationale bescherming had ingediend dat werd afgewezen terwijl hij tegen deze beslissing beroep in rechte had ingesteld. Het Hof van Justitie stelde de vraag of deze handelwijze in strijd was met het beginsel van *non-refoulement* en het recht op een doeltreffende voorziening in rechte zoals neergelegd in artikel 18 en artikel 19, tweede lid en artikel 47 van het Hv. Getoetst aan het beginsel van *non-refoulement* en het recht op een doeltreffende voorziening in rechte is het Hof van oordeel dat deze werkwijze is toegestaan zolang de betrokken lidstaat waarborgt dat alle rechtsgevolgen van het terugkeerbesluit worden geschorst in afwachting van de uitkomst van de beroepsprocedure.⁶⁸

Tot slot nog aandacht voor het gerucht makende arrest inzake de Portugese rechters.⁶⁹ De leden van het Tribunal de Contas in Portugal werden geconfronteerd met wetgeving op grond waarvan hun salaris werd verlaagd. Aan het Hof van Justitie werd de vraag voorgelegd of de in de tweede alinea van artikel 19 lid 1 VEU opgenomen verplichting voor lidstaten om te voorzien in de nodige rechtsmiddelen om daadwerkelijk rechtsbescherming te bieden, waaronder ook het vereiste van onafhankelijkheid van rechters valt, zich verzet tegen algemene maatregelen tot salarisverlaging om een buitensporig begrotingstekort weg te werken. Het Hof van Justitie wees erop dat artikel 19 VEU het rechterlijk toezicht op eerbiediging van de rechtsorde van de Unie niet alleen toevertrouwt aan het Hof, maar ook aan de rechters van de lidstaten. De nationale rechters vervullen aldus in samenwerking met het Hof van Justitie een taak die hen gezamenlijk is opgedragen om de eerbiediging van het recht bij de uitlegging en toepassing van de Unierechtelijke Verdragen te waarborgen. De procedurele autonomie komt in dit arrest geheel niet in beeld. Gelet op artikel 4 lid 3 VEU dienen de lidstaten te voorzien in een stelsel van beroepsmogelijkheden en procedures dat de eerbiediging van het fundamentele recht op

66 HvJ EU 19 juni 2018, zaak C-181/16, ECLI:EU:C:2018:465 (*Gnandi*).

67 *Pb.* EG 2008, L 348/98.

68 Zie uitvoerig over de problematiek van het arrest *Gnandi*, A. Pahladsingh & A. Scalera, 'Tension between the Obligation to Return for Illegal Third Country Nationals and an Effective Remedy in Appeal in the Light of the Case Law of the Court of Justice EU', *Journal Vreemdelingenrecht* 2018, p. 31-50.

69 HvJ EU 27 februari 2018, zaak C-64/16, ECLI:EU:C:2018:117 (*Associação Sindical dos Juizes Portugueses*). Zie over dit arrest tevens de bijdrage van Sillen aan deze bundel.

daadwerkelijke rechtsbescherming op de onder het Unierecht vallende rechtsgebieden kan verzekeren.⁷⁰ Om hieraan te kunnen voldoen, dient elke lidstaat te verzekeren dat de instanties die als ‘rechterlijke instantie’ deel uitmaken van het stelsel van beroepsmogelijkheden, voldoen aan de vereisten van daadwerkelijke rechtsbescherming op de onder het Unierecht vallende rechtsgebieden. Dit vereist dat de rechterlijke instantie, zoals de Tribunal de Contas, voldoet aan de eisen die inherent zijn aan een daadwerkelijke rechtsbescherming conform artikel 19, eerste lid VEU. Dit betekent dat mede gelet op artikel 47, tweede alinea VEU van groot belang is dat de rechterlijke instantie onafhankelijk is nu de toegang tot een onafhankelijk gerecht een van de vereisten is voor het fundamentele recht op een daadwerkelijke voorziening in rechte. Uiteindelijk wordt geconcludeerd dat de onafhankelijkheid van de rechterlijke instantie niet in het geding is bij een algemene maatregel die leidt tot salarisverlaging om het begrotingstekort weg te werken. Van belang is te zien dat ook in het geval van de Portugese rechters de procedurele autonomie en het doeltreffendheidsbeginsel geheel niet in beeld komen.

7 TOT BESLUIT

Het voorgaande overziend, heeft het er alle schijn van dat het Hof van Justitie beperkingen in de toegang tot de nationale rechter en de randvoorwaarden voor de procedure bij de nationale rechter, zoals het recht op verdediging en de eis van een onafhankelijke rechter, voor daadwerkelijke rechtsbescherming op de onder het Unierecht vallende rechtsgebieden steeds vaker (of uitsluitend) plaatst binnen het kader van artikel 19, eerste lid VEU en artikel 47 Hv. Het arrest *Orizzonte Salute* lijkt nog een recente uitzondering op de inmiddels gevormde hoofdregel te zijn. Eerst dient in abstracto te worden bepaald of de nationale beperking tot de toegang tot de rechter of enige procedurele beperking de toets aan artikel 47, eerste alinea en artikel 52, eerste lid Hv kan doorstaan. Hier wordt overigens ook anders over gedacht. De gedachte is dan dat gedifferentieerd wordt tussen regels die de toegang tot de nationale rechter beperken, die dan beoordeeld worden aan de hand van het kader van artikel 47 en artikel 52, eerste lid Hv en regels die het proces als zodanig bemoeilijken. Daarbij wordt dan gedacht aan bewijsregels en termijnen. Deze zouden dan aan de hand van de *Rewe*-toets en dus het doeltreffendheidsbeginsel beoordeeld moeten worden.⁷¹ Een dergelijk onderscheid is lastig te maken. Zo geldt

⁷⁰ Zie par. 32-34 van het arrest *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*, onder verwijzing naar HvJ EU 3 oktober 2013, zaak C-583/11 P, ECLI:EU:C:2013:625 (*Inuit Tapiriit Kanatami*), par. 100-101.

⁷¹ Zie J. Krommendijk, ‘Is there Light on the Horizon? The Distinction between “*Rewe Effectiveness*” and the Principle of Effective Judicial Protection in Article 47 of the

in het Nederlandse bestuursprocesrecht de zogenaamde onderdelentrichter. Volgens deze trechter kan men in beroep bij de bestuursrechter alleen nog nieuwe gronden aanvoeren indien deze zijn terug te voeren op reeds in bezwaar bestreden onderdelen van het besluit. Men kan dit ook zien als een beperking tot de toegang tot de rechter. In het arrest *Pušár* was nog een andere vraag aan de orde. Pušár had namelijk bewijs vergaard zonder de wettelijk voorgeschreven instemming van de verantwoordelijke. De vraag was of artikel 47, eerste alinea Hv eraan in de weg staat dat de nationale rechter dit aldus verkregen bewijs buiten beschouwing laat. Het antwoord hierop wordt volledig beantwoord aan de hand van artikel 47, eerste alinea en artikel 52, eerste lid Hv. Het gaat hier om een regel die het proces als zodanig bemoeilijkt.

Het arrest *Pušár* staat model voor de lijn die steeds meer wordt gevolgd door het Hof van Justitie. Insteek blijkt altijd de procedurele autonomie in die zin dat het eenvoudigweg bij gebreke aan een Unierechtelijke voorziening aan de nationale rechtsordes is overgelaten om te voorzien in doeltreffende rechterlijke bescherming. Dit steunt op het samenwerkingsbeginsel van artikel 4 lid 3 VEU en is vertaald in de verplichting voor de lidstaten te voorzien in de nodige rechtsmiddelen om daadwerkelijke rechtsbescherming op de onder het recht van de Unie vallende gebieden te verzekeren. Tegenhanger van deze verplichting is het grondrecht van artikel 47 Hv op doeltreffende rechterlijke bescherming, dat kan worden beperkt conform het kader van artikel 52 lid 1 Hv. Het is de in die bepaling opgenomen toets aan het evenredigheidsbeginsel waar men dicht langs het doeltreffendheidsbeginsel schuurt. De in artikel 52 lid 1 Hv vervatte proportionaliteitstoets is in eerste instantie een toets *in abstracto*. Het gaat dan om een toets of de nationale procesregel geschikt is om het daarmee gestelde doel te bereiken en of er geen minder ingrijpende maatregel mogelijk is om hetzelfde doel te bereiken.⁷² Vervolgens dient nog *in concreto* te worden nagegaan hoe in het onderhavige geval de processuele regel uitpakt: wordt dan niet het door artikel 47 Hv gewaarborgde recht op een doeltreffende voorziening aangetast? Komt men tot die conclusie dan zal ook het doeltreffendheidsbeginsel in het geding zijn. Dit beginsel heeft in de rechtspraak van het Hof van Justitie nog (steeds) een rol: men zal, indien aan de orde, nog moeten beoordelen of in het concrete geval de effectuering van het

Charter after *Orizzonte'*, CMLR 2016, p. 1413 onder verwijzing naar J.T. Nowak, 'De bevoegdheid van EU-lidstaten voor aanneming van regels van nationaal procesrecht: grenzen in de rechtspraak van het Hof van Justitie', in: N. Cariat & J.T. Nowak (red.), *Het recht van de Europese Unie en de Belgische rechter*, Brussel: Bruylant 2015, p. 34 en J. Engström, 'The Principle of Effective Judicial Protection after the Lisbon Treaty', *REALaw* 2011, p. 63. Nowak trekt echter deze verklaring in twijfel.

72 Deze toets wordt in het arrest *Pušár* verricht in par. 70.

materiële Unierecht niet in het geding is. Die toets zien men niet terug in het arrest *Pušár*, maar wel in het hiervoor besproken arrest *Toma*.⁷³

De vraag is of de hier geschetste lijn voet aan de grond heeft gekregen in de jurisprudentie van de Nederlandse (bestuurs)rechters. Het blijkt dat, twee jaar na het wijzen van het arrest *Pušár*, dit arrest drie keer wordt aangehaald in de rechtspraak.⁷⁴ In de eerste zaak waarover het gerechtshof 's-Hertogenbosch oordeelde, ging het geschil materieel over de toepassing van de inmiddels ingetrokken Wet bescherming persoonsgegevens die Richtlijn 95/46/EG implementeerde.⁷⁵ In hoger beroep maakte appellant bezwaar tegen het feit dat hij de proceskosten in eerste aanleg van de tegenpartij had moeten betalen en dat hij in hoger beroep griffierecht moest betalen. Het gerechtshof stelt expliciet dat het eerst het beoordelingskader van het arrest *Pušár* neerzet om aan hand daarvan de opgeworpen kwestie te beoordelen. Het Gerechtshof concludeert dat de overwegingen uit het arrest in het onderhavige geval reden geven om:

(...) de verzoeker/natuurlijk persoon die van zijn rechten in het kader van de Wbp/Richtlijn gebruik maakt en in dat kader een gerechtelijke procedure ahangig maakt, ook als hij in het ongelijk wordt gesteld, niet in de proceskosten te veroordelen van de aangesproken bewerk van zijn persoonsgegevens. Dit brengt – als bestreken door artikel 289 Rv – de aard van de procedure, als nader te duiden in de sleutel van hetgeen het Hof van Justitie in bovengenoemd arrest overweegt, met zich.⁷⁶

In een andere zaak bij het gerechtshof 's-Hertogenbosch werd appellant veroordeeld in de kosten van het hoger beroep waarbij werd opgemerkt dat hij niet had aangevoerd dat een proceskostenveroordeling tot 'buitensporige hoge kosten' voor appellant zou leiden als bedoeld in het arrest *Pušár*.⁷⁷ De derde zaak ging het materieel om een verzoek tot verwijdering van Google-

73 HvJ EU 30 juni 2016, zaak C-205/15, ECLI:EU:C:2016:499 (*Toma*), par. 57-58.

74 Gezocht is op rechtspraak.nl (stand van zaken op 30 september 2019). Dit steekt schril af tegen het *Gnandi*-arrest, dat inmiddels 95 keer wordt aangehaald, waarvan 8 keer door de Afdeling bestuursrechtspraak en 87 keer door de rechtbank Den Haag. Er is voor gekozen om rechtspraak te kijken van na de datum van het arrest *Pušár*, namelijk 27 september 2017 om te bezien of het beoordelingskader van dit arrest wordt toegepast.

75 Richtlijn 95/46/EG van het Europees Parlement en de Raad van 24 oktober 1995 betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens, *Pb.* EG 1995, L 281, p. 1. Deze richtlijn is inmiddels ter gelegenheid van de inwerkingtreding van de Algemene verordening gegevensbescherming per 24 mei 2018 ingetrokken.

76 Hof 's-Hertogenbosch 1 februari 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:363.

77 Hof 's-Hertogenbosch 27 maart 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:1303.

zoekresultaten op grond van de Algemene verordening gegevensbescherming. In dit geval oordeelt de rechtbank Den Haag dat er geen aanleiding is om op grond van artikel 47, eerste alinea Hv af te zien van een proceskostenveroordeling.⁷⁸ Met een beroep op het arrest *Pušár* wordt geconcludeerd dat door het stelsel van forfaitaire proceskosten aan de rechtsgang geen buitensporig hoge kosten zijn verbonden.

Verder onderzoek van jurisprudentie door te zoeken op andere termen⁷⁹, leert dat de heldere koers van het arrest *Pušár* nog niet is opgepikt. Voor zover thans te overzien wordt deze wel gevolgd in vreemdelingenrechtelijke zaken waarbij ook verwezen wordt naar het *Gnandi*-arrest. In dit soort gevallen wordt consequent gegrepen naar artikel 47, eerste alinea Hv en het beginsel van effectieve rechtsbescherming.⁸⁰ In andere type zaken ziet men een ander beeld. Zo wordt door de Afdeling bestuursrechtspraak in een zaak waarin de eerder genoemde Richtlijn 95/46/EG een rol speelt, eerst het kader geschetst van de procedurele autonomie om vervolgens te stellen dat op het gebied van de rechtsbescherming de toepassing van het procesrecht *daarnaast* ook moet voldoen aan het beginsel van effectieve rechtsbescherming.⁸¹ In een ander geval, waarin de toepassing van de Gezinsherenigingsrichtlijn een rol speelt, wordt door de Afdeling enkel geredeneerd vanuit het beginsel van de procedurele autonomie.⁸² Van de Hoge Raad is één zaak bekend waarin het gaat om een aanvraag tot herziening van een in kracht van gewijsde gegaan arrest van een gerechtshof met de stelling dat het gerechtshof anders geoordeeld zou hebben indien het bekend was geweest met een arrest van het Hof van Justitie.⁸³ Het verzoek plaatst de Hoge Raad geheel in het kader van de procedurele autonomie met de bijhorende beginselen van gelijkwaardigheid en doeltreffendheid. Het zelfde beeld volgt uit een uitspraak van het College van Beroep voor het bedrijfsleven waarin het gaat om het te leveren bewijs in het kader van de Uitvoeringsregel rechtstreekse betalingen GLB.⁸⁴ Gezien het voorgaande kan mogelijk worden geconcludeerd dat het tijd kost alvorens het beoordelingskader van *Pušár* de Nederlandse rechtspraak echt heeft bereikt.

78 Rb. Den Haag 28 juni 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:6302. Daarbij verwijst de rechtbank naar het arrest van het Hof 's-Hertogenbosch van 1 februari 2019, ECLI:NL:GHSHE:2019:363.

79 Gezocht is op 'beginsel van effectieve rechtsbescherming', 'doeltreffende voorziening in rechte', 'procedurele autonomie' en 'doeltreffendheidsbeginsel'.

80 Zie de uitvoerige uitspraak ABRvS 20 februari 2019, ECLI:NL:RVS:2019:457, AB 2019/329, m.nt. Reneman, JV 2019/83, m.nt. Batjes.

81 ABRvS 20 juni 2018, ECLI:NL:RVS:2018:1982, AB 2018/338, m.nt. Mulder. Een soortgelijke constructie komt men tegen in ABRvS 29 maart 2017, ECLI:NL:RVS:2017:869, een vreemdelingenrechtelijke zaak over terugkeerbesluiten – een zaak overigens van vóór het arrest *Pušár* en het arrest *Gnandi*.

82 ABRvS 27 december 2018, ECLI:NL:RVS:2018:4275.

83 HR 9 april 2019:ECLI:NL:HR:2019:546.

84 CBb 7 december 2017, ECLI:NL:CBB:2017:470.