

University of Groningen

Rechtsbescherming van ondernemers in aanbestedingsprocedures

van Heeswijck, Arthur Jeffrey

IMPORTANT NOTE: You are advised to consult the publisher's version (publisher's PDF) if you wish to cite from it. Please check the document version below.

Document Version

Publisher's PDF, also known as Version of record

Publication date:

2014

[Link to publication in University of Groningen/UMCG research database](#)

Citation for published version (APA):

van Heeswijck, A. J. (2014). *Rechtsbescherming van ondernemers in aanbestedingsprocedures*. [, Rijksuniversiteit Groningen]. s.n.

Copyright

Other than for strictly personal use, it is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

The publication may also be distributed here under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license. More information can be found on the University of Groningen website: <https://www.rug.nl/library/open-access/self-archiving-pure/taverne-amendment>.

Take-down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Downloaded from the University of Groningen/UMCG research database (Pure): <http://www.rug.nl/research/portal>. For technical reasons the number of authors shown on this cover page is limited to 10 maximum.

1 INLEIDING

Ondernemers hebben in geschillen over aanbestedingen die onder de werkingssfeer van de Aanbestedingsrichtlijnen vallen, niet rechtstreeks toegang tot het HvJ. Zij kunnen de rechten die zij aan het Unierecht ontlenen alleen voor de nationale rechter geldend maken. De nationale rechter past zijn eigen procedureregels toe. Niettemin heeft het Unierecht ook op het gebied van rechtsbescherming wezenlijke invloed op de nationale rechtsstelsels van lidstaten. In de eerste plaats is in de jurisprudentie van het HvJ een aantal beginselen tot ontwikkeling gekomen waaraan rechtsmiddelen en procedureregels moeten voldoen. In de tweede plaats zijn er op het terrein van de gunning van overheidsopdrachten richtlijnen tot stand gekomen die minimumeisen stellen aan de nationale rechtsstelsels. Tezamen vormen zij het Europeesrechtelijk kader voor de beslechting van aanbestedingsgeschillen, het onderwerp van dit hoofdstuk.

Paragraaf 2 begint met de behandeling van de algemene rechtsbeginselen van het Unierecht die een belangrijke rol spelen bij de rechtsbescherming van particulieren.¹ Aandacht zal worden besteed aan de invloed van deze beginselen op de nationale rechtsstelsels van lidstaten, maar ook de verhouding tussen de beginselen komt aan bod. Daarna komen in paragraaf 3 de Rechtsbeschermingsrichtlijnen uitgebreid aan de orde. Na een beschouwing over de achtergrond en de inhoud van de Rechtsbeschermingsrichtlijnen, zal de wijze waarop deze richtlijnen in de rechtsorden van lidstaten doorwerken, worden belicht. Paragraaf 4 tot slot is gewijd aan de verhouding tussen de Rechtsbeschermingsrichtlijnen en de algemene rechtsbeginselen.

1 Met 'particulier' wordt bedoeld iedere persoon of organisatie die niet tot de 'staat' kan worden gerekend; zie ook Freudenthal & Van Ooik 2007, p. 46; Prinssen 2004, p. 6. Zie over het begrip 'staat' hierna § 3.2.5.4.

2 DE INVLOED VAN ALGEMENE BEGINSELEN OP DE NATIONALE RECHTSSTELSELS

2.1 INLEIDING

De Aanbestedingsrichtlijnen bevatten net als hun voorgangers uitsluitend materiële voorschriften voor de gunning van overheidsopdrachten en laten de rechtsbescherming van particulieren ongeregeld.² Richtlijnen zijn op grond van artikel 288 VWEU verbindend ten aanzien van het te bereiken resultaat, maar laten de keuze voor de vorm en middelen over aan de nationale instanties. Als een richtlijn correct is geïmplementeerd, werkt deze door in de nationale rechtsorde van een lidstaat door toepassing van het nationale recht.³ De implementatieverplichting van lidstaten is niet beperkt tot het omzetten van de voorschriften van de richtlijn in nationale regelgeving. Implementatie omvat tevens toepassing en handhaving.⁴ Handhaving houdt onder meer in dat particulieren de rechten die zij aan een richtlijn ontleen voor de nationale rechter geldend kunnen maken.⁵ Daarbij spelen de algemene rechtsbeginselen die in de jurisprudentie van het HvJ tot ontwikkeling zijn gekomen een belangrijke rol. In deze paragraaf komt een aantal van deze beginselen aan bod: het beginsel van effectieve rechtsbescherming (paragraaf 2.2), voorlopige rechtsbescherming (paragraaf 2.3), procedurele autonomie (paragraaf 2.4) en de beginselen van gelijkwaardigheid en effectiviteit (paragraaf 2.5). In paragraaf 2.6 besteed ik vervolgens aandacht aan de verhouding tussen het beginsel van effectieve rechtsbescherming en de beginselen van gelijkwaardigheid en effectiviteit. In paragraaf 2.7 komt het beginsel van lidstaataansprakelijkheid aan de orde. In paragraaf 2.8 tot slot wordt de intensiteit van toetsing van het nationale recht aan het Unierecht besproken.

2.2 HET BEGINSEL VAN EFFECTIEVE RECHTSBESCHERMING

Ingevolge artikel 19, eerste lid, VEU zijn lidstaten verplicht de nodige voorschriften in hun interne rechtsorde op te nemen die de rechtsbescherming van particulieren waarborgen. Deze bepaling is bij het Verdrag van Lissabon in het VEU opgenomen. Het HvJ had het recht van particulieren op de toegang tot de rechter echter al veel eerder in zijn jurisprudentie

2 Art. 81 van de Aanbestedingsrichtlijn klassieke sectoren herinnert lidstaten aan hun verplichting om overeenkomstig de Rechtsbeschermingsrichtlijn klassieke sectoren te voorzien in “doeltreffende, toegankelijke en transparante mechanismen” ter handhaving van de richtlijn. Art. 72 van de Aanbestedingsrichtlijn nutssectoren bevat een soortgelijke verwijzingsbepaling naar de Rechtsbeschermingsrichtlijn nutssectoren. Deze verwijzingsbepalingen hebben weinig zelfstandige betekenis; Arrowsmith 2005, p. 1434. Zie ook Freudenthal & Van Ooik 2007, p. 51.

3 HvJ EG 19 januari 1982, C-8/81 (Becker), r.o. 19; Prechal 2005, p. 131.

4 Prechal 2005, p. 5-6 en p. 89-91.

5 Zie ook Prechal 2005, p. 8 en p. 91.

erkend.⁶ Het HvJ baseert dit recht op het beginsel van effectieve rechtsbescherming, dat inmiddels is neergelegd in artikel 47 van het Handvest.⁷ Dit is “een algemeen beginsel van gemeenschapsrecht, dat voortvloeit uit het constitutionele erfgoed dat alle lidstaten gemeen hebben en dat, onder andere, tot uitdrukking komt in de artikelen 6 en 13 van het EVRM”.⁸ Uit de verwijzing door het HvJ naar het EVRM blijkt de nauwe verwantschap van het beginsel van effectieve rechtsbescherming met de betrokken grondrechtbepalingen. Deze verwantschap komt ook tot uitdrukking in de eisen die uit het beginsel voortvloeien ten aanzien van de rechtsstelsels van lidstaten. Het beginsel van effectieve rechtsbescherming waarborgt het recht van particulieren op een eerlijk proces en stelt minimumeisen aan de rechtsbescherming van particulieren.⁹ Naast de toegang tot een onafhankelijke en onpartijdige rechter¹⁰ vereist het beginsel onder meer dat de adreassaar van een nadelige beslissing wordt gehoord, voordat de beslissing wordt genomen,¹¹ dat voor beroep vatbare beslissingen worden gemotiveerd¹² en dat er doeltreffende en afschrikwekkende sancties bestaan.¹³

De grondrechten van het EVRM maken als algemene beginselen deel uit van het Unierecht.¹⁴ Met name in het verleden paste het HvJ het in artikel 6 EVRM verankerde recht op een eerlijk proces soms rechtstreeks toe. Een voorbeeld hiervan biedt het arrest in de zaak *Steffensen*. In dit arrest oordeelde het HvJ dat een bewijsmiddel op grond van artikel 6 EVRM moet worden uitgesloten, als daarmee schending van het beginsel van hoor en wederhoor wordt voorkomen.¹⁵ Sinds de inwerkingtreding van het Handvest op 1 december 2009 is een tendens waarneembaar dat het HvJ de Handvestbepalingen voorop stelt.¹⁶ In recente jurisprudentie stelt het HvJ zelfs dat het in artikel 47 van het Handvest neergelegde grondrecht

6 HvJ EG 15 mei 1986, C-222/84 (Johnston).

7 HvJ EU 6 november 2012, C-199/11 (Otis), r.o. 46; HvJ EU 28 juli 2011, C-69/10 (Diouf), r.o. 49; HvJ EU 22 december 2010, C-279/09 (DEB), r.o. 33.

8 HvJ EG 15 oktober 1987, C-222/86 (Heylens), r.o. 14; HvJ EG 15 mei 1986, C-222/84 (Johnston).

9 Jans, Prechal & Widdershoven 2011, p. 51; Van Gerven 2000, p. 503-504; Barents & Brinkhorst 2012, p. 315-316. Zie HvJ EU 6 november 2012, C-199/11 (Otis), r.o. 48, waarin het HvJ bevestigde dat het beginsel van effectieve rechtsbescherming diverse aspecten omvat.

10 HvJ EG 3 december 1992, C-97/91 (Borelli), r.o. 13; HvJ EG 2 juli 2009, C-343/07 (Bavaria), r.o. 57.

11 HvJ EG 15 juni 2006, C-28/05 (Dokter), r.o. 74. Zie ook HvJ EU 6 september 2012, C-619/10 (Trade Agency/Seramico), r.o. 53; HvJ EU 22 november 2012, C-277/11 (M/Ierland), r.o. 82.

12 HvJ EG 15 oktober 1987, C-222/86 (Heylens), r.o. 15. Zie voorts de conclusie van A-G Kokott van 29 oktober 2009, punt 42-43 voor HvJ EU 28 januari 2010, C-406/08 (Uniplex); HvJ EG 3 september 2008, de gevoegde zaken C-402/05 P en C-415/05 P (Kadi), r.o. 336.

13 HvJ EG 11 oktober 2007, C-460/06 (Paquay), r.o. 49. Weliswaar baseerde het HvJ de verplichting van lidstaten om te voorzien in doeltreffende sancties in deze zaak op richtlijnbevestigingen, maar de betrokken bepalingen geven volgens het HvJ uitdrukking aan het beginsel van effectieve rechtsbescherming, zodat de strekking van het arrest ruimer is. Zie ook HvJ EG 29 oktober 2009, C-63/08 (Pontin), r.o. 41; HvJ EG 22 september 1998, C-185/97 (Coote), r.o. 21. Zie over remedies voorts Van Gerven 2000.

14 Art. 6 lid 3 VEU. Eerder werden de grondrechten al in de jurisprudentie van het HvJ als algemene rechtsbeginselen aanvaard; HvJ EG 14 mei 1974, C-4-73 (Nold), r.o. 13.

15 HvJ EG 10 april 2003, C-276/01 (Steffensen), r.o. 78.

16 Zie (kritisch) hierover Van Roosmalen & Pahladsingh 2013, p. 85.

uitvoering geeft aan de bescherming die artikel 6 EVRM verleent, zodat alleen naar de Handvestbepaling zou moeten worden verwezen.¹⁷

Niet iedere beperking van een door het beginsel van effectieve rechtsbescherming of artikel 6 en artikel 13 EVRM gewaarborgd recht is ongeoorloofd. Grondrechten hebben namelijk geen absolute status. Het HvJ aanvaardt beperkingen, mits deze voorzien in een algemeen belang en geen onevenredige of onduldbare ingreep inhouden, waardoor de gewaarborgde rechten in hun kern worden aangetast.¹⁸ In het voor de aanbestedingspraktijk belangrijke arrest *Varec* aanvaardde het HvJ een beperking van het uit artikel 6 EVRM voortvloeiende beginsel van hoor en wederhoor. Het HvJ oordeelde na een afweging van het recht op effectieve rechtsbescherming, het beginsel van hoor en wederhoor en het recht op privacy, dat procespartijen geen kennis mogen nemen van in het geding gebrachte stukken die vertrouwelijke informatie en zakengeheimen bevatten.¹⁹ Bij de toetsing van nationale bepalingen aan het beginsel van effectieve rechtsbescherming speelt proportionaliteit een belangrijke rol.²⁰

Het beginsel van effectieve rechtsbescherming verplicht zoals gezegd in de eerste plaats lidstaten de nodige voorschriften in hun interne rechtsorde op te nemen die de rechtsbescherming van particulieren waarborgen.²¹ Bij de handhaving van het Unierecht komt voorts een belangrijke taak toe aan de nationale rechter. De nationale rechter is op grond van het beginsel van loyale samenwerking verplicht de bescherming te verzekeren van de rechten die particulieren aan het Unierecht ontleen.²² Het beginsel van loyale samenwerking bindt immers alle organen van de staat, dus ook rechterlijke instanties.²³ Sommige schrijvers stellen dat de nationale rechter in zoverre fungeert als Unierechter.²⁴ De nationale rechter moet zijn procesrecht uitleggen op een wijze die bijdraagt aan de verwezenlijking van het Unierecht,²⁵ en nationale bepalingen die strijdig zijn met het beginsel van

17 HvJ EU 6 november 2012, C-199/11 (*Otis*), r.o. 47.

18 HvJ EU 6 september 2012, C-619/10 (*Trade Agency/Seramico*), r.o. 55; HvJ EU 18 maart 2010, de gevoegde zaken C-317-320/08 (*Alassini*), r.o. 63; HvJ EG 15 juni 2006, C-28/05 (*Dokter*), r.o. 74.

19 HvJ EG 14 februari 2008, C-450/06 (*Varec*).

20 Zie voorts HvJ EG 3 september 2008, de gevoegde zaken C-402/05 P en C-415/05 P (*Kadi*), r.o. 335-353, waarin het HvJ EU overwoog dat onder meer dwingende overwegingen in verband met de veiligheid een beperking kunnen inhouden van het recht van een justieabele om te worden gehoord en in kennis te worden gesteld van de motivering van een besluit.

21 HvJ EG 27 november 2001, C-424/99 (*Commissie/Oostenrijk*).

22 Art. 4 lid 3 VEU. Zie bijv. HvJ EG 15 april 2008, C-268/06 (*Impact*), r.o. 42; HvJ EG 5 oktober 2004, de gevoegde zaken C-397-403/01 (*Pfeiffer*), r.o. 111. Voor de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon werd het beginsel van loyale samenwerking ook vaak aangeduid als het beginsel van gemeenschapstrouw.

23 HvJ EG 13 november 1990, C-106/89 (*Marleasing*), r.o. 8.

24 Barents & Brinkhorst 2012, p. 284; Kapteyn e.a. 2008, 545; Temple Lang 2000, p. 235; Kakouris 1997, p. 1393.

25 HvJ EG 13 maart 2007, C-432/05 (*Unibet*), r.o. 44; HvJ EG 1 april 2004, C-263/02 P (*Jégo Quéré*), r.o. 32; HvJ EG 17 september 1997, C-54/96 (*Dorsch*), r.o. 43. Zie voorts Arnull 2011, p. 54-55.

effectieve rechtsbescherming of de grondrechtbepalingen buiten toepassing laten.²⁶

2.3 VOORLOPIGE RECHTSBESCHERMING

Een belangrijke verplichting die uit het beginsel van effectieve rechtsbescherming voortvloeit, en die op deze plaats bijzondere aandacht krijgt, is een systeem van voorlopige rechtsbescherming. In *Factortame* oordeelde het HvJ dat de nationale rechter over de bevoegdheid moet beschikken om in afwachting van het antwoord van het HvJ op een prejudiciële vraag de werking van nationale regelgeving die vermoed wordt in strijd te zijn met het Unierecht, te schorsen.²⁷ In *Zuckerfabriken* heeft het HvJ deze bevoegdheid uitgebreid tot bestuurshandelingen van nationale autoriteiten op basis van secundair Unierecht dat mogelijk in strijd is met het primaire Unierecht.²⁸ Voor de voorlopige rechtsbescherming die het Unierecht biedt, maakt het volgens het HvJ namelijk niet uit of de verenigbaarheid nationaal recht of secundair Unierecht betreft. In beide gevallen is de verenigbaarheid van lagere regelgeving met het (primaire) Unierecht aan de orde.²⁹

Ten aanzien van de voorwaarden waaronder voorlopige maatregelen moeten kunnen worden getroffen, maakt het HvJ onderscheid tussen nationale regelgeving en secundair Unierecht. De voorwaarden voor schorsing van nationale regelgeving zijn overgelaten aan de lidstaten. Zij zijn onderworpen aan het gelijkwaardigheidsbeginsel en het effectiviteitsbeginsel.³⁰ De voorwaarden voor schorsing van secundair Unierecht daarentegen zijn door het HvJ bepaald. Op een vordering tot schorsing van secundair Unierecht zijn de voorwaarden van artikel 279 VWEU, dat betrekking heeft op voorlopige maatregelen in zaken die bij het HvJ aanhangig zijn, analoog van toepassing.³¹ Analoge toepassing van deze voorwaarden is volgens het HvJ gerechtvaardigd vanwege de noodzaak van uniforme toepassing van het Unierecht door de lidstaten *onderling*.³² Dit is geen overtuigend argument. De noodzaak van uniforme toepassing van het Unierecht geldt immers ook op andere terreinen waarop Unierecht is uitgevaardigd, terwijl het HvJ de voorwaarden voor toepassing ervan in de meeste gevallen overlaat aan de lidstaten. In het verleden heeft het HvJ herhaaldelijk duidelijk gemaakt het ontbreken van Unierechtelijke regelgeving op het gebied van procesrecht te

26 Zie bijv. HvJ EG 15 mei 1986, C-222/84 (Johnston), r.o. 20-21.

27 HvJ EG 19 juni 1990, C-213/89 (Factortame); HvJ EG 13 maart 2007, C-432/05 (Unibet).

28 HvJ EG 21 februari 1991, de gevoegde zaken C-143/88 en C-92/89 (Zuckerfabriken); HvJ EG 6 december 2005, de gevoegde zaken C-453/03, C-11/04, C-12/04 en C-194/04 (ABNA); HvJ EG 9 november 1995, C-465/93 (Atlanta).

29 HvJ EG 21 februari 1991, de gevoegde zaken C-143/88 en C-92/89 (Zuckerfabriken), r.o. 20.

30 HvJ EG 13 maart 2007, C-432/05 (Unibet), r.o. 80-82.

31 HvJ EG 13 maart 2007, C-432/05 (Unibet), r.o. 79; HvJ EG 21 februari 1991, de gevoegde zaken C-143/88 en C-92/89 (Zuckerfabriken), r.o. 27. Meer uitgebreid hierover Lenaerts & Arts 2003, p. 106 e.v.

32 HvJ EG 21 februari 1991, de gevoegde zaken C-143/88 en C-92/89 (Zuckerfabriken), r.o. 26.

betreuen.³³ De schorsing door de nationale rechter van bestuurshandelingen van nationale autoriteiten op basis van secundair Unierecht dat vermoed wordt in strijd te zijn met primair Unierecht, vertoont grote gelijkennis met de voorlopige maatregelen die het HvJ krachtens artikel 279 VWEU kan treffen in zaken die bij hem aanhangig zijn. Mogelijk zag het HvJ in de aanwezigheid van voorwaarden op Unieniveau die geschikt leken voor analoge toepassing door nationale rechters, zijn kans schoon de procedurele autonomie van lidstaten verder aan banden te leggen dan mogelijk is op grond van het gelijkwaardigheidsbeginsel en het effectiviteitsbeginsel.³⁴ Uniforme toepassing van het Unierecht door het *HvJ* enerzijds en de *nationale rechter* anderzijds, die indirect bijdraagt aan de uniforme toepassing van het Unierecht door de lidstaten onderling, is wel een valide argument voor analoge toepassing van de voorwaarden van artikel 279 VWEU op de schorsing van secundair Unierecht door de nationale rechter. De prejudiciële geldigheidstoetsing en het beroep tot nietigverklaring bij het HvJ vormen twee wegen van eenzelfde stelsel van legaliteitstoezicht door het HvJ. Voor de voorwaarden voor schorsing van de werking van secundair Unierecht zou het niet mogen uitmaken welke rechterlijke instantie bevoegd is; het HvJ of de nationale rechter.³⁵

2.4 (HET BEGINSSEL VAN) PROCEDURELE AUTONOMIE

Het beginsel van effectieve rechtsbescherming stelt minimumeisen aan de bescherming van de rechten die particulieren aan het Unierecht ontleen. Om de particuliere handhaving van het Unierecht in goede banen te leiden bestaat behoefte aan procedureregels. Als in het Unierecht regelgeving op het gebied van het procesrecht ontbreekt, is het volgens vaste jurisprudentie van het HvJ een aangelegenheid van de interne rechtsorde van elke lidstaat om de bevoegde rechter aan te wijzen en de procesregels vast te stellen voor vorderingen die zijn gebaseerd op het Unierecht.³⁶ Dit wordt aangeduid als het beginsel van procedurele autonomie. De term ‘procesregels’ moet ruim worden opgevat. Daaronder vallen alle regels en beginselen, zowel van processuele als materieelrechtelijke aard, die betrekking hebben op rechtsacties met het oog op de te verlenen bescherming,³⁷ ongeacht de bron.³⁸ Te denk valt aan regels over bevoegdheid, procesbelang, verjarings-

33 Bijv. HvJ EG 12 juni 1980, C-130/79 (*Express Diary Foods*), r.o. 12; HvJ EG 6 mei 1982, C-54/81 (*Fromme*), r.o. 4.

34 Vgl. Prechal 1998, p. 682, die terecht opmerkt dat daar waar regelgeving in het Unierecht ontbreekt, het Unierecht voor zijn toepassing eenvoudigweg is aangewezen op nationale procedureregels.

35 Vgl. Lenaerts & Arts 2003, p. 106.

36 HvJ EG 16 december 1976, C-33-76 (*Rewe*), r.o. 5; HvJ EG 16 december 1976, C-45/76 (*Comet*), r.o. 13.

37 Kapteyn e.a. 2003, p. 451. Zie voorts Asser/Hartkamp 3-I, nr. 111.

38 Zie voor een zaak waarin een jurisprudentiële regel een rol speelde HvJ EU 15 april 2010, C-542/08 (*Barth*).

en vervaltermijnen, ambtshalve toepassing van recht en regels van bewijsrecht.

Hoewel procedurele autonomie uitdrukkelijk door het HvJ als beginsel van het Unierecht is erkend,³⁹ is dit begrip niet onomstreden. Sommige schrijvers lijken het beginsel van procedurele autonomie als tegenhanger van het beginsel van voorrang van het Unierecht te beschouwen.⁴⁰ Kakouris daarentegen ontkent het bestaan ervan.⁴¹ Volgens Prechal betreft het probleem een kwestie van terminologie. Zij onderschrijft de argumenten van Kakouris in belangrijke mate. Prechal beschouwt procedurele autonomie echter als 'snelschrift' voor het feit dat waar in het Unierecht regels ontbreken, het Unierecht aangewezen is op nationale procesregels.⁴²

Naar mijn mening wijst Kakouris er terecht op dat procedurele autonomie geen uitdrukking geeft aan de soevereiniteit van lidstaten. Nationale procesregels zijn slechts van toepassing indien en voor zover regelgeving in het Unierecht ontbreekt.⁴³ Lidstaten zijn bovendien niet slechts bevoegd, maar verplicht te voorzien in rechtsmiddelen om de rechtsbescherming te verzekeren.⁴⁴ Van een autonome bevoegdheid tot het vaststellen van procedureregels is dus geen sprake. Tot slot zijn de door de lidstaten vast te stellen procedureregels onderworpen aan het hierna te bespreken gelijkwaardigheidsbeginsel en het effectiviteitsbeginsel.⁴⁵ Procedurele autonomie kan daardoor niet als een tegenhanger van het beginsel van voorrang van het Unierecht worden beschouwd. Voor zover het zou gaan om een kwestie van terminologie, is de term 'autonomie' erg ongelukkig gekozen, met name in het licht van *Costa/ENEL*, waarin het HvJ deze term nu juist wel gebruikte ter afbakening van de soevereiniteit van de lidstaten.⁴⁶ Omdat het begrip procedurele autonomie zo diep is ingeburgerd, wordt het begrip ook in dit onderzoek gebruikt.

2.5 DE GRENZEN VAN PROCEDURELE AUTONOMIE

2.5.1 Inleiding

De procedurele autonomie van lidstaten wordt begrensd door een tweetal beginselen, het gelijkwaardigheidsbeginsel en het effectiviteitsbeginsel. Beide beginselen zijn door het HvJ geïntroduceerd in *Rewe* en *Comet* en

39 Bijv. HvJ EG 26 oktober 2006, C-168/05 (Mostaza Claro), r.o. 24; HvJ EG 19 september 2006, de gevoegde zaken C-392/04 en C-422/04 (Arcor), r.o. 57. Zie voorts punt 34 van de considerans van de Wijzigingsrichtlijn, waarin wordt opgemerkt dat deze richtlijn het beginsel van procedurele autonomie zou eerbiedigen.

40 Ortlep & Verhoeven 2008; Meijer 2007, p. 71 e.v.

41 Kakouris 1997. Zie ook Schwensfeier 2009, p. 209-213.

42 Prechal 1998, p. 682.

43 Kakouris 1997, p. 1396.

44 Art. 19 lid 1 VEU; Vermeulen 2001, p. 35; Van Gerven 2000, p. 503; Tridimas 2000, p. 466.

45 Kakouris 1997, p. 1404.

46 HvJ EG 15 juli 1965, C-6/64 (*Costa/ENEL*).

behoren sindsdien tot de standaarduitrusting van het HvJ om onder meer de bescherming van de rechten die particulieren aan het Unierecht ontleen te verzekeren.⁴⁷ De criteria voor toepassing van de beginselen zijn met name in het laatste decennium van de vorige eeuw in jurisprudentie van het HvJ uitgewerkt. In paragraaf 2.5.2 wordt het gelijkwaardigheidsbeginsel besproken en in paragraaf 2.5.3 het effectiviteitsbeginsel.

2.5.2 Het gelijkwaardigheidsbeginsel

Op grond van het gelijkwaardigheidsbeginsel, of assimilatie- of equivalentiebeginsel, mogen procedureregels voor rechtsvorderingen die zijn gebaseerd op het Unierecht niet ongunstiger zijn dan die voor soortgelijke nationale rechtsvorderingen.⁴⁸ Volgens het HvJ geeft het gelijkwaardigheidsbeginsel uitdrukking aan het beginsel van gelijke behandeling.⁴⁹ Sommige schrijvers beschouwen het beginsel als een toepassing van het in artikel 18 VWEU neergelegde verbod op discriminatie op grond van nationaliteit.⁵⁰ Het HvJ heeft herhaaldelijk benadrukt dat het gelijkwaardigheidsbeginsel lidstaten niet verplicht hun meest gunstige procedureregels toe te passen op rechtsvorderingen met een Unierechtelijke grondslag.⁵¹

Bij de toetsing van een nationale procedureregule aan het gelijkwaardigheidsbeginsel zijn twee stappen te onderscheiden. In de eerste plaats moet worden gezocht naar een 'soortgelijke' nationale rechtsvordering. Het HvJ benadrukt in deze zoektocht de rol van de nationale rechter, "die als enige rechtstreeks bekend is met de procedurevoorschriften voor beroepen op basis van nationaal recht".⁵² Dit weerhoudt het HvJ er in veel gevallen echter niet van om op basis van de door de nationale rechter verstrekte gegevens uitvoerige aanwijzingen te geven over de verenigbaarheid van de betrokken nationale bepaling met het Unierecht.⁵³ Bij de vergelijking van rechtsvorderingen die aan het Unierecht zijn ontleend met nationale rechtsvorderingen zijn het 'voorwerp' en de 'voornaamste kenmerken' beslissend.⁵⁴ Deze tamelijk vage

47 HvJ EG 16 december 1976, C-33-76 (Rewe); HvJ EG 16 december 1976, C-45/76 (Comet); HvJ EU 15 september 2011, C-310/09 (Accor), r.o. 79.

48 HvJ EU 8 juli 2010, C-246/09 (Bulicke), r.o. 25; HvJ EG 16 mei 2000, C-78/98 (Preston), r.o. 31; HvJ EG 1 december 1998, C-326/96 (Levez), r.o. 18.

49 HvJ EG 19 juni 2003, C-34/02 (Pasquini), r.o. 70.

50 Kapteyn e.a. 2008, p. 548. Mogelijk ook Hebly, De Boer & Wilman 2007, p. 24. Anders: Heukels 1999, p. 197-198.

51 HvJ EU 8 juli 2010, C-246/09 (Bulicke), r.o. 27; HvJ EG 29 oktober 2009, C-63/08 (Pontin), r.o. 45.

52 HvJ EG 29 oktober 2009, C-63/08 (Pontin), r.o. 45; HvJ EU 8 juli 2010, C-246/09 (Bulicke), r.o. 28.

53 Bijv. HvJ EG 1 december 1998 (Levez), r.o. 40; HvJ EG 10 juli 1997, C-261/95 (Palmisani), r.o. 33.

54 HvJ EU 8 juli 2010, C-246/09 (Bulicke), r.o. 28; HvJ EG 16 mei 2000, C-78/98 (Preston), r.o. 57; HvJ EG 1 december 1998, C-326/96 (Levez), r.o. 43. Soms maakt het HvJ EU gebruik van andere termen zoals 'doelstellingen' in plaats van 'voorwerp' en 'essentiële elementen' in plaats van 'voornaamste kenmerken', overigens zonder daarmee van eerdere jurisprudentie te willen afwijken; zie bijv. HvJ EU 15 april 2010, C-542/08 (Barth), r.o. 20.

maatstaf biedt weinig houvast en kan de nationale rechter de nodige hoofdbreken bezorgen.⁵⁵ Het antwoord op de vraag of twee rechtsvorderingen ‘soortgelijk’ zijn is in belangrijke mate afhankelijk van het niveau van abstractie.⁵⁶ Naarmate een hoger abstractieniveau wordt toegepast, komen meer rechtsvorderingen in aanmerking om met elkaar te worden vergeleken. Het is lastig hierover algemene uitspraken te doen.⁵⁷ Uit de jurisprudentie van het HvJ, met name die op het gebied van arbeidsrechtelijke geschillen, lijkt te kunnen worden afgeleid dat ‘soortgelijke’ rechtsvorderingen in de eerste plaats moeten worden gezocht binnen het rechtsgebied waar het geschil onder valt.⁵⁸ Dit kan echter slechts een vertrekpunt zijn. Grenzen tussen verschillende rechtsgebieden zijn arbitrair en kunnen per lidstaat verschillen. Bovendien kijkt het HvJ over de grenzen van rechtsgebieden heen. Het HvJ lijkt bijvoorbeeld rechtsvorderingen tot schadevergoeding wegens schending van antidiscriminatiebepalingen als ‘soortgelijk’ te beschouwen, ongeacht het rechtsgebied waaronder deze vallen.⁵⁹ Voorts lijkt het HvJ de vergelijking van rechtsvorderingen tussen particulieren en de overheid enerzijds en die tussen particulieren onderling anderzijds niet principieel uit te sluiten.⁶⁰ Duidelijk is dus dat de nationale rechter in zijn zoektocht naar ‘soortgelijke rechtsvorderingen’ zelfstandig zijn gehele rechtsstelsel zorgvuldig zal moeten analyseren. Mogelijk levert deze zoektocht niets op. In dat geval zijn er geen procedureregels die met elkaar kunnen worden vergeleken en kan van een schending van het gelijkwaardigheidsbeginsel geen sprake zijn.⁶¹ Wanneer een ‘soortgelijke’ rechtsvordering is gevonden, moet de procedureregel in de tweede plaats op gelijkwaardigheid worden getoetst. Het gelijkwaardigheidsbeginsel verbiedt zowel directe als indirecte discriminatie.⁶² Volgens de jurisprudentie van het HvJ vergt de toets van nationale procedureregels aan het gelijkwaardigheidsbeginsel een contextuele benadering.⁶³ Procedureregels mogen namelijk niet op zichzelf worden

55 Vgl. Kapteyn e.a. 2003, p. 451.

56 Wyatt e.a. 2011, p. 294 onder verwijzing naar de conclusies van verschillende A-G's. Zie voor een discussie over de vraag of een rechtsmiddel tegen een gunningsbeslissing ‘soortgelijk’ is aan een bezwaar tegen een besluit als bedoeld in art. 1:3 Awb; Manunza 2004 en Hebly, De Boer & Wilman 2007, p. 79. Zie voorts Arrowsmith 2005, p. 1387 naar aanleiding van HvJ EG 19 mei 1999, C-225/97 (Commissie/Frankrijk).

57 Ondanks een grote hoeveelheid jurisprudentie zijn de richtsnoeren van het HvJ voor de toepassingscriteria niet allesomvattend; Wyatt e.a. 2011, p. 293.

58 HvJ EU 8 juli 2010, C-246/09 (Bulicke), r.o. 34; HvJ EG 29 oktober 2009, C-63/08 (Pontin), r.o. 55.

59 HvJ EU 8 juli 2010, C-246/09 (Bulicke), r.o. 34.

60 Bijv. HvJ EG 10 juli 1997, C-261/95 (Palmisani), r.o. 38, waarin een regeling inzake aansprakelijkheid voor te late omzetting van een richtlijn werd vergeleken met de algemene regeling inzake niet-contractuele aansprakelijkheid. Mogelijk anders: Heukels 1999, p. 198. Volgens Tridimas 2000, p. 471, ligt het in de rede bij de zoektocht naar ‘soortgelijke’ rechtsvorderingen aansluiting te zoeken bij het onderscheid tussen publiek- en privaatrecht, maar ook hij erkent dat in sommige situaties nuancering noodzakelijk is. Zie ook Tridimas 2005, p. 427.

61 HvJ EG 10 juli 1997, C-261/95 (Palmisani), r.o. 39. In positieve zin uitgedrukt: dan is voldaan aan het gelijkwaardigheidsbeginsel, aldus Wyatt e.a. 2011, p. 293.

62 Tridimas 2005, p. 426; Tridimas 2000, p. 469.

63 Wyatt e.a. 2011, p. 293.

beschouwd, maar moeten worden onderzocht “met inaanmerkingneming van de plaats van die bepaling in de gehele procedure en van het verloop en de bijzondere kenmerken ervan voor de verschillende nationale instanties”.⁶⁴ Zo hoeven bijvoorbeeld hogere proceskosten niet tot een schending van het gelijkwaardigheidsbeginsel te leiden, wanneer deze verband houden met de formaliteiten van de procesgang.⁶⁵ De door het HvJ voorgeschreven contextuele analyse van procedureregels is kenmerkend voor toepassing van antidiscriminatiebepalingen. Wanneer verschillen in behandeling tussen rechtsvorderingen met een Unierechtelijke grondslag en nationale grondslag objectief kunnen worden gerechtvaardigd door factoren die geen verband houden met hun oorsprong, is van een schending van het gebod tot gelijke behandeling sprake.⁶⁶ Belangrijk is tot slot dat procedureregels op objectieve en abstracte wijze met elkaar moeten worden vergeleken, dus los van de concrete feiten en omstandigheden van het geschil waarin de vraag naar de verenigbaarheid van een procedureregule met het gelijkwaardigheidsbeginsel is gerezen.⁶⁷

2.5.3 Het effectiviteitsbeginsel

Op grond van het effectiviteitsbeginsel, of doeltreffendheidsbeginsel, mogen procedureregels de uitoefening van de rechten die particulieren aan het Unierecht ontleen niet onmogelijk of uiterst moeilijk maken.⁶⁸ Deze maatstaf wekt de indruk dat toetsing van procedureregels aan het effectiviteitsbeginsel uitsluitend een analyse omvat van de praktische effecten van de procedureregule op de toepassing van het Unierecht.⁶⁹ Nagegaan zou slechts hoeven te worden of de procedureregule niet te bezwarend is. Sinds *Van Schijndel* en *Peterbroeck* is duidelijk dat dit niet het geval is.⁷⁰ Uit deze arresten blijkt dat toetsing van nationale procedureregels aan het effectiviteitsbeginsel een contextuele benadering vereist. De vraag of een procedureregule de toepassing van het Unierecht onmogelijk of uiterst moeilijk maakt, moet worden onderzocht “met inaanmerkingneming van de plaats van die

64 HvJ EU 8 juli 2010, C-246/09 (Bulicke), r.o. 29; HvJ EG 16 mei 2000, C-78/98 (Preston), r.o. 61; HvJ EG 1 december 1998, C-326/96 (Levez), r.o. 44.

65 Wyatt e.a. 2011, p. 293.

66 Zie ook Wyatt e.a. 2011, p. 293 met verwijzing naar HvJ EG 19 mei 1998, C-132/95 (Jensen), r.o. 50-51. Zie tevens HvJ EG 19 juni 2003, C-34/02 (Pasquini), r.o. 59; HvJ EG 21 september 1983, de gevoegde zaken C-205-215/82 (Milchkontor), r.o. 23; HvJ EG 6 mei 1982, C-54/81 (Fromme), r.o. 6; HvJ EU 26 januari 2010, C-118/08 (Urbanos), r.o. 44.

67 HvJ EG 16 mei 2000, C-78/98 (Preston), r.o. 62.

68 HvJ EG 29 oktober 2009, C-63/08 (Pontin), r.o. 43; HvJ EG 7 juni 2007, de gevoegde zaken C-222-225/05 (Van der Weerd), r.o. 28; HvJ EG 13 maart 2007, C-432/05 (Unibet), r.o. 43.

69 Hoskins 1996, p. 373.

70 HvJ EG 14 december 1995, C-431/93 (Van Schijndel); HvJ EG 14 december 1995, C-312/93 (Peterbroeck). Ook na deze jurisprudentie volstaat het HvJ soms, namelijk in geval van kennelijke strijd met het effectiviteitsbeginsel, met een analyse van de praktische gevolgen van de procedureregule voor de mogelijkheden om rechten geldend te maken; zie bijv. HvJ EG 2 december 1997, C-188/95 (Fantask), r.o. 40. Vgl. Prechal 1998, p. 692.

bepaling in de gehele procedure, en van het verloop en de bijzondere kenmerken ervan, voor de verschillende nationale instanties.”⁷¹ Daarbij moet volgens het HvJ rekening worden gehouden met de beginselen die ten grondslag liggen aan de procedureregels die een beroep op het Unierecht verhindert. Onder meer de rechten van de verdediging, het rechtszekerheidsbeginsel en de goede procesorde zijn door het HvJ aanvaard als beginselen die onder omstandigheden een beperking van de toepassing van het Unierecht kunnen rechtvaardigen.⁷² Een beginsel heeft meer kans van slagen om als rechtvaardigingsgrond voor een beperking van de toepassing van het Unierecht te worden aanvaard, wanneer het in de meerdere lidstaten wordt erkend.⁷³ Ik ga niet mee in het betoog van Kakouris, die stelt dat uitsluitend beginselen van het Unierecht zelf de toepassing van het Unierecht kunnen beperken.⁷⁴ Het HvJ verwijst in zijn jurisprudentie immers expliciet naar de beginselen die aan het nationale stelsel ten grondslag liggen.⁷⁵ De jurisprudentie van het HvJ sluit niet uit dat aan nationale procedureregels ten grondslag liggende beginselen die geen pendant hebben in het Unierecht, als rechtvaardigingsgrond kunnen dienen voor een beperking van de toepassing van het Unierecht.

Bij toetsing van een nationale procedureregels aan het effectiviteitsbeginsel moeten de belangen die de procedureregels beoogt te beschermen worden afgewogen tegen de effectieve bescherming van de rechten die particulieren aan het Unierecht ontnemen.⁷⁶ Prechal heeft deze balansoefening aangeduid als de *procedurele rule of reason*.⁷⁷ Zoals hiervoor al aan de orde kwam, vindt toetsing van procedureregels aan het gelijkwaardigheidsbeginsel op abstracte en objectieve wijze plaats. Bij toetsing aan het effectiviteitsbeginsel zijn daarentegen juist de concrete omstandigheden van het geval beslissend.⁷⁸

Een nationale procedureregels die in strijd is met het effectiviteitsbeginsel moet buiten toepassing worden gelaten.⁷⁹ Het effectiviteitsbeginsel kan ook positieve verplichtingen meebrengen. Uit *Boiron* volgt dat als een partij op wie de bewijslast rust, onmogelijk of uiterst moeilijk het vereiste bewijs kan

71 HvJ EG 14 december 1995, C-431/93 (Van Schijndel), r.o. 19; HvJ EG 14 december 1995, C-312/93 (Peterbroeck), r.o. 14. Zie voorts HvJ EG 29 oktober 2009, C-63/08 (Pontin), r.o. 47.

72 HvJ EG 14 december 1995, C-431/93 (Van Schijndel), r.o. 19; HvJ EG 14 december 1995, C-312/93 (Peterbroeck), r.o. 14. Zie voorts HvJ EG 29 oktober 2009, C-63/08 (Pontin), r.o. 47.

73 HvJ EG 14 december 1995, C-431/93 (Van Schijndel), r.o. 21. Vgl. Prechal 1998, p. 691.

74 Kakouris 1997, p. 1404.

75 HvJ EG 14 december 1995, C-431/93 (Van Schijndel), r.o. 19. Vgl. Biondi 1999, p. 1277.

76 Kapteyn e.a. 2008, p. 552-553. Als het Unierecht geen rechten aan particulieren toekent, maar juist verplichtingen voor particulieren teweegbrengt, moeten de belangen die aan de nationale procedureregels ten grondslag liggen worden afgewogen tegen de effectieve toepassing van het Unierecht in plaats van de bescherming van de rechten van particulieren; zie bijv. HvJ EG 21 september 1983, de gevoegde zaken C-205-215/82 (Milchkontor), r.o. 22.

77 Prechal 1998, p. 691.

78 HvJ EG 21 november 2002, C-473/00 (Cofidis), r.o. 37; Biondi 1999, p. 1278; Prechal 1998, p. 691.

79 Een mogelijk alternatief voor het buiten toepassing laten van een regel is conforme interpretatie, zie hiervoor § 2.2 en hierna § 4.2.

leveren doordat hij niet over de noodzakelijke gegevens beschikt, de nationale rechter hem te hulp moet schieten door gebruik te maken van alle procedurele middelen die het nationale recht hem ter beschikking stelt, zoals het bevelen van een partij stukken te overleggen.⁸⁰ Het effectiviteitsbeginsel prevaleert boven het gelijkwaardigheidsbeginsel.⁸¹ Een procedureregule die op gelijke wijze van toepassing is op Unierechtelijke en nationale rechtsvorderingen, maar die de uitoefening van een recht onmogelijk of uiterst moeilijk maakt, moet in geschillen waarin het Unierecht in het geding is wijken voor het effectiviteitsbeginsel.⁸²

2.6 DE VERHOUDING TUSSEN HET BEGINSSEL VAN EFFECTIEVE RECHTSBESCHERMING ENERZIJD EN HET GELIJKWAARDIGHEIDSBEGINSSEL EN HET EFFECTIVITEITSBEGINSSEL ANDERZIJD

De verhouding tussen het beginsel van effectieve rechtsbescherming en de vereisten van gelijkwaardigheid en het effectiviteit is nog niet uitgekristalliseerd.⁸³ Sommige schrijvers beschouwen het beginsel van effectieve rechtsbescherming als een uitwerking van het effectiviteitsbeginsel.⁸⁴ Deze opvatting deel ik niet. Het effectiviteitsbeginsel begrenst de procedurele autonomie van lidstaten en is in feite ‘niets meer’ dan een correctiemechanisme op nationale procedureregels. Het neemt dus de nationale procedureregels tot vertrekpunt. Als het beginsel van effectieve rechtsbescherming een uitwerking zou zijn van het effectiviteitsbeginsel, dan zou ook het beginsel van effectieve rechtsbescherming een correctiemechanisme zijn op nationale procedureregels. Dit valt niet uit de jurisprudentie van het HvJ af te leiden. Het beginsel van effectieve rechtsbescherming heeft blijkens de jurisprudentie van het HvJ een fundamentele karakter en stelt minimumeisen aan de rechtsbescherming van particulieren.⁸⁵ Het beginsel van effectieve rechtsbescherming fungeert als het kader waarbinnen lidstaten met inachtneming van het gelijkwaardigheidsbeginsel en het effectiviteitsbeginsel vrij zijn procedureregels vast te stellen. Het beginsel van effectieve rechtsbescherming is geen correctiemechanisme op nationale procedureregels en kan niet als uitwerking van het effectiviteitsbeginsel worden beschouwd. Volgens het HvJ zouden juist omgekeerd het gelijkwaardigheidsbeginsel en het effectiviteitsbeginsel een uitwerking zijn van het beginsel van effectieve

80 HvJ EG 7 september 2006, C-526/04 (Boiron), r.o. 55; HvJ EU 28 januari 2010, C-264/08 (Direct Parcel Distribution), r.o. 35.

81 HvJ EG 9 november 1983, C-199/82 (San Giorgio), r.o. 17. Zie voorts Jans, Prechal & Widdershoven 2011, p. 39; Asser/Hartkamp 3-I, nr. 122. Zie ook Tridimas 2005, p. 424; Tridimas 2000, p. 467 en p. 473.

82 Het HvJ eist dus een voorkeursbehandeling op voor het Unierecht, hetgeen een bedreiging vormt voor de coherentie van het nationale recht; Barkhuysen 2006, p. 14-20.

83 Parret 2012, p. 157 en p. 167; Engström 2011, p. 64; Jans, Prechal & Widdershoven 2011, p. 52.

84 Freudenthal & Van Ooik 2007, p. 49; Pachnou 2000, p. 61. Zie hierover voorts Jans, Prechal & Widdershoven 2011, p. 45 en p. 50-52; Parret 2012, p. 159.

85 Het beginsel van effectieve rechtsbescherming is mede blijkens art. 47 van het Handvest een grondrecht.

rechtsbescherming.⁸⁶ Ook deze opvatting deel ik niet. De belangen die het beginsel van effectieve rechtsbescherming enerzijds en de vereisten van gelijkwaardigheid en doeltreffendheid anderzijds beogen te beschermen kunnen namelijk uiteenlopen. Het beginsel van effectieve rechtsbescherming strekt exclusief tot bescherming van de rechten van particulieren. Dit geldt niet voor het gelijkwaardigheidsbeginsel en het effectiviteitsbeginsel. Wanneer een particulier de rechten die hij aan het Unierecht ontleent geldend maakt, strekken de vereisten van gelijkwaardigheid en effectiviteit net als het beginsel van effectieve rechtsbescherming tot bescherming van de rechten van de betrokken particulier.⁸⁷ Maar wanneer het Unierecht geen rechten aan particulieren toekent, maar voor hen juist verplichtingen in het leven roept, beogen zij uitsluitend de toepassing van het Unierecht te verzekeren.⁸⁸ In dergelijke situaties kan toepassing van het gelijkwaardigheidsbeginsel en het effectiviteitsbeginsel nadelige gevolgen hebben voor particulieren. Tegen de achtergrond van het voorgaande is het onjuist en misleidend het gelijkwaardigheidsbeginsel en effectiviteitsbeginsel als uitwerking van het beginsel van effectieve rechtsbescherming te beschouwen. Naar mijn mening vervullen het beginsel van effectieve rechtsbescherming, enerzijds, en het gelijkwaardigheidsbeginsel en het effectiviteitsbeginsel, anderzijds, een zelfstandige rol in de toepassing van het Unierecht in de rechtsorden van lidstaten.⁸⁹ Zij hebben ieder een eigen toepassingsbereik, waarvan, zoals hierna zal blijken, de grenzen overigens niet altijd eenvoudig zijn vast te stellen.⁹⁰

2.7 HET BEGINSSEL VAN AANSPRAKELIJKHEID VAN LIDSTATEN VOOR SCHENDINGEN VAN HET UNIERECHT

Het laatste algemene rechtsbeginsel van het Unierecht dat in dit hoofdstuk niet onbesproken mag blijven, is het beginsel dat lidstaten aansprakelijk zijn voor schendingen van het Unierecht. Het Unierecht beoogt langs verschillende wegen voor particulieren rechten in het leven te roepen. Volgens het HvJ zou afbreuk aan de volle werking van het Unierecht worden gedaan, als particulieren niet de mogelijkheid zouden hebben om schadevergoeding te vorderen voor schendingen van het Unierecht die aan een lidstaat kunnen worden toegerekend.⁹¹

86 HvJ EG 15 april 2008, C-268/06 (Impact), r.o. 47; HvJ EU 18 maart 2010, de gevoegde zaken C-317-320/08 (Alassini), r.o. 49.

87 Zie bijv. HvJ EG 13 maart 2007, C-432/05 (Unibet), r.o. 43. Daarnaast waarborgen het gelijkwaardigheids- en effectiviteitsbeginsel in deze situatie ook de effectieve toepassing van het Unierecht. Volgens sommige schrijvers is dit zelfs het hoofddoel van de beginselen; Parret 2012, p. 159; Prechal & Widdershoven 2011, p. 46; Galetta 2011, p. 19-20.

88 Althans grenzen te stellen aan beperkingen van de toepassing van het Unierecht. Zie bijv. HvJ EU 20 mei 2010, C-210/09 (Scott), r.o. 21; HvJ EG 20 maart 1997, C-24/95 (Alcan), r.o. 24; HvJ EG 21 september 1983, de gevoegde zaken C-205-215/82 (Milchkontor), r.o. 22.

89 Zie ook Prechal & Widdershoven 2011, p. 45. Vgl. voorts Engström 2011, p. 60-64.

90 Zie hierna § 2.8.

91 HvJ EG 19 november 1991, de gevoegde zaken C-6/90 en C-9/90 (Francovich), r.o. 33.

De aansprakelijkheid van lidstaten voor schendingen van het Unierecht vindt haar grondslag in het effectiviteitsbeginsel, het beginsel van loyale samenwerking en wordt tevens in verband gebracht met het beginsel van effectieve rechtsbescherming.⁹² Bovendien is zij door het HvJ als zelfstandig rechtsbeginsel aanvaard, dat inherent is aan het systeem van het EG-Verdrag (thans VWEU).⁹³ Voor het ontstaan van aansprakelijkheid van een lidstaat doet niet ter zake door welk orgaan van de betrokken lidstaat het Unierecht is geschonden.⁹⁴ De voorwaarden voor aansprakelijkheid van lidstaten voor schendingen van het Unierecht zijn, net als de voorwaarden voor schorsing van de werking van secundair Unierecht, door het HvJ zelf bepaald. Deze voorwaarden zijn ontleend aan artikel 340 VWEU, dat de aansprakelijkheid van de Unie zelf regelt. Toepassing van dezelfde voorwaarden zou gerechtvaardigd zijn, omdat het voor aansprakelijkheid voor schendingen van het Unierecht geen verschil zou mogen maken of de schending door een instelling van de unie of door een lidstaat zou zijn begaan.⁹⁵

De voorwaarden voor aansprakelijkheid van lidstaten zijn door het HvJ uitgewerkt in *Brasserie du Pecheur* en latere jurisprudentie.⁹⁶ Uit deze jurisprudentie blijkt dat aansprakelijkheid van een lidstaat moet worden aangenomen als aan een drietal voorwaarden is voldaan.

Ten eerste moet de geschonden regel ertoe strekken aan particulieren rechten toe te kennen.⁹⁷ Aan dit vereiste, waarin een relativiteitseis schuilt,⁹⁸ wordt snel voldaan.⁹⁹ Een recht hoeft niet uitdrukkelijk door het Unierecht te zijn toegekend. Rechten kunnen ook ontstaan als weerslag van een verplichting die het Unierecht aan een ander oplegt.¹⁰⁰ Niet noodzakelijk is voorts dat de geschonden regel een subjectief recht toekent of directe werking heeft.¹⁰¹ Ook schending van regelgeving die niet een specifieke groep personen beoogt te beschermen, maar een algemeen belang, zoals milieuwetgeving, kan tot

92 HvJ EG 19 november 1991, de gevoegde zaken C-6/90 en C-9/90 (Francovich), r.o. 32-36. Vgl. Sieburgh 2007, p. 486; Prinssen 2004, p. 58; Temple Lang 2000, p. 246.

93 HvJ EG 19 november 1991, de gevoegde zaken C-6/90 en C-9/90 (Francovich), r.o. 35.

94 HvJ EG 5 maart 1996, de gevoegde zaken C-46/93 en C-48/93 (*Brasserie du Pecheur*), r.o. 32; HvJ EG 30 september 2003, C-224/01 (Köbler), r.o. 32-33.

95 Sieburgh 2007, p. 493; Van Gerven 2000, p. 510.

96 HvJ EG 5 maart 1996, de gevoegde zaken C-46/93 en C-48/93 (*Brasserie du Pecheur*). Zie voorts HvJ EG 4 juli 2000, C-424/97 (Haim II); HvJ EG 1 juni 1999, C-302/97 (Konle); HvJ EG 8 oktober 1996, de gevoegde zaken C-178-179/94 en C-188-190/94 (Dillenkofer).

97 HvJ EG 5 maart 1996, de gevoegde zaken C-46/93 en C-48/93 (*Brasserie du Pecheur*), r.o. 51.

98 Jans, Prechal & Widdershoven 2011, p. 348; Meijer 2007, p. 35; Tridimas 2001, p. 327-328. Vgl. Prinssen 2004, p. 68.

99 Jans, Prechal & Widdershoven 2011, p. 348; Sieburgh 2007, p. 496; Tridimas 2001, p. 328.

100 HvJ EG 19 november 1991, de gevoegde zaken C-6/90 en C-9/90 (Francovich), r.o. 31.

101 Soms lijkt het HvJ wel te eisen dat aan de geschonden regel een subjectief recht kan worden ontleend; zie HvJ EG 12 oktober 2004, C-222/02 (Peter Paul), r.o. 46 en r.o. 50. Zie hierover voorts Jans, Prechal & Widdershoven 2011, p. 350-353.

aansprakelijkheid van een lidstaat leiden.¹⁰² De uitleg van het Unierecht is aan het HvJ voorbehouden.¹⁰³ Voor de beantwoording van de vraag of de geschonden regel ertoe strekt rechten aan particulieren toe te kennen, is de jurisprudentie van het HvJ dus leidend.¹⁰⁴

Ten tweede moet er sprake zijn van een voldoende gekwalificeerde schending. Als criterium geldt of de lidstaat de grenzen van zijn beoordelingsvrijheid kennelijk en ernstig heeft miskend.¹⁰⁵ Als de schending de niet-tijdige implementatie van een richtlijn betreft, wordt direct een voldoende gekwalificeerde schending aangenomen.¹⁰⁶ Bij de tijdige implementatie van richtlijnen hebben lidstaten immers geen beoordelingsvrijheid, zodat de enkele inbreuk op het Unierecht volstaat voor het vaststellen van een voldoende gekwalificeerde schending.¹⁰⁷ Een voldoende gekwalificeerde schending kan ook voetstoots worden aangenomen, als de geschonden regel de lidstaat geen keuzevrijheid laat.¹⁰⁸ Wanneer wel beoordelingsvrijheid bestaat, moet de vraag of de lidstaat de grenzen van zijn beoordelingsvrijheid kennelijk en ernstig heeft miskend, worden beantwoord aan de hand van verschillende factoren. Naast de omvang van de beoordelingsvrijheid spelen onder meer de mate van duidelijkheid en nauwkeurigheid van de geschonden regel en verwijtbaarheid een rol.¹⁰⁹ De vaststelling van een voldoende gekwalificeerde schending is een samenspel tussen het HvJ en de nationale rechter. Het HvJ legt het Unierecht uit en beoordeelt onder meer de omvang van de beoordelingsvrijheid van lidstaten.¹¹⁰ De nationale rechter beoordeelt vervolgens op basis van de concrete feiten en omstandigheden van het geval aan de hand van de genoemde factoren of er sprake is van een voldoende gekwalificeerde schending.¹¹¹ Wanneer het HvJ meent over voldoende feitelijke gegevens te beschikken, beantwoordt het soms zelf de vraag of er sprake is van een voldoende gekwalificeerde schending van het Unierecht.¹¹²

Voor het ontstaan van aansprakelijkheid van een lidstaat moet er ten derde direct causaal verband bestaan tussen de schending van het Unierecht en de geleden schade. Het HvJ heeft aan het vereiste van causaal verband geen

102 Sieburgh 2007, p. 496 en p. 525.

103 Dit volgt uit art. 19 VEU jo. art. 267 VWEU. Zie ook Tridimas 2005, p. 504.

104 Van der Burg & Voermans 2012, p. 190; Tridimas 2001, p. 316.

105 HvJ EG 5 maart 1996, de gevoegde zaken C-46/93 en C-48/93 (Brasserie du Pecheur), r.o. 55.

106 HvJ EG 8 oktober 1996, de gevoegde zaken C-178-179/94 en C-188-190/94 (Dillenkofer); HvJ EG 24 september 1998, C-319/96 (Brinkmann), r.o. 28; Van der Burg & Voermans 2012, p. 189. Van niet of niet-tijdige implementatie moet worden onderscheiden het geval waarin een lidstaat ten onrechte meende dat zijn regelgeving reeds voldeed aan de eisen die de betrokken richtlijn aan nationale rechtsstelsels stelt; Sieburgh 2007, p. 501.

107 HvJ EG 4 juli 2000, C-352/98 P (Bergaderm), r.o. 44; Sieburgh 2007, p. 501; Prinssen 2004, p. 60.

108 HvJ EG 2 april 1998, C-127/95 (Norbrook), r.o. 109.

109 HvJ EG 5 maart 1996, de gevoegde zaken C-46/93 en C-48/93 (Brasserie du Pecheur), r.o. 56. Meer uitgebreid hierover Sieburgh 2007, p. 494 e.v.

110 HvJ EG 4 juli 2000, C-424/97 (Haim II), r.o. 40.

111 HvJ EG 5 maart 1996, de gevoegde zaken C-46/93 en C-48/93 (Brasserie du Pecheur), r.o. 58; HvJ EU 25 november 2010, C-429/09 (Fuß), r.o. 48; Sieburgh 2007, p. 491; Tridimas 2005, p. 518.

112 Bijv. HvJ EG 24 september 1998, C-319/96 (Brinkmann), r.o. 26; HvJ EU 25 november 2010, C-429/09 (Fuß), r.o. 53.

vaste invulling gegeven.¹¹³ Gesteld wordt dat zowel de aanwezigheid van *condicio sine qua non*-verband tussen de gedraging en de schade als voorzienbaarheid van de schade noodzakelijk is.¹¹⁴ De vaststelling van causaal verband berust in belangrijke mate op een feitelijke beoordeling en is dus een taak van de nationale rechter.¹¹⁵ Soms treedt het HvJ zelf in deze beoordeling.¹¹⁶

De door het HvJ geformuleerde voorwaarden voor aansprakelijkheid van lidstaten voor schendingen van het Unierecht zijn minimumvoorwaarden.¹¹⁷ Als op grond van het nationale recht gunstigere voorwaarden gelden, moeten deze worden toegepast. Dit brengt het gelijkwaardigheidsbeginsel mee.¹¹⁸

De toe te kennen schadevergoeding moet volgens het HvJ adequaat zijn.¹¹⁹ In *A.G.M. COS.MET* heeft het HvJ deze randvoorwaarde aangescherpt door te oordelen dat de schadevergoeding de geleden schade volledig moet herstellen.¹²⁰ Hoewel het HvJ dit niet met zoveel woorden noemt, zou het recht op een in verhouding tot de geleden schade passende schadevergoeding kunnen worden afgeleid uit het beginsel van effectieve rechtsbescherming.¹²¹ Regels voor de vaststelling van de in aanmerking komende schadeposten en de omvang van de schadevergoeding zijn door het HvJ overgelaten aan de procedurele autonomie van lidstaten. Zij zijn onderworpen aan het gelijkwaardigheidsbeginsel en het effectiviteitsbeginsel.¹²² Zo kan bij de vaststelling van schadevergoeding rekening worden gehouden met de eigen schuld van de benadeelde en de schadebeperkingsplicht.¹²³ Het HvJ heeft in het kader van de schadebeperkingsplicht expliciet overwogen dat gevolgen kunnen worden verbonden aan het ongebruikt laten van de beschikbare beroepsmogelijkheden door de benadeelde,¹²⁴ mits

113 HvJ EG 4 juli 2000, C-424/97 (Haim II), r.o. 44. Zie voorts Sieburgh 2007, p. 484 en p. 508; Tridimas 2001, p. 313.

114 Meijer 2007, p. 116; Sieburgh 2007, p. 508.

115 HvJ EG 5 maart 1996, de gevoegde zaken C-46/93 en C-48/93 (Brasserie du Pecheur), r.o. 65; HvJ EG 17 april 2007, C-470/03 (A.G.M.-COS.MET), r.o. 83.

116 HvJ EG 24 september 1998, C-319/96 (Brinkmann), r.o. 26.

117 HvJ EG 5 maart 1996, de gevoegde zaken C-46/93 en C-48/93 (Brasserie du Pecheur), r.o. 66.

118 Wyatt e.a. 2011, p. 312; Sieburgh 2007, p. 533; Prinssen 2004, p. 69.

119 HvJ EG 5 maart 1996, de gevoegde zaken C-46/93 en C-48/93 (Brasserie du Pecheur), r.o. 82; HvJ EU 25 november 2010, C-429/09 (Fuß), r.o. 92.

120 HvJ EG 17 april 2007, C-470/03 (A.G.M. COS.MET), r.o. 94; Meijer 2007, p. 186.

121 Zie bijv. HvJ EG 10 april 1984, C-79/83 (Harz), r.o. 23; HvJ EG 10 april 1983, C-14/83 (Colson en Kamann), r.o. 23. Het HvJ vond in deze zaken de grondslag voor het recht op een in verhouding tot de geleden schade passende schadevergoeding in een richtlijnbevestiging. Volgens het HvJ geven dergelijke richtlijnbevestigingen uitdrukking aan het beginsel van effectieve rechtsbescherming, zodat de strekking van deze arresten ruimer is. Zie ook HvJ EG 29 oktober 2009, C-63/08 (Pontin), r.o. 41; HvJ EG 22 september 1998, C-185/97 (Coote), r.o. 21.

122 HvJ EG 5 maart 1996, de gevoegde zaken C-46/93 en C-48/93 (Brasserie du Pecheur), r.o. 83; HvJ EG 13 juli 2006, de gevoegde zaken C-295-298/04 (Manfredi), r.o. 92.

123 Sieburgh 2007, p. 513; Meijer 2007, p. 202-203; Prinssen 2004, p. 70.

124 HvJ EG 5 maart 1996, de gevoegde zaken C-46/93 en C-48/93 (Brasserie du Pecheur), r.o. 84-85.

vanzelfsprekend het gelijkwaardigheidsbeginsel en het effectiviteitsbeginsel in acht zijn genomen.¹²⁵

2.8 DE INTENSITEIT VAN TOETSING VAN NATIONAAL RECHT AAN HET UNIERECHT

Het Unierecht, waaronder de in dit hoofdstuk besproken algemene rechtsbeginselen, oefent wezenlijke invloed uit op het procesrecht van lidstaten. De intensiteit waarmee het nationale recht aan het Unierecht moet worden getoetst, is echter niet altijd duidelijk.¹²⁶ De jurisprudentie van het HvJ biedt wel handvatten.

Als een Europese regel en een nationale regel aan hetzelfde feitencomplex verschillende rechtsgevolgen verbinden, is er sprake van een conflict tussen twee normen of anders gezegd een 'directe botsing'.¹²⁷ In dat geval kiest het HvJ voor de *Simmenthal*-benadering en moet de nationale regel zonder meer buiten toepassing worden gelaten.¹²⁸ Als er geen sprake is van een directe botsing, maar een nationale regel de toepassing van het Unierecht beperkt, een situatie die door Ortlep en Verhoeven wordt aangeduid als een geval van 'indirecte botsing',¹²⁹ kiest het HvJ in de regel voor de *Rewe/Comet*-benadering.¹³⁰ Ingevolge de *Rewe/Comet*-benadering geldt een veel mildere maatstaf en moeten de belangen die de nationale regel beoogt te beschermen, worden afgewogen tegen de effectieve toepassing van het Unierecht.¹³¹ Deze afweging kan in het voordeel van de nationale regel uitvallen, zodat de nationale regel niet zonder meer buiten toepassing hoeft te worden gelaten. Bij een indirecte botsing past het HvJ soms een meer indringende toets toe op grond van het beginsel van effectieve rechtsbescherming.¹³² De intensiteit van toetsing aan het beginsel van effectieve rechtsbescherming neemt een plaats in tussen de *Simmenthal*-benadering en de *Rewe/Comet*-benadering.¹³³ Beperkingen van het beginsel van effectieve rechtsbescherming worden aanvaard, maar alleen wanneer deze voorzien in een algemeen belang en geen onevenredige of onduldbare ingreep inhouden, waardoor de gewaarborgde rechten in hun kern worden aangetast.¹³⁴ Het is

125 HvJ EU 26 januari 2010, C-118/08 (Urbanos).

126 Meijer 2007, p. 72; Prechal 2005, p. 141; Prechal 1998, p. 689. Zie ook Ancery 2012, p. 108.

127 Ortlep & Verhoeven 2008, p. 472; Ancery 2012, p. 104; HvJ EG 19 september 2006, de gevoegde zaken C-392/04 en C-422/04 (Arcor), r.o. 49. Zie ook Pachnou 2000, p. 62.

128 HvJ EG 9 maart 1978, C-106/77 (Simmenthal), r.o. 21; HvJ EU 6 september 2012, C-18/11 (Philips), r.o. 38.

129 Ortlep & Verhoeven 2008, p. 473.

130 HvJ EG 16 december 1976, C-33-76 (Rewe); HvJ EG 16 december 1976, C-45/76 (Comet).

131 Zie hiervoor § 2.5.3.

132 Vgl. Jans, Prechal & Widdershoven 2011, p. 48-50.

133 Zie over de verschillen tussen toetsing aan het beginsel van effectieve rechtsbescherming en de vereisten van gelijkwaardigheid en effectiviteit voorts Prechal & Widdershoven 2011, p. 38-44. Zie ook Parret 2012, p. 167. Enström 2011, p. 63, ziet geen verschil tussen toetsing aan het beginselen van effectieve rechtsbescherming en het effectiviteitsbeginsel.

134 Zie hiervoor § 2.2.

niet eenvoudig te voorspellen of een nationale regel aan het beginsel van effectieve rechtsbescherming moet worden getoetst of dat de *Rewe/Comet*-benadering moet worden gevolgd.¹³⁵ Het beginsel van effectieve rechtsbescherming stelt minimumeisen aan de nationale rechtsstelsels die het recht op een eerlijk proces waarborgen. Aspecten die het recht op een eerlijk proces raken, zoals de toegang tot een onafhankelijke rechter, zullen dus aan het beginsel van effectieve rechtsbescherming moeten worden getoetst.¹³⁶ Voor de beoordeling van procedureregels die het recht op een eerlijk proces niet raken, is de *Rewe/Comet*-benadering aangewezen. Er bestaat een grijs gebied. Zoals hiervoor al is opgemerkt, is de relatie tussen het beginsel van effectieve rechtsbescherming enerzijds en het gelijkwaardigheidsbeginsel en het effectiviteitsbeginsel anderzijds in de jurisprudentie van het HvJ nog niet uitgekristalliseerd.¹³⁷

Het onderscheid tussen directe en indirecte botsing kan worden geïllustreerd aan de hand van de jurisprudentie van het HvJ over in strijd met het Unierecht opgelegde vergoedingen.¹³⁸ In *Ciola* was aan een bedrijf dat ligplaatsen voor boten verhuurde bij beschikking een geldboete opgelegd voor een overtreding van een nationale regel die een maximum stelde op het aantal ligplaatsen dat mocht worden verhuurd aan in het buitenland woonachtige booteigenaren. Volgens het HvJ was deze administratieve handeling in strijd met het vrije verkeer van diensten.¹³⁹ Onder verwijzing naar *Simmenthal* oordeelde het HvJ dat de beschikking, die nota bene definitief was geworden, buiten toepassing moest worden gelaten door de nationale rechter.¹⁴⁰ In *Barra* was aan buitenlandse studenten in strijd met het verbod op discriminatie op grond van nationaliteit lesgeld in rekening gebracht.¹⁴¹ Hier was het kwaad echter al geschied. Anders dan in *Ciola* het geval was, waren de vergoedingen die in strijd met het Unierecht waren opgelegd namelijk al betaald. In het Unierecht ontbreken voorschriften voor terugvordering van bedragen die in strijd met het Unierecht zijn geïnd en dus moesten de nationale regels die het recht op terugvordering beperkten volgens het HvJ worden getoetst aan het gelijkwaardigheidsbeginsel en het effectiviteitsbeginsel.¹⁴² Het HvJ koos in *Barra* duidelijk voor de *Rewe/Comet*-benadering.

Bij de indeling van een situatie in de categorie directe dan wel indirecte botsing is oplettendheid vereist. Zo kan bijvoorbeeld het beginsel van gezag

135 Jans, Prechal & Widdershoven 2011, p. 50.

136 Zie bijv. HvJ EU 18 maart 2010, de gevoegde zaken C-317-320/08 (Alassini). Vgl. Ancery 2012, p. 106.

137 Zie hiervoor § 2.7; Jans, Prechal & Widdershoven 2011, p. 52.

138 Ortlep & Verhoeven 2008, p. 474.

139 HvJ EG 29 april 1999, C-224/97 (*Ciola*), r.o. 19.

140 HvJ EG 29 april 1999, C-224/97 (*Ciola*), r.o. 25-34.

141 HvJ EG 2 februari 1988, C-309/85 (*Barra*). Aan eigen onderdanen werd door de betrokken lidstaat geen lesgeld in rekening gebracht.

142 HvJ EG 2 februari 1988, C-309/85 (*Barra*), r.o. 18. Zie voorts HvJ EG 19 september 2006, de gevoegde zaken C-392/04 en C-422/04 (*Arcor*), r.o. 49.

van gewijsde in veel situaties een geoorloofde beperking inhouden van de toepassing van het Unierecht, mits het gelijkwaardigheidsbeginsel en het effectiviteitsbeginsel worden nageleefd.¹⁴³ In geval van terugvordering van staatssteun die ten onrechte niet bij de Commissie is aangemeld, is een beroep op gezag van gewijsde van een rechterlijke uitspraak echter uitgesloten, wanneer de Commissie al eerder bij beschikking terugvordering van de steun had gelast. In dat specifieke geval is het beginsel van gezag van gewijsde namelijk in strijd met de exclusieve bevoegdheid van de Commissie om de verenigbaarheid van de steunmaatregel met de gemeenschappelijke markt te beoordelen.¹⁴⁴ Dan moet worden gekozen voor de *Simmenthal*-benadering, die een indringende toets vereist.¹⁴⁵

Directe en indirecte botsing kan helaas niet altijd de door het HvJ gekozen benadering verklaren. In het bijzonder *Factortame* zorgt voor de nodige hoofdbreken.¹⁴⁶ Uit dit arrest volgt dat de nationale rechter over de bevoegdheid moet beschikken om de werking van nationale regelgeving te schorsen. Dit vloeit voort uit het beginsel van effectieve rechtsbescherming, dat lidstaten verplicht te voorzien in rechtsmiddelen om de bescherming van de rechten die particulieren aan het Unierecht ontlenen te verzekeren.¹⁴⁷ In *Factortame* twijfelde de nationale rechter aan de verenigbaarheid van een nationale regel met het verbod op discriminatie op grond van nationaliteit en het beginsel van vrijheid van vestiging. Een nationale regel verbood hem in afwachting van het antwoord van het HvJ op prejudiciële vragen over deze kwestie een voorlopige maatregel te treffen. Deze laatste nationale regel was niet in strijd met de toepasselijke bepalingen van het Unierecht, te weten het verbod op discriminatie op grond van nationaliteit of de vrijheid van vestiging, maar beperkte 'slechts' de uitoefening van deze rechten. Er was dus sprake van een indirecte botsing.¹⁴⁸ Toch koos het HvJ voor de *Simmenthal*-benadering en oordeelde onder verwijzing naar dit arrest dat de nationale regel buiten toepassing moest worden gelaten.¹⁴⁹

143 HvJ EG 3 september 2009, C-2/08 (Fallimento Olimpiclub), r.o. 24; HvJ EG 16 maart 2006, C-234/04 (Kapferer), r.o. 22.

144 HvJ EG 18 juli 2007, C-119/05 (Lucchini), r.o. 52 en r.o. 62.

145 HvJ EG 18 juli 2007, C-119/05 (Lucchini), r.o. 61. Een beroep op gezag van gewijsde van een rechterlijke uitspraak die is gewezen vóór de beschikking van de Commissie waarin terugvordering van de steun is gelast, is wel mogelijk, mits de nationale regel in overeenstemming is met het gelijkwaardigheidsbeginsel en het effectiviteitsbeginsel; HvJ EU 22 december 2010, C-507/08 (Commissie/Slowakije), r.o. 56-60.

146 HvJ EG 19 juni 1990, C-213/89 (Factortame).

147 Zie hiervoor § 2.3.

148 Vgl. Meijer 2007, p. 73.

149 Zie hierover voorts Meijer 2007, p. 73; Prechal 2005, p. 141-142; Vermeulen 2001, p. 182.

3 DE INVLOED VAN DE RECHTSBESCHERMINGSRICHTLIJNEN OP DE NATIONALE RECHTSSTELSELS

3.1 INLEIDING

De Commissie stelde in haar Witboek voor de voltooiing van de interne markt uit 1985 vast dat de aanbestedingsrichtlijnen die destijds golden, slecht werden nageleefd.¹⁵⁰ Statistieken hadden volgens de Commissie aangetoond dat minder dan een kwart van alle overheidbestedingen die onder de werkingssfeer van de aanbestedingsrichtlijnen vielen, werd gepubliceerd.¹⁵¹ De Commissie wees in haar mededeling Overheidsopdrachten in de gemeenschap uit 1987 gebrekkig toezicht aan als één van de oorzaken van de slechte naleving van de aanbestedingsrichtlijnen.¹⁵² Zoals hiervoor aan de orde kwam,¹⁵³ zijn lidstaten reeds op grond van het beginsel van effectieve rechtsbescherming verplicht om de bescherming te verzekeren van de rechten die particulieren aan het Unierecht ontleen. Volgens de Commissie schoten de bestaande controlemechanismen echter tekort, zowel op nationaal als op communautair niveau.¹⁵⁴ Bovendien bestonden er grote verschillen tussen de beroepsmogelijkheden in de verschillende lidstaten.¹⁵⁵ Voor de totstandkoming van één Europese markt voor overheidsopdrachten werd de aanwezigheid van effectieve beroepsmogelijkheden als een noodzakelijke voorwaarde beschouwd.¹⁵⁶ De Commissie zag in het gebrekkige toezicht op de naleving van de destijds vigerende aanbestedingsrichtlijnen dan ook aanleiding om door middel van een richtlijn duidelijke procedures vast te stellen. Een (gewijzigd) voorstel voor een rechtsbeschermingsrichtlijn voor de klassieke sectoren is op 8 december 1988 door de Commissie ingediend.¹⁵⁷ De Rechtsbeschermingsrichtlijn voor de klassieke sectoren is op 21 december 1989 vastgesteld en had voor 21 december 1991 door de lidstaten moeten zijn geïmplementeerd.

Op 4 juni 1991 heeft de Commissie een (gewijzigd) voorstel ingediend voor een rechtsbeschermingsrichtlijn voor de nutssectoren.¹⁵⁸ De implementatietermijn van de destijds geldende aanbestedingsrichtlijn nutssectoren was toen nog niet eens verstreken. Kennelijk had de Commissie er al bij voorbaat weinig vertrouwen in dat lidstaten ten behoeve van de handhaving van deze

150 Richtlijn 71/305/EEG (*PbEG* 1971, L 185/5) voor werken en Richtlijn 77/62/EEG (*PbEG* 1977, L 13/1) voor leveringen.

151 COM(85)310 def., punt 81-83.

152 COM(86)375 def., p. 3-5.

153 Zie hiervoor § 2.2.

154 COM(88)733 def., punt 8.

155 COM(88)733 def., punt 13-14.

156 COM(88)733 def., punt 12.

157 COM(88)733 def. Zie voor het oorspronkelijke voorstel COM(87)134 def.

158 COM(91)158 def. Zie voor het oorspronkelijke voorstel COM(90)297 def.

aanbestedingsrichtlijn wel zouden voorzien in doeltreffende beroepsmogelijkheden.¹⁵⁹ De argumenten die de Commissie aanvoerde voor de vaststelling van een rechtsbeschermingsrichtlijn voor de nutssectoren kwamen in belangrijke mate overeen met die voor de vaststelling van een rechtsbeschermingsrichtlijn voor de klassieke sectoren. De Rechtsbeschermingsrichtlijn nutssectoren is op 25 februari 1992 vastgesteld en had voor 1 januari 1993 door de lidstaten moeten zijn geïmplementeerd.

De Rechtsbeschermingsrichtlijnen zijn in 2007 ingrijpend gewijzigd door de Wijzigingsrichtlijn. Wijziging van de Rechtsbeschermingsrichtlijnen had met name tot doel de voorzieningen die ondernemers in de precontractuele fase ter beschikking staan, dus in de fase waarin de aanbestedende dienst nog geen overeenkomst heeft gesloten, te verduidelijken en zodoende hun doeltreffendheid te verhogen.¹⁶⁰ De Wijzigingsrichtlijn is op 11 december 2007 vastgesteld en had uiterlijk op 20 december 2009 door de lidstaten moeten zijn geïmplementeerd.

De Rechtsbeschermingsrichtlijnen zijn minimum harmonisatierichtlijnen. Zij bevatten slechts randvoorwaarden waaraan de nationale rechtsstelsels moeten voldoen.¹⁶¹ Met name bij de vaststelling van de Rechtsbeschermingsrichtlijn nutssectoren is rekening gehouden met de specifieke kenmerken van de bedrijven in deze sectoren door alternatieve beroepsmogelijkheden toe te staan.¹⁶²

Paragraaf 3.2 begint met een bespreking van de inhoud van de Rechtsbeschermingsrichtlijn klassieke sectoren. De Rechtsbeschermingsrichtlijn nutssectoren vertoont grote gelijkens met de Rechtsbeschermingsrichtlijn klassieke sectoren. De relevante verschillen zullen in een paragraaf 3.3 worden toegelicht. Paragraaf 3.4 is gewijd aan de Wijzigingsrichtlijn. Na de bespreking van de inhoud van de Rechtsbeschermingsrichtlijnen komt in paragraaf 3.4 de wijze waarop de Rechtsbeschermingsrichtlijnen in de rechtsorden van de lidstaten doorwerken aan bod. Deze paragraaf is beperkt tot een algemene bespreking van de Rechtsbeschermingsrichtlijnen. De implementatie van de Rechtsbeschermingsrichtlijnen in het Nederlandse recht komt in de volgende hoofdstukken uitgebreid aan bod.

In dit onderzoek staat de rechtsbescherming van ondernemers centraal. Maatregelen die daar niet direct verband mee houden, zoals de inmiddels afgeschafte bemiddelingsprocedure en de verificatieregeling, blijven buiten beschouwing. Ook het door de Commissie door middel van het correctiemechanisme uit te oefenen toezicht valt buiten het bestek van dit onderzoek.

159 Vgl. COM(91)158 def., punt 37.

160 COM(2006)195 def., punt 1.

161 HvJ EG 27 februari 2003, C-327/00 (Santex), r.o. 47; HvJ EG 4 oktober 2007, C-492/06 (Consortio/Elilombarda), r.o. 26; Pijnacker Hordijk, Van der Bend & Van Nouhuys 2009, p. 560; Van de Meent 1995, p. 341.

162 COM(91)158 def., punt 15.

3.2 DE RECHTSBESCHERMINGSRICHTLIJN KLASIEKE SECTOREN¹⁶³

3.2.1 Inleiding

De Rechtsbeschermingsrichtlijn klassieke sectoren bevat voorschriften voor verschillende aspecten van de rechtsbescherming van ondernemers. In deze paragraaf komen die aspecten aan bod. In paragraaf 3.2.2 komt de werkingssfeer van de Rechtsbeschermingsrichtlijn klassieke sectoren aan de orde. Paragraaf 3.2.3 is gewijd aan de voorschriften die de kring van beroepsgerechtigden vaststellen en paragraaf 3.2.4 aan de bevoegde beroepsinstanties. In paragraaf 3.2.5 besteed ik tot slot uitgebreid aandacht aan de beschikbare maatregelen.

3.2.2 De werkingssfeer

De Aanbestedingsrichtlijnen zijn een uitwerking van het vrije verkeer van goederen en diensten en de vrijheid van vestiging en de daaruit afgeleide beginselen. De vrije verkeersbepalingen en de daaruit afgeleide beginselen spelen ook buiten de werkingssfeer van de aanbestedingsrichtlijnen een belangrijke rol in het aanbestedingsrecht. Niettemin is de werkingssfeer van de Rechtsbeschermingsrichtlijn klassieke sectoren beperkt tot aanbestedingen die vallen onder de werkingssfeer van de Aanbestedingsrichtlijn klassieke sectoren.¹⁶⁴ De Rechtsbeschermingsrichtlijn klassieke sectoren is dus bijvoorbeeld niet van toepassing, wanneer een aanbestedende dienst in strijd met de vrije verkeersbepalingen nalaat ten aanzien van een ‘onderdrempelige’ overheidsopdracht met een duidelijk grensoverschrijdend belang “een passende mate van openbaarheid” te betrachten.¹⁶⁵ Anderzijds is voor de toepasselijkheid van de Rechtsbeschermingsrichtlijn klassieke sectoren niet noodzakelijk dat een bepaling van de Aanbestedingsrichtlijn klassieke sectoren, althans het nationale recht waarin de richtlijn is omgezet, is geschonden. Noodzakelijk maar tevens voldoende is dat de aanbesteding onder de werkingssfeer van de Aanbestedingsrichtlijn klassieke sectoren valt en er sprake is van een schending van het Unierecht of nationaal recht waarin het Unierecht is omgezet.¹⁶⁶

163 Bij de bespreking van de Rechtsbeschermingsrichtlijn klassieke sectoren (Richtlijn 89/665/EEG) zal in het vervolg, tenzij anders aangegeven, worden verwezen naar de geconsolideerde versie van de herziene Rechtsbeschermingsrichtlijn klassieke sectoren van 9 januari 2008.

164 Art. 1 lid 1 Rechtsbeschermingsrichtlijn klassieke sectoren. Zie voorts HvJ EU 6 mei 2010, de gevoegde zaken C-145/8 en C-149/08 (Loutlaki), r.o. 62-63; HvJ EG 16 oktober 2003, C-283/00 (Commissie/Spanje), r.o. 72.

165 Zie bijv. HvJ EU 19 december 2012, C-159/11 (ASL), r.o. 23.

166 Zie HvJ EG 18 juni 2002, C-92/00 (Hospital Ingenieure), r.o. 48. Zie voorts HvJ EG 23 januari 2003, C-57/01 (Makedoniko), r.o. 70; HvJ EU 4 juli 2013, C-100/12 (Fastweb), r.o. 25; Arrowsmith 1993, p. 53.

3.2.3 De beroepsgerechtigden

Ingevolge artikel 1 lid 3 van de Rechtsbeschermingsrichtlijn klassieke sectoren moeten de beroepsprocedures ten minste toegankelijk zijn voor een ieder die belang heeft of heeft gehad bij de gunning van een bepaalde overheidsopdracht en die door de beweerde schending is of dreigt te worden geschaad. De formele hoedanigheid van gegadigde of inschrijver is niet vereist.¹⁶⁷ De Rechtsbeschermingsrichtlijn klassieke sectoren biedt lidstaten aanzienlijke ruimte om de kring van beroepsgerechtigden vast te stellen. Lidstaten mogen het beroepsrecht afhankelijk stellen van een voorafgaande kennisgeving van de beweerde schending en het voornemen om een procedure te starten.¹⁶⁸ Van groter belang is dat lidstaten blijkens de tekst van artikel 1 lid 3 van de Rechtsbeschermingsrichtlijn klassieke sectoren de toegang tot de beroepsinstanties kunnen beperken tot ondernemers die door de beweerde schending zijn of dreigen te worden geschaad. Het HvJ heeft deze bevoegdheid expliciet bevestigd in *Hackermüller*.¹⁶⁹ In dit arrest oordeelde het HvJ dat de inschrijver die een ongeldige inschrijving heeft gedaan en op die grond van deelname aan de aanbestedingsprocedure is uitgesloten, de toegang tot de beroepsprocedure kan worden ontzegd. De inschrijver moet in voorkomend geval echter wel de mogelijkheid hebben om de rechtmatigheid van de grond voor uitsluiting te bestrijden.¹⁷⁰ Uit artikel 1 lid 3 van de Rechtsbeschermingsrichtlijn klassieke sectoren in samenhang met *Hackermüller* kan worden afgeleid dat, anders dan wel wordt aangenomen,¹⁷¹ een schending van de aanbestedingsregels de aanbestedende dienst niet per se noodlottig hoeft te zijn, in die zin dat heraanbesteding in geval van een procedurefout onvermijdelijk is.¹⁷² Blijkens *Fastweb* moeten de beroepsprocedures ook toegankelijk zijn voor de ongeldige inschrijver, wanneer er twee inschrijvingen zijn ingediend en de geldigheid van beide inschrijvingen op identieke gronden ter discussie is gesteld.¹⁷³

De Rechtsbeschermingsrichtlijn klassieke sectoren kent een beroepsrecht toe aan ondernemers die deelnemen aan aanbestedingsprocedures. In *Symvoulia* oordeelde het HvJ dat de Rechtsbeschermingsrichtlijn klassieke sectoren lidstaten niet verplicht, maar wel toestaat, een beroepsrecht aan aanbestedende diensten toe te kennen.¹⁷⁴ Een beroepsrecht is voor aanbestedende diensten met name interessant, wanneer de bevoegde beroepsinstantie geen gerecht is. Tegen de beslissing van een beroepsinstantie die geen gerecht is, moet namelijk beroep kunnen worden ingesteld bij een

167 HvJ EG 11 januari 2005, C-26/03 (Stadt Halle), r.o. 40.

168 Art. 1 lid 3 Rechtsbeschermingsrichtlijn klassieke sectoren.

169 HvJ EG 19 juni 2003, C-249/01 (Hackermüller), r.o. 18.

170 HvJ EG 19 juni 2003, C-249/01 (Hackermüller), r.o. 25-29.

171 Vgl. Jansen 2009, p. 134-138; Arrowsmith 1993, p. 49; vgl. voorts Van Nouhuys 2006, p. 60-61, die uitsluitend in het 'Grossmann-verweer' een uitweg lijkt te zien.

172 Zie ook Gormley 1992 over het gelijkkluidende art. 1 lid 3 Rechtsbeschermingsrichtlijn nutssectoren.

173 HvJ EU 4 juli 2013, C-100/12 (Fastweb), r.o. 33.

174 HvJ EU 21 oktober 2010, C-570/08 (Symvoulia), r.o. 35-36.

rechter die een gerecht is in de zin van artikel 267 VWEU.¹⁷⁵ Voor lidstaten die gerechten in de zin van artikel 267 VWEU als beroepsinstantie hebben aangewezen, zoals Nederland, heeft *Symvoulia* in de praktijk weinig betekenis.

De voorwaarden die lidstaten aan de toegang tot de beroepsprocedures stellen, mogen geen afbreuk doen aan de 'nuttige werking' van de Rechtsbeschermingsrichtlijn klassieke sectoren.¹⁷⁶ Het doel van de Rechtsbeschermingsrichtlijn klassieke sectoren is dat lidstaten voorzien in snelle en doeltreffende beroepsprocedures die de naleving van de aanbestedingsregels waarborgen, in het bijzonder in een fase waarin schendingen nog ongedaan kunnen worden gemaakt. In strijd met de doelstellingen van snelheid en doeltreffendheid, en daarom ongeoorloofd, zijn nationale procesregels die de toegang tot de beroepsprocedures afhankelijk stellen van de voorafgaande inschakeling van een bemiddelingscommissie,¹⁷⁷ het aanhangig maken van een bodemprocedure,¹⁷⁸ of het bereiken van een bepaald stadium in de aanbestedingsprocedure.¹⁷⁹ Blijkens *Espace Trianon* verzet de Rechtsbeschermingsrichtlijn klassieke sectoren zich niet tegen een nationale procesregel op grond waarvan een beroep tot nietigverklaring uitsluitend openstaat voor de gezamenlijke leden van een samenwerkingsverband dat op een aanbesteding heeft ingeschreven en niet tevens voor de individuele leden.¹⁸⁰ In *Loutraki* oordeelde het HvJ dat de individuele leden van een samenwerkingsverband wel moeten kunnen worden ontvangen in een vordering tot schadevergoeding.¹⁸¹ In deze zaak waren de Rechtsbeschermingsrichtlijnen echter niet van toepassing. Niet geheel zeker is of de uitkomst gelijk zou zijn geweest, als dit wel het geval zou zijn geweest. De verwijzing door het HvJ naar *Espace Trianon* wijst daar wel op.¹⁸²

3.2.4 De bevoegde beroepsinstanties

De Rechtsbeschermingsrichtlijn klassieke sectoren laat lidstaten in overeenstemming met het beginsel van institutionele autonomie aanzienlijke vrijheid om de bevoegde beroepsinstanties aan te wijzen.¹⁸³ Lidstaten kunnen de rechtsbescherming van ondernemers zowel aan de bestuursrechter als de gewone rechter opdragen. Ook instanties die geen gerechten zijn in de zin van artikel 267 VWEU kunnen als beroepsinstantie worden aangewezen,

175 Art. 2 lid 8 Rechtsbeschermingsrichtlijn klassieke sectoren. Zie ook art. 2 lid 9 Rechtsbeschermingsrichtlijn nutssectoren. Zie hierna § 3.2.4.

176 HvJ EG 12 februari 2004, C-230/02 (Grossmann), r.o. 42.

177 HvJ EG 19 juni 2003, C-410/01 (Fritsch), r.o. 31-34.

178 HvJ EG 15 mei 2003, C-214/00 (Commissie/Spanje), r.o. 99.

179 HvJ EG 11 januari 2005, C-26/03 (Stadt Halle), r.o. 38.

180 HvJ EG 8 september 2005, C-129/04 (Espace Trianon), r.o. 22. Uitbreiding van het beroepsrecht tot de individuele leden van het samenwerkingsverband is wel toegestaan. Zie HvJ EG 4 oktober 2007, C-492/06 (Conorzio/Elilombarda), r.o. 27-31.

181 HvJ EU 6 mei 2010, de gevoegde zaken C-145/08 en C-149/08 (Loutraki), r.o. 79-80.

182 HvJ EU 6 mei 2010, de gevoegde zaken C-145/08 en C-149/08 (Loutraki), r.o. 79.

183 COM(88)733 def., p. 14. Vgl. Van der Burg & Voermans 2012, p. 59.

echter onder voorwaarde dat beslissingen schriftelijk worden gemotiveerd. In dat geval moet bovendien beroep kunnen worden ingesteld tegen de beslissingen van de beroepsinstantie bij een andere instantie die wel een gerecht is in de zin van artikel 267 VWEU.¹⁸⁴ De Rechtsbeschermingsrichtlijn klassieke sectoren staat lidstaten op deze wijze toe door middel van administratief beroep of arbitrage vorm te geven aan een stelsel van rechtsbescherming. Ingevolge artikel 2 lid 2 van de Rechtsbeschermingsrichtlijn klassieke sectoren mogen lidstaten de bevoegdheden over verschillende beroepsinstanties verdelen. Het is bijvoorbeeld mogelijk om de bestuursrechter bevoegd te verklaren om kennis te nemen van vorderingen tot schorsing en nietigverklaring van besluiten van aanbestedende diensten en de gewone rechter van vorderingen tot toekenning van schadevergoeding.

3.2.5 De beschikbare maatregelen

3.2.5.1 Inleiding

Op grond van artikel 1 lid 1 van de Rechtsbeschermingsrichtlijn klassieke sectoren zijn lidstaten verplicht ervoor te zorgen dat tegen de besluiten van aanbestedende diensten doeltreffend en snel beroep kan worden ingesteld. Deze bepaling geeft volgens het HvJ uitdrukking aan het effectiviteitsbeginsel.¹⁸⁵ De maatregelen waarover de betrokken beroepsinstanties moeten beschikken staan in artikel 2 lid 1 sub a tot en met c van de Rechtsbeschermingsrichtlijn klassieke sectoren opgesomd. Zij omvatten het treffen van voorlopige maatregelen in kort geding, het nietig (doen) verklaren van besluiten van aanbestedende diensten en het toekennen van schadevergoeding aan benadeelde inschrijvers. De maatregelen komen achtereenvolgens aan de orde.

3.2.5.2 De voorlopige maatregelen in kort geding

Ingevolge artikel 2 lid 1 sub a van de Rechtsbeschermingsrichtlijn klassieke sectoren moeten in kort geding voorlopige maatregelen kunnen worden genomen “om de beweerde inbreuk ongedaan te maken of te voorkomen dat de betrokken belangen verder worden geschaad, met inbegrip van maatregelen om de aanbestedingsprocedure of de tenuitvoerlegging van enig door de aanbestedende dienst genomen besluit, op te schorten c.q. te doen opschorten”. Voorlopige maatregelen zijn precontractuele rechtsmiddelen. Zij zijn erop gericht schendingen ongedaan te maken of te voorkomen, nog voordat de aanbestedende dienst een overeenkomst heeft gesloten. Artikel 2 lid 7 van de Rechtsbeschermingsrichtlijn klassieke sectoren laat de gevolgen

184 Art. 2 lid 9 Rechtsbeschermingsrichtlijn klassieke sectoren.

185 HvJ EG 12 december 2002, C-470/99 (Universale-Bau), r.o. 76; HvJ EG 11 oktober 2007, C-241/06 (Lämmerzahl), r.o. 61. In HvJ EG 14 februari 2008, C-450/06 (Varec), r.o. 42 lijkt de bepaling te worden opgevat als een uitdrukking van het beginsel van effectieve rechtsbescherming.

van de uitoefening van de in artikel 2 lid 1 van deze richtlijn bedoelde bevoegdheden voor een reeds gesloten overeenkomst over aan het nationale recht. Het staat lidstaten expliciet toe te bepalen dat na het sluiten van de overeenkomst slechts schadevergoeding kan worden gevorderd.¹⁸⁶

In *Alcatel* heeft het HvJ het onderscheid tussen de beschikbare maatregelen in de fase voor en na het sluiten van de overeenkomst benadrukt.¹⁸⁷ In dit arrest oordeelde het HvJ dat tegen het aan het sluiten van de overeenkomst voorafgaande besluit waarbij de aanbestedende dienst kiest met welke inschrijver hij een overeenkomst wil sluiten, beroep moet kunnen worden ingesteld, waarin nietigverklaring van het besluit kan worden gevorderd.¹⁸⁸ Uit *Alcatel* volgt dat iedere schending ongedaan moet kunnen worden gemaakt, voordat een overeenkomst wordt gesloten. De afgewezen inschrijver moet bij een succesvolle aanwending van een precontractueel rechtsmiddel een kans behouden op het verwerven van de opdracht.

In *Alcatel* heeft het HvJ geen invulling gegeven aan de termijn die moet zijn gelegen tussen het besluit tot gunning en de totstandkoming van de overeenkomst. In *Alcatel II*, het vervolg op *Alcatel*, oordeelde het HvJ dat dit een 'redelijke termijn' moet zijn.¹⁸⁹ De termijn is in de Wijzigingsrichtlijn geconcretiseerd.¹⁹⁰

Snelheid kan ten koste gaan van procedurele waarborgen, zoals de mogelijkheid tot het wisselen van conclusies en het leveren van bewijs. Deze beperkingen zijn inherent aan een kort gedingprocedure en zijn door het HvJ in *Van Spijker* aanvaard.¹⁹¹

Veel inkopen door aanbestedende diensten vinden plaats in het kader van de uitoefening van de publieke taak. Voorlopige maatregelen kunnen de aanbestedingsprocedure ernstig vertragen en daardoor de uitoefening van de publieke taak verhinderen. Artikel 2 lid 5 van de Rechtsbeschermingsrichtlijn klassieke sectoren staat lidstaten toe te bepalen dat bij de beslissing over een voorlopige maatregel een belangenafweging moet worden gemaakt, waarbij rekening wordt gehouden met de vermoedelijke gevolgen van de voorlopige maatregel voor alle belangen die kunnen worden geschaad, waaronder het algemeen belang. Blijkens de slotzin van artikel 2 lid 5 van de Rechtsbeschermingsrichtlijn klassieke sectoren laat dit alle overige rechten van de benadeelde ondernemer onverlet. Het achterwege laten van voorlopige maatregelen op basis van een belangenafweging doet afbreuk aan de rechtsbescherming van ondernemers. Gelet op het doel van de Rechtsbeschermingsrichtlijn klassieke sectoren, het verbeteren van de rechtsbescherming, mag dus niet al te licht van deze bevoegdheid gebruik

186 Tenzij de opschortingstermijn niet in acht is genomen. Zie hierna § 3.4.2. en § 3.4.3.

187 HvJ EG 28 oktober 1999, C-81/98 (*Alcatel*), r.o. 37.

188 HvJ EG 28 oktober 1999, C-81/98 (*Alcatel*), r.o. 43.

189 HvJ EG 24 juni 2004, C-212/02 (*Alcatel II*), r.o. 23.

190 Zie hierna § 3.4.2.

191 HvJ EU 9 december 2010, C-568/08 (*Van Spijker*), r.o. 58-59.

worden gemaakt. Wanneer een schending van de aanbestedingsregels wordt vastgesteld, moet het opleggen van een passende voorlopige maatregel als uitgangspunt gelden. Dit blijkt ook uit de tekst van artikel 2 lid 5 Rechtsbeschermingsrichtlijn klassieke sectoren. Van een voorlopige maatregel mag slechts worden afgezien, als de negatieve gevolgen van de voorlopige maatregel *groter* zouden kunnen zijn dan de voordelen. Als de negatieve gevolgen *gelijk* zijn aan de voordelen, moet een voorlopige maatregel worden genomen.

3.2.5.3 *Het nietig (doen) verklaren van besluiten*

Ingevolge artikel 2 lid 1 sub b Rechtsbeschermingsrichtlijn klassieke sectoren moeten de beroepsinstanties ‘onwettige besluiten’ nietig kunnen (doen) verklaren.¹⁹² Deze bevoegdheid moet tevens het verwijderen van discriminerende technische, economische of financiële specificaties in aanbestedingsdocumenten inhouden. Het begrip ‘besluit’ is door het HvJ ruim uitgelegd. Het omvat elke handeling van een aanbestedende dienst die is vastgesteld in verband met een overheidsopdracht die onder de werkingssfeer van de Aanbestedingsrichtlijn klassieke sectoren valt en die rechtsgevolgen kan hebben, ongeacht of de handeling in het kader van een aanbestedingsprocedure is verricht of daarbuiten en ongeacht de aard en de inhoud van het besluit.¹⁹³ In *Hospital Ingenieure* oordeelde het HvJ dat ook de beslissing om een aanbestedingsprocedure in te trekken moet worden aangemerkt als een ‘besluit’ waartegen beroep moet kunnen worden ingesteld.¹⁹⁴ Zuiver voorbereidende handelingen en marktonderzoek zijn geen ‘besluiten’ in de zin van artikel 2 lid 1 sub b Rechtsbeschermingsrichtlijn klassieke sectoren, zo blijkt uit *Stadt Halle*.¹⁹⁵

Het begrip ‘nietig (doen) verklaren’ heeft een bestuursrechtelijke connotatie. Dit komt doordat de Rechtsbeschermingsrichtlijn klassieke sectoren op het Franse recht is georiënteerd, waarin rechtsbescherming bestuursrechtelijk is geregeld.¹⁹⁶ Lidstaten moeten echter zelf bepalen of zij de bestuursrechter, de burgerlijke rechter of een andere instantie als bevoegde beroepsinstantie aanwijzen. Het is minder gebruikelijk dat een burgerlijke rechter over de bevoegdheid beschikt om beslissingen en handelingen van een aanbestedende dienst in het kader van een aanbestedingsprocedure te vernietigen. Aangenomen moet worden dat de Rechtsbeschermingsrichtlijn klassieke sectoren dit ook niet eist.¹⁹⁷ Richtlijnen zijn immers verbindend ten aanzien

192 Zie ook de Duitse versie van art. 2 lid 1 sub b Rechtsbeschermingsrichtlijn klassieke sectoren, waarin wordt gesproken van *Aufhebung der Entscheidungen*.

193 HvJ EG 11 januari 2005, C-26/03 (Stadt Halle), r.o. 34; HvJ EU 4 juli 2013, C-100/12 (Fastweb), r.o. 26.

194 HvJ EG 18 juni 2002, C-92/00 (Hospital Ingenieure), r.o. 54.

195 HvJ EG 11 januari 2005, C-26/03 (Stadt Halle), r.o. 35.

196 Pijnacker Hordijk, Van der Bend & Van Nouhuys 2009, p. 560-561.

197 Zie ook Treumer 2011a, p. 32.

van het te bereiken resultaat en laten lidstaten vrij in de keuze van de vorm en de middelen.¹⁹⁸ Het met de 'nietigverklaring' te bereiken resultaat is dat de handeling van de aanbestedende dienst die een schending van de aanbestedingsregels inhoudt, ongedaan wordt gemaakt. Als dit resultaat met de nationale middelen wordt bereikt, is aan de vereisten uit de Rechtsbeschermingsrichtlijn klassieke sectoren voldaan. In dit verband kan aanvullend nog worden gewezen op de formulering van artikel 2 lid 1 sub b Rechtsbeschermingsrichtlijn klassieke sectoren, die lidstaten de keuze laat tussen het 'nietigverklaren' en het 'nietig doen verklaren' van besluiten.¹⁹⁹

3.2.5.4 De toekenning van schadevergoeding aan benadeelde inschrijvers

De bevoegdheid tot toekenning van schadevergoeding vormt het sluitstuk op de maatregelen waarover de aangewezen beroepsinstanties moeten beschikken. Toen de Rechtsbeschermingsrichtlijn klassieke sectoren werd vastgesteld, was *Francovich*,²⁰⁰ waarin het HvJ voor het eerst lidstaataansprakelijk wegens schending van het gemeenschapsrecht (thans Unierecht) erkende, nog niet geweest. Lidstaataansprakelijkheid werd beschouwd als een kwestie van nationaal recht en in veel lidstaten ontbrak de mogelijkheid om schadevergoeding van de staat te vorderen op grond van een schending van het gemeenschapsrecht. Artikel 2 lid 1 sub c van de Rechtsbeschermingsrichtlijn klassieke sectoren, dat lidstaten verplicht te voorzien in een maatregel tot toekenning van schadevergoeding, werd om deze reden als een van de meest vernieuwende elementen van de Rechtsbeschermingsrichtlijn klassieke sectoren beschouwd.²⁰¹ Omdat de kwestie zo omstreden was, is het niveau van harmonisatie van de aansprakelijkheid van de aanbestedende dienst voor schendingen van het gemeenschapsrecht en het nationale recht waarin dit is omgezet, beperkt gebleven. De voorwaarden voor de vestiging van aansprakelijkheid en de vaststelling van de omvang van de schade zijn in de Rechtsbeschermingsrichtlijn klassieke sectoren niet uitgewerkt, maar aan de lidstaten overgelaten. In artikel 2 lid 6 van de Rechtsbeschermingsrichtlijn klassieke sectoren is nog wel bepaald dat de toekenning van schadevergoeding afhankelijk mag worden gesteld van de voorafgaande vernietiging van het bestreden besluit.

Na de vaststelling van de Rechtsbeschermingsrichtlijn klassieke sectoren heeft de jurisprudentie van het HvJ over lidstaataansprakelijk een hoge vlucht genomen. Zoals hiervoor reeds aan de orde kwam,²⁰² heeft het HvJ daarin zelf de voorwaarden voor vestiging van aansprakelijkheid bepaald, analoog aan de voorwaarden voor aansprakelijkheid van de Unie zelf. Een interessante vraag is hoe deze jurisprudentie zich verhoudt tot

198 Art. 288 VWEU.

199 Wilman 2009, p. 170; Hebly, De Boer & Wilman 2007, p. 68.

200 HvJ EG 19 november 1991, de gevoegde zaken C-6/90 en C-9/90 (*Francovich*).

201 Arrowsmith 1993, p. 69-70.

202 Zie hiervoor § 2.7.

artikel 2 lid 1 sub c van de Rechtsbeschermingsrichtlijn klassieke sectoren. Het HvJ heeft zich hierover naar aanleiding van prejudiciële vragen van de Rechtbank Assen in *Van Spijker* uitgesproken.²⁰³ In dit arrest overwoog het HvJ dat artikel 2 lid 1 sub c van de Rechtsbeschermingsrichtlijn klassieke sectoren een concretisering is van het beginsel dat de staat aansprakelijk is voor schade die particulieren lijden als gevolg van schendingen van het Unierecht die hem kunnen worden toegerekend.²⁰⁴ De aansprakelijkheid van aanbestedende diensten voor schendingen van de aanbestedingsregels zou dus moeten worden beoordeeld op basis van de voorwaarden voor lidstaataansprakelijkheid, zoals uitgewerkt in *Brasserie du Pecheur*.²⁰⁵ Het geschonden voorschrift zou ertoe moeten strekken rechten toe te kennen, er zou sprake moeten zijn van een voldoende gekwalificeerde schending en er zou rechtstreeks causaal verband moeten bestaan tussen de schending en de geleden schade.²⁰⁶ De regels voor de vaststelling van de omvang van de schade zouden, in overeenstemming met de inmiddels vaste jurisprudentie, aan de lidstaten zijn overgelaten, mits het gelijkwaardigheidsbeginsel en het effectiviteitsbeginsel in acht worden genomen, aldus het HvJ.²⁰⁷

De Rechtbank Assen heeft op haar beslissing om prejudiciële vragen aan het HvJ te stellen de nodige kritiek ontvangen. Mok vond het stellen van prejudiciële vragen overbodig en wees op de dreigende overbelasting van het HvJ.²⁰⁸ De antwoorden van het HvJ op de prejudiciële vragen werden als voorspelbaar en weinig verrassend beschouwd.²⁰⁹ Aan de critici kan worden toegegeven dat de Rechtbank Assen op het eerste gezicht naar de bekende weg leek te vragen. Het oordeel van het HvJ in *Van Spijker* is echter niet zo vanzelfsprekend als wordt aangenomen en roept bij een kritische blik meer vragen op dan het beantwoordt.

In de eerste plaats is het oordeel van het HvJ in *Van Spijker* dat aansprakelijkheid van aanbestedende diensten voor schending van het Unierecht op het gebied van het plaatsen van overheidsopdrachten, moet worden beoordeeld op basis van de voorwaarden die in de jurisprudentie over lidstaataansprakelijkheid zijn ontwikkeld, onverenigbaar met *Strabag*.²¹⁰ In laatstgenoemd arrest, dat amper twee maanden voor *Van Spijker* werd gewezen,²¹¹ had het HvJ nog overwogen dat de Rechtsbeschermingsrichtlijn

203 HvJ EU 9 december 2010, C-568/08 (*Van Spijker*); zie voor het tussenvonnissen waarin de prejudiciële vragen zijn gesteld Rb. Assen 17 december 2008, *LJN* BH7635.

204 Deze opvatting werd al door de Commissie verkondigd in haar Groenboek uit 1996, COM(96), p. 17.

205 Zie HvJ EG 5 maart 1996, de gevoegde zaken C-46/93 en C-48/93 (*Brasserie du Pecheur*), r.o. 51.

206 HvJ EU 9 december 2010, C-568/08 (*Van Spijker*), r.o. 87 en r.o. 92.

207 HvJ EU 9 december 2010, C-568/08 (*Van Spijker*), r.o. 90-91.

208 Noot Mok onder HvJ EU 9 december 2010, C-568/08 (*Van Spijker*), *NJ* 2011, 118. Zie voorts (minder kritisch) Wilman 2009.

209 McGowan 2011, NA 64 en NA 67.

210 HvJ EU 30 september 2010, C-314/09 (*Strabag*). Aldus ook Treumer 2011a, p. 39; Caranta 2011a, p. 73.

211 De samenstelling van het HvJ was verschillend.

klassieke sectoren slechts minimumvoorwaarden stelt en dat bij het ontbreken van een specifieke bepaling ter zake de uitvoering van artikel 2 lid 1 sub c van de Rechtsbeschermingsrichtlijn klassieke sectoren tot de procedurele autonomie van lidstaten behoort.²¹² In *Strabag* hanteerde het HvJ dus niet de voorwaarden voor lidstaataansprakelijkheid om invulling te geven aan artikel 2 lid 1 sub c van de Rechtsbeschermingsrichtlijn klassieke sectoren.

In de tweede plaats is discutabel of de aan het beginsel van lidstaataansprakelijkheid ontleende criteria voor de vestiging van aansprakelijkheid algemeen toepasbaar zijn. Niet elke aanbestedende dienst is namelijk een organisatie of een lichaam dat onder gezag of toezicht van een overheidsinstantie of de Staat valt en uit dien hoofde gehouden is uitvoering te geven aan het Unierecht, in het bijzonder de Aanbestedingsrichtlijnen.²¹³ Daarvan is sprake wanneer de organisatie of het lichaam onder toezicht staat van een overheidsinstantie of de Staat of over bijzondere, verdergaande bevoegdheden beschikt dan die welke voortvloeien uit de regels die in de betrekkingen tussen particulieren gelden.²¹⁴ De Staat, provincies, gemeenten en waterschappen zijn zonder meer lichamen die belast zijn met de uitvoering van de Aanbestedingsrichtlijnen. Dit geldt niet voor aanbestedende diensten die onder het begrip 'publiekrechtelijke instelling' vallen.²¹⁵ De criteria van 'publiekrechtelijke instelling' vallen namelijk niet samen met die van het begrip 'staat'.²¹⁶ Van de aanbestedende diensten die onder de werkingssfeer van de Aanbestedingsrichtlijn nutssectoren vallen, zal een nog groter aantal entiteiten niet tot de 'staat' kunnen worden gerekend. Het ligt niet voor de hand de voorwaarden voor lidstaataansprakelijkheid toe te passen op schadevergoedingsvorderingen jegens aanbestedende diensten die niet tot de 'staat' kunnen worden gerekend.²¹⁷

Volgens Dingel zou voor de vestiging van aansprakelijkheid van aanbestedende diensten die tot de 'staat' kunnen worden gerekend de voorwaarden voor lidstaataansprakelijkheid gelden. De voorwaarden voor de vestiging van aansprakelijkheid van andere aanbestedende diensten zou tot de procedurele autonomie van lidstaten behoren.²¹⁸ Het gevolg van de opvatting van Dingel is dat er verschillende voorwaarden gelden voor de vestiging

212 HvJ EU 30 september 2010, C-314/09 (*Strabag*), r.o. 33-34.

213 Anders: Dingel 2001, p. 76; Arrowsmith 1993, p. 45 met betrekking tot aanbestedende diensten in de klassieke sectoren.

214 HvJ EG 12 juli 1990, C-188/89 (*Foster*), r.o. 18; HvJ EG 14 juni 2007, C-6/05 (*Medipac*), r.o. 43; HvJ EU 24 januari 2012, C-282/10 (*Dominguez*), r.o. 39. Zie over het begrip 'staat' voorts Kapteyn e.a. 2008, p. 525-526; Prechal 2005, p. 58-60.

215 Art. 1 lid 9 Aanbestedingsrichtlijn klassieke sectoren.

216 Het HvJ signaleerde dit in HvJ EG 19 september 1996, C-236/95 (*Commissie/Griekenland*), r.o. 17.

217 Voor aansprakelijkheid van particulieren voor schendingen van het Unierecht gelden volgens het HvJ dan ook andere voorwaarden. De vaststelling van deze voorwaarden behoort tot de procedurele autonomie van lidstaten; HvJ EG 13 juli 2006, de gevoegde zaken C-295-298/04 (*Manfredi*), r.o. 62; HvJ EU 6 juni 2013, C-536/11 (*Donau*), r.o. 25-27. Zie voorts Drake 2006, p. 857.

218 Dingel 2001, p. 238. Analoge toepassing van de voorwaarden voor lidstaataansprakelijkheid is eveneens bepleit door Leffler 2003, p. 153-155 en Schermers & Waelbroeck 2001, p. 214.

van aansprakelijkheid van verschillende aanbestedende diensten die onder dezelfde richtlijnen vallen. Dit is waarschijnlijk nooit bedoeling geweest van de Europese wetgever en doet afbreuk aan de coherentie van de rechtsbescherming bij aanbestedingen.

In de derde en laatste plaats zijn de voorwaarden voor lidstaataansprakelijkheid naar mijn mening in het algemeen minder geschikt voor de invulling van artikel 2 lid 1 sub c van de Rechtsbeschermingsrichtlijn klassieke sectoren. De voorwaarden voor lidstaataansprakelijkheid, die zijn ontleend aan de voorwaarden voor aansprakelijkheid van de Unie, zijn tot ontwikkeling gekomen in jurisprudentie over wetgeving en besluitvorming.²¹⁹ Zij houden verband met de uitvoering van het Unierecht door lidstaten (en instellingen van de Unie) door wetgeving en beleid. Bij de aanbesteding van een overheidsopdracht door een aanbestedende dienst is daarvan geen sprake. De aanbestedingsrichtlijnen normeren het gedrag van aanbestedende diensten bij de verstrekking van opdrachten.²²⁰ Bovendien is zoals gezegd de werkingssfeer van de Aanbestedingsrichtlijnen niet beperkt tot lidstaten en hun instellingen. Anders dan het HvJ in *Van Spijker* overwoog,²²¹ kan artikel 2 lid 1 sub c van de Rechtsbeschermingsrichtlijn klassieke sectoren naar mijn mening niet als concretisering van het beginsel van lidstaataansprakelijkheid worden beschouwd. Waarop het HvJ zijn overweging baseerde is onduidelijk.

Dat de voorwaarden voor lidstaataansprakelijkheid niet, of in ieder geval in mindere mate, geschikt zijn voor invulling van artikel 2 lid 1 sub c van de Rechtsbeschermingsrichtlijn klassieke sectoren, vindt nota bene bevestiging in de jurisprudentie van het HvJ. Het HvJ heeft namelijk uit de Rechtsbeschermingsrichtlijn klassieke sectoren een aantal specifieke eisen afgeleid die in ieder geval een afwijking inhouden van de voorwaarden voor lidstaataansprakelijkheid. In het reeds genoemde *Strabag* oordeelde het HvJ dat de aansprakelijkheid van de aanbestedende dienst niet afhankelijk mag worden gesteld van de schuld van de aanbestedende dienst, zelfs niet als op grond van het nationale recht een vermoeden van schuld wordt aangenomen.²²² Bij de beoordeling van een 'voldoende gekwalificeerde schending' speelt verwijtbaarheid wel een rol. En in het eveneens reeds genoemde *Alcatel* oordeelde het HvJ dat schadevergoeding moet kunnen worden gevorderd naast de mogelijkheid om in kort geding nietigverklaring van het besluit tot gunning te vorderen.²²³ Buiten de Rechtsbeschermingsrichtlijnen zijn lidstaten echter vrij om, binnen de grenzen van het gelijkwaardigheidsbeginsel en het effectiviteitsbeginsel, het recht op schadevergoeding te beperken, wanneer beroepsmogelijkheden niet zijn benut.²²⁴ Hieruit blijkt dat zelfs wanneer artikel 2 lid 1

219 Zie ook Meijer 2007, p. 6 en p. 167.

220 Zie ook Pijnacker Hordijk, Van der Bend & Nouhuys 2009, p. 1.

221 HvJ EU 9 december 2010, C-568/08 (*Van Spijker*), r.o. 87.

222 HvJ EU 30 september 2010, C-314/09 (*Strabag*), r.o. 39.

223 HvJ EG 28 oktober 1999, C-81/98 (*Alcatel*), r.o. 43.

224 HvJ EU 26 januari 2010, C-118/08 (*Urbanos*). Een ondernemer die binnen de beroepstermijn helemaal niets van zich laat horen loopt overigens wel het risico zijn recht op schadevergoeding te verspelen; HvJ EG 12 februari 2004, C-230/02 (*Grossmann*).

sub c van de Rechtsbeschermingsrichtlijn klassieke sectoren een concretisering zou zijn van het beginsel van lidstaataansprakelijkheid, de voorwaarden van lidstaataansprakelijkheid nauwelijks bruikbaar zijn voor de beoordeling van schadevergoedingsvorderingen jegens aanbestedende diensten. Het gebruik van de term 'lidstaataansprakelijkheid' is misleidend en kan alleen daarom al beter worden vermeden.

Een prejudiciële beslissing van het HvJ zal moeten uitwijzen welke voorwaarden gelden voor de vestiging van aansprakelijkheid van aanbestedende diensten.²²⁵ Naar mijn mening zou het HvJ op basis van de hiervoor besproken argumenten op *Van Spijker* moeten terugkomen. De voorwaarden voor toekenning van schadevergoeding moeten uit de Rechtsbeschermingsrichtlijn klassieke sectoren worden afgeleid en voor het overige worden overgelaten aan de lidstaten, zoals het HvJ in *Strabag* oordeelde.²²⁶

3.3 DE RECHTSBESCHERMINGSRICHTLIJN NUTSSECTOREN²²⁷

De Rechtsbeschermingsrichtlijn nutssectoren is duidelijk geïnspireerd op de Rechtsbeschermingsrichtlijn klassieke sectoren.²²⁸ Afgezien van de materiële werkingssfeer - de Rechtsbeschermingsrichtlijn nutssectoren is van toepassing op aanbestedingen die onder de werkingssfeer van de Aanbestedingsrichtlijn nutssectoren vallen - zijn de verschillen tussen beide Rechtsbeschermingsrichtlijnen beperkt.²²⁹ Bij de vaststelling van een rechtsbeschermingsrichtlijn voor de nutssectoren bestond echter behoefte aan meer flexibiliteit. Sommige lidstaten vonden het onwenselijk dat direct zou kunnen worden ingegrepen in de besluitvorming van aanbestedende diensten in de nutssectoren met een industrieel of commercieel karakter, die bovendien verantwoordelijk zijn voor een permanente dienstverlening aan het publiek.²³⁰

De flexibiliteit van de Rechtsbeschermingsrichtlijn nutssectoren komt tot uitdrukking in de optie die lidstaten is geboden om voor (categorieën van) aanbestedende diensten een alternatieve sanctie in te voeren voor voorlopige maatregelen en nietigverklaring van onwettige besluiten. Deze alternatieve sanctie bestaat met name uit het uitschrijven van een 'betalingsopdracht' in het geval de schending niet ongedaan wordt gemaakt.²³¹ De te betalen geldsom moet ingevolge artikel 2 lid 5 van de Rechtsbeschermingsrichtlijn

225 Zie ook Treumer 2011a, p. 38-39.

226 HvJ EU 30 september 2010, C-314/09 (*Strabag*), r.o. 33-34.

227 Bij de bespreking van de Rechtsbeschermingsrichtlijn nutssectoren (Richtlijn 92/13/EEG) zal in het vervolg, tenzij anders aangegeven, worden verwezen naar de geconsolideerde versie van de herziene Rechtsbeschermingsrichtlijn nutssectoren van 9 januari 2008.

228 COM(91)158 def., punt 17; Gormley 1992, p. 259.

229 Art. 1 lid 1 Rechtsbeschermingsrichtlijn nutssectoren. De werkingssfeer van beide richtlijnen is op gelijke wijze afgebakend.

230 COM(90)297 def., punt 10; COM(91)158 def., punt 15; Gormley 1992, p. 259.

231 Art. 2 lid 1 sub c Rechtsbeschermingsrichtlijn nutssectoren.

nutssectoren hoog genoeg zijn om de aanbestedende dienst ervan te weerhouden een schending te plegen of voort te zetten,²³² maar mag afhankelijk worden gesteld van een eindbeslissing waarin de schending is bevestigd.

Een betalingsopdracht kan slechts indirecte druk uitoefenen. De aanbestedende dienst kan er voor kiezen om in plaats van de geconstateerde schending ongedaan te maken de geldsom te betalen. Blijkens punt 7 van de considerans van de Rechtsbeschermingsrichtlijn nutssectoren hebben de alternatieve sancties dezelfde werking als voorlopige maatregelen en nietigverklaring van besluiten. Hieruit kan worden afgeleid dat de 'betalingsopdracht' het karakter heeft van een dwangsom,²³³ die een prikkel moet vormen om de schending ongedaan te maken en dus niet bedoeld is als mogelijkheid voor aanbestedende diensten om inbreuken op de aanbestedingsregels af te kopen. Voor zover overwegingen in verband met de permanente dienstverlening in de weg staan aan de ongedaanmaking van schendingen, mag daarmee naar mijn mening uitsluitend in het kader van een belangenafweging rekening worden gehouden.²³⁴

Een ander verschil tussen de Rechtsbeschermingsrichtlijn nutssectoren en de Rechtsbeschermingsrichtlijn klassieke sectoren is het voorschrift van artikel 2 lid 7 van de Rechtsbeschermingsrichtlijn nutssectoren. Dit artikel bepaalt dat wanneer schadevergoeding wordt gevorderd voor het opstellen van een offerte of het deelnemen aan een aanbestedingsprocedure, de inschrijver uitsluitend hoeft aan te tonen dat er sprake is van een schending van de aanbestedingsregels en dat hij zonder die schending een reële kans had op gunning van de opdracht. Een rechtvaardiging om deze regel te beperken tot opdrachten die onder de werkingssfeer van de Aanbestedingsrichtlijn nutssectoren vallen, ontbreekt.²³⁵ Een reden voor de beperkte werkingssfeer blijkt ook niet uit de wetsgeschiedenis van de Rechtsbeschermingsrichtlijnen. Opvallend is dat dit verschil tussen beide Rechtsbeschermingsrichtlijnen niet door de Wijzigingsrichtlijn is weggenomen.

3.4 DE WIJZIGINGSRICHTLIJN

3.4.1 Inleiding

De Rechtsbeschermingsrichtlijnen maken (impliciet) onderscheid tussen precontractuele en postcontractuele rechtsmiddelen.²³⁶ De precontractuele rechtsmiddelen zijn erop gericht schendingen van de aanbestedingsregels ongedaan te maken, zodat inschrijvers die door deze schendingen in hun

232 HvJ EG 19 mei 1999, C-225/97 (Commissie/Frankrijk), r.o. 23.

233 HvJ EG 19 mei 1999, C-225/97 (Commissie/Frankrijk). Zie ook Gormley 1997, p. 74.

234 Art. 2 lid 4 Rechtsbeschermingsrichtlijn nutssectoren.

235 Aldus ook A-G Cruz Villalón in zijn conclusie van 14 september 2010 onder punt 94 voor HvJ EU 9 december 2010, C-568/08 (Van Spijker). Zie ook Caranta 2011b, p. 171; Hebly, De Boer & Wilman 2007, p. 92; Treumer 2006, p. 164.

236 HvJ EG 28 oktober 1999, C-81/98 (Alcatel), r.o. 37.

belangen zijn of dreigen te worden geschaad, een kans behouden op het verwerven van de opdracht. De postcontractuele rechtsmiddelen zijn in de meeste lidstaten beperkt tot toekenning van schadevergoeding. De Rechtsbeschermingsrichtlijnen bevatten geen voorschriften over termijnen die in acht moeten worden genomen, voordat een overeenkomst wordt gesloten. Dit deed afbreuk aan de doeltreffendheid van de beroepsmogelijkheden en werd om die reden door de Europese wetgever als lacune in de rechtsbescherming van ondernemers beschouwd.²³⁷ In geval van een onwettige onderhandse gunning, die door het HvJ als “een zeer ernstige schending van het communautaire aanbestedingsrecht” is aangemerkt,²³⁸ ontbraken zelfs in het geheel mogelijkheden om de schending ongedaan te maken.²³⁹ De Europese wetgever wilde deze zwakke punten verhelpen door de Rechtsbeschermingsrichtlijnen aan te scherpen. De Wijzigingsrichtlijn heeft tot doel de bepalingen over de precontractuele rechtsmiddelen te verduidelijken en hun doeltreffendheid te verhogen.²⁴⁰

De Wijzigingsrichtlijn strekt tot wijziging van de bestaande Rechtsbeschermingsrichtlijnen. De Rechtsbeschermingsrichtlijnen uit 1989 en 1992 zijn dus niet ingetrokken. De wijzigingen bestaan met name uit een aanvulling van de bestaande voorzieningen. De oorspronkelijke bepalingen van de Rechtsbeschermingsrichtlijnen zijn afgezien van enkele tekstuele wijzigingen niet aangepast. In deze paragraaf komen alleen bepalingen van de Rechtsbeschermingsrichtlijnen aan de orde die in de Wijzigingsrichtlijn zijn geïntroduceerd. In paragraaf 3.4.2 komen de opschortings- en vervaltermijnen aan bod. Paragraaf 3.4.3 is gewijd aan de gronden voor ‘onverbindendheid’. De gevolgen van ‘onverbindendheid’ en de alternatieve sancties komen vervolgens in paragraaf 3.4.4 aan de orde. In paragraaf 3.4.5 wordt tot slot aandacht besteed aan termijnen.

3.4.2 De opschortings- en vervaltermijnen

Ingevolge artikel 2 bis lid 1 van de Rechtsbeschermingsrichtlijnen moeten lidstaten ervoor zorgen dat ondernemers over voldoende tijd beschikken om op doeltreffende wijze beroep in te stellen tegen het besluit tot gunning van een opdracht. Afhankelijk van het gebruikte communicatiemiddel moet tussen het besluit tot gunning en het sluiten van de overeenkomst een opschortingstermijn van ten minste tien of vijftien dagen in acht worden

237 COM(2006)195 def., p. 2.

238 HvJ EG 11 januari 2005, C-26/03 (Stadt Halle), r.o. 37.

239 COM(2006)195 def., p. 2-3.

240 COM(2006)195 def., p. 3.

genomen.²⁴¹ Artikel 2 bis van de Rechtsbeschermingsrichtlijnen kan worden gezien als een codificatie en precisering van *Alcatel* en *Alcatel II*.²⁴²

Het staat lidstaten op grond van artikel 2 quater van de Rechtsbeschermingsrichtlijnen vrij om tevens termijnen vast te stellen waarbinnen beroep moet worden ingesteld tegen besluiten van aanbestedende diensten.²⁴³ Om aan de vereisten van effectiviteit en rechtszekerheid te voldoen moeten dergelijke vervaltermijnen duidelijk zijn.²⁴⁴ Vervaltermijnen moeten, net als de hiervoor genoemde opschortingstermijn, afhankelijk van het communicatiemiddel ten minste tien of vijftien dagen bedragen. Artikel 2 quater van de Rechtsbeschermingsrichtlijnen kan worden beschouwd als een codificatie van de jurisprudentie van het HvJ over nationale vervaltermijnen.²⁴⁵

Zowel de kennisgeving van het besluit tot gunning van een opdracht, die de in artikel 2 bis lid 1 van de Rechtsbeschermingsrichtlijnen bedoelde opschortingstermijn doet aanvangen, als kennisgevingen van besluiten die nationale vervaltermijnen in werking stellen, moeten een samenvattende beschrijving bevatten van de 'relevante redenen'.²⁴⁶ Met de 'relevante redenen' is de motivering van het besluit in de zin van artikel 41 lid 2 van de Aanbestedingsrichtlijn klassieke sectoren respectievelijk artikel 49 lid 2 van de Aanbestedingsrichtlijn nutssectoren bedoeld. Een motivering stelt de inschrijver in staat de rechtmatigheid van een besluit te beoordelen en een afweging te maken omtrent het instellen van een rechtsmiddel.²⁴⁷ Een nationale opschorting- of vervaltermijn begint pas te lopen, wanneer de inschrijver een motivering van het besluit heeft ontvangen, op basis waarvan hij kan bepalen of het instellen van een rechtsmiddel zinvol is.²⁴⁸

De kennisgeving van het besluit tot gunning van een opdracht moet tot slot een nauwkeurige omschrijving bevatten van de opschortingstermijn.²⁴⁹ Deze verplichting kent geen pendant voor de facultatieve vervaltermijnen van artikel 2 quater van de Rechtsbeschermingsrichtlijnen. In *Commissie/Ierland* overwoog het HvJ dat ondernemers moeten worden ingelicht over de toepasselijkheid van vervaltermijnen voor het instellen van beroep tegen tussentijdse besluiten.²⁵⁰ Een wettelijke regeling volstaat daartoe in

241 Art. 2 bis lid 2 Rechtsbeschermingsrichtlijnen. Wanneer het besluit per faxbericht of langs elektronische weg wordt verzonden, bedraagt de minimumtermijn tien dagen, bij verzending op andere wijze vijftien dagen.

242 HvJ EG 28 oktober 1999, C-81/98 (*Alcatel*); HvJ EG 24 juni 2004, C-212/02 (*Alcatel II*). Zie ook Bel 2008, p. 108-109; Golding & Henty 2008, p. 147.

243 De facultatieve vervaltermijn kan worden gecombineerd met de verplichte opschortingstermijn.

244 HvJ EU 28 januari 2010, C-456/08 (*Commissie/Ierland*), r.o. 75.

245 HvJ EG 12 december 2002, C-470/99 (*Universale-Bau*); HvJ EG 27 februari 2003, C-327/00 (*Santex*), r.o. 51-55; HvJ EG 11 januari 2005, C-26/03 (*Stadt Halle*); HvJ EG 11 oktober 2007, C-241/06 (*Lämmerzahl*), r.o. 50.

246 Art. 2 bis lid 2 Rechtsbeschermingsrichtlijnen; art. 2 quater Rechtsbeschermingsrichtlijnen.

247 Punt 6 van de considerans van de Wijzigingsrichtlijn.

248 HvJ EU 28 januari 2010, C-406/08 (*Uniplex*), r.o. 30-34; HvJ EU 28 januari 2010, C-456/08 (*Commissie/Ierland*), r.o. 30-33.

249 Art. 2 bis lid 2 Rechtsbeschermingsrichtlijnen.

250 HvJ EU 28 januari 2010, C-456/08 (*Commissie/Ierland*), r.o. 63.

beginsel, mits de vervaltermijnen voldoende duidelijk zijn. Wanneer inschrijvers aanvullend in de kennisgeving van het besluit zelf op de toepasselijke vervaltermijn worden gewezen, wordt de effectiviteit en rechtszekerheid vergroot. *Commissie/Ierland* betref nog de uitleg van de oorspronkelijke Rechtsbeschermingsrichtlijn klassieke sectoren. Niet ondenkbaar is dat het HvJ in de toekomst op basis van het effectiviteitsvereiste strengere eisen zal gaan stellen aan de informatieplicht van aanbestedende diensten die zich op vervaltermijnen willen beroepen. Analoot aan artikel 2 bis lid 2 van de Rechtsbeschermingsrichtlijnen zou het HvJ een verplichting kunnen aannemen voor aanbestedende diensten om de toepasselijke vervaltermijn in de kennisgeving van het besluit te vermelden. Er bestaat geen goede reden om ten aanzien van de informatieplicht van aanbestedende diensten onderscheid te maken tussen de opschortingstermijn en vervaltermijnen. De jurisprudentie van het HvJ over vervaltermijnen behoudt in ieder geval haar betekenis. Zo komt een aanbestedende dienst bijvoorbeeld geen beroep toe op een vervaltermijn, wanneer hij de inschrijver hindert bij het instellen van een rechtsmiddel, bijvoorbeeld door gebrekkige informatieverstrekking.²⁵¹

Wanneer binnen de opschortingstermijn beroep wordt ingesteld tegen het besluit tot gunning van een opdracht, moet het besluit ingevolge artikel 2 lid 3 van de Rechtsbeschermingsrichtlijnen worden opgeschort, totdat de bevoegde beroepsinstantie heeft beslist op het verzoek tot het nemen van voorlopige maatregelen.

Lidstaten mogen bepalen dat geen opschortingstermijn in acht hoeft te worden genomen, wanneer er geen andere 'betrokken' gegadigden of inschrijvers zijn.²⁵² Lidstaten mogen voorts bepalen dat de opschortingstermijn niet van toepassing is, wanneer geen voorafgaande bekendmaking van de opdracht in het Publicatieblad van de Europese Unie is vereist of wanneer het gaat om de gunning van een opdracht op basis van een raamovereenkomst of een dynamisch aankoopstelsel.²⁵³

3.4.3 De gronden voor 'onverbindendheid'

De effectiviteit van de verplichte opschortingstermijn wordt verhoogd door de sanctie die op een overtreding daarvan is gesteld. Ingevolge artikel 2 quinquies lid 1 sub b van de Rechtsbeschermingsrichtlijnen moeten lidstaten ervoor zorgen dat een overeenkomst 'onverbindend' kan worden verklaard, wanneer de opschortingstermijn niet in acht is genomen en daarnaast aan de volgende drie voorwaarden is voldaan. Ten eerste moet

251 HvJ EG 27 februari 2003, C-327/00 (*Santex*), r.o. 57-59; HvJ EG 11 oktober 2007, C-241/06 (*Lämmerzahl*), r.o. 55-56. Zie over het eerstgenoemde arrest ook *Arrowsmith* 2005, p. 1409.

252 Art. 2 ter sub b Rechtsbeschermingsrichtlijnen. Zie voor de definities van 'betrokken inschrijver' en 'betrokken gegadigden' art. 2 bis lid 2 Rechtsbeschermingsrichtlijnen.

253 Art. 2 ter sub a en sub c Rechtsbeschermingsrichtlijnen. Zie voor de uitzonderingsgrond voor opdrachten die zijn gegund op basis van een raamovereenkomst of een dynamisch aankoopstelsel voorts de tekst naast de gedachtestreepjes aan het slot van art. 2 ter Rechtsbeschermingsrichtlijnen.

de inbreuk op de opschortingstermijn de inschrijver die beroep heeft ingesteld, hebben verhindert precontractuele rechtsmiddelen aan te wenden. Ten tweede moet er sprake zijn van een inbreuk op de toepasselijke aanbestedingsrichtlijn. Ten derde moet deze inbreuk de kansen hebben beïnvloed van de inschrijver die beroep heeft ingesteld. Voor situaties waarin niet aan deze aanvullende voorwaarden is voldaan, mogen lidstaten zelf bepalen of de sanctie van ‘onverbindendheid’ geldt of dat alternatieve sancties worden opgelegd.²⁵⁴ Lidstaten zouden namelijk kunnen oordelen dat de zware sanctie van ‘onverbindendheid’ in die situaties niet passend is.²⁵⁵

De sanctie van ‘onverbindendheid’ staat ingevolge artikel 2 ter sub a van de Rechtsbeschermingsrichtlijnen tevens op gunning van een opdracht zonder voorafgaande oproep tot mededinging in het Publicatieblad van de Europese Unie in de gevallen waarin de Aanbestedingsrichtlijnen bekendmaking voorschrijven.²⁵⁶

Wanneer lidstaten de door artikel 2 ter sub c van de Rechtsbeschermingsrichtlijnen geboden mogelijkheid hebben benut door de opschortingstermijn niet van toepassing te verklaren op de gunning van opdrachten op basis van een raamovereenkomst of een dynamisch aankoopstelsel, moet de sanctie van ‘onverbindendheid’ tot slot tevens worden gesteld op een inbreuk op een van de in artikel 2 ter sub c van de Rechtsbeschermingsrichtlijnen genoemde bepalingen, mits de geraamde waarde van de betrokken opdracht gelijk is aan of hoger is dan de toepasselijke drempelwaarde.²⁵⁷

Zowel de in sub a als de in sub c van artikel 2 ter van de Rechtsbeschermingsrichtlijnen genoemde grond voor ‘onverbindendheid’ houdt verband met onrechtmatig onderhands gegunde opdrachten. Lidstaten zijn verplicht de sanctie van ‘onverbindendheid’ op deze gronden uit te sluiten, wanneer de aanbestedende dienst van mening is dat een voorafgaande oproep tot mededinging niet verplicht is, het voornemen tot onderhandse gunning in het Publicatieblad van de Europese Unie bekend is gemaakt, respectievelijk het besluit tot gunning aan de ‘betrokken inschrijvers’ is verzonden, en vervolgens een opschortingstermijn van ten minste tien dagen in acht is genomen, voordat de overeenkomst is gesloten.²⁵⁸ Wanneer binnen de termijn van ten minste tien dagen een rechtsmiddel is ingesteld, moet de aanbestedende dienst bovendien de beslissing van de beroepsinstantie afwachten.²⁵⁹

Ingevolge artikel 2 quinquies lid 3 van de Rechtsbeschermingsrichtlijnen mogen lidstaten bepalen dat een overeenkomst niet ‘onverbindend’ wordt verklaard, ook al is aan de voorwaarden van het eerste lid van dit artikel voldaan, wanneer de beroepsinstantie oordeelt dat instandhouding van de

254 Art. 2 sexies lid 1 Rechtsbeschermingsrichtlijnen.

255 Punt 19 van de considerans van de Wijzigingsrichtlijn.

256 Art. 2 quinquies lid 1 sub b Rechtsbeschermingsrichtlijnen.

257 Art. 2 quinquies lid 1 sub c Rechtsbeschermingsrichtlijnen.

258 Art. 2 quinquies lid 4 en lid 5 Rechtsbeschermingsrichtlijnen.

259 Art. 2 lid 3 Rechtsbeschermingsrichtlijnen.

overeenkomst op grond van ‘dwingende redenen van algemeen belang’ noodzakelijk is. De instandhouding kan tot een deel van de overeenkomst worden beperkt.²⁶⁰ De beroepsinstantie moet bij zijn beslissing alle relevante aspecten onderzoeken. Economische belangen mogen als dwingende redenen worden beschouwd, maar alleen als ‘onverbindendheid’ van de overeenkomst onevenredig grote gevolgen zou hebben. Economische redenen die rechtstreeks verband houden met de betrokken overeenkomst mogen echter in het geheel niet in beschouwing worden genomen. De laatste alinea van artikel quinquies lid 3 van de Rechtsbeschermingsrichtlijnen bevat een enuntiatieve opsomming van economische belangen die rechtstreeks verband houden met de overeenkomst.

Volgens Golding en Henty zijn nauwelijks situaties voorstelbaar waarin dwingende redenen niet betrekking hebben op economische belangen en, wanneer dat wel het geval is, die economische belangen niet op enige manier rechtstreeks verband houden met de betrokken overeenkomst. De ruimte voor instandhouding van een overeenkomst die op één van de in artikel 2 quinquies lid 1 van de Rechtsbeschermingsrichtlijnen genoemde gronden in beginsel ‘onverbindend’ moet worden verklaard, zou daardoor te beperkt zijn.²⁶¹ Golding en Henty pleiten voor meer vrijheid voor de nationale beroepsinstanties om in ieder concreet geval te beslissen of de sanctie van ‘onverbindendheid’ passend is.²⁶² Het is afwachten welke invulling het HvJ aan artikel 2 quinquies lid 3 van de Rechtsbeschermingsrichtlijnen zal geven. Gelet op het uitzonderingskarakter van de bepaling is het onwaarschijnlijk dat het HvJ een ruime toepassing zal toestaan en dus het begrip ‘economische belangen die rechtstreeks verband houden met de overeenkomst’ eng zal uitleggen.

Lidstaten die bepalen dat een overeenkomst in uitzonderlijke omstandigheden niet ‘onverbindend’ hoeft te worden verklaard, moeten voorzien in alternatieve sancties als bedoeld in artikel 3 sexies lid 2 van de Rechtsbeschermingsrichtlijnen. Doordat een overeenkomst gedeeltelijk in stand kan worden gelaten, is een combinatie van de sanctie van ‘onverbindendheid’ en alternatieve sancties mogelijk.

3.4.4 De gevolgen van ‘onverbindendheid’ en alternatieve sancties

Een overeenkomst die in strijd met de in artikel 2 quinquies lid 1 van de Rechtsbeschermingsrichtlijnen genoemde gronden is gesloten, behoort niet van rechtswege ‘onverbindendheid’ te zijn.²⁶³ De ‘onverbindendheid’ moet door de bevoegde beroepsinstantie worden uitgesproken of het gevolg zijn van een besluit van deze beroepsinstantie.²⁶⁴ Het met de ‘onverbindend-

260 Punt 22 van de considerans van de Wijzigingsrichtlijn.

261 Golding & Henty 2008, p. 151. Zie ook Treumer 2011a, p. 35-36.

262 Golding & Henty 2008, p. 152.

263 Punt 13 van de considerans van de Wijzigingsrichtlijn.

264 Art. 2 quinquies lid 1 aanhef Rechtsbeschermingsrichtlijnen.

heid' van de overeenkomst te bereiken resultaat is dat partijen geen uitvoering geven aan de verbintenissen.²⁶⁵ De bepaling van de gevolgen van 'onverbindendheid' is blijkens artikel 2 quinquies lid 2 van de Rechtsbeschermingsrichtlijnen aan het nationale recht overgelaten. Lidstaten hebben daarbij de keuze om aan de vernietiging van de overeenkomst terugwerkende kracht te verlenen (werking *ex tunc*) of de vernietiging alleen voor de toekomst te laten gelden (werking *ex nunc*). In het laatste geval zijn lidstaten verplicht om in alternatieve sancties als bedoeld in artikel 2 sexies lid 2 van de Rechtsbeschermingsrichtlijnen te voorzien.

Alternatieve sancties moeten doeltreffend, evenredig en afschrikwekkend zijn. Zij kunnen het opleggen van boetes aan de aanbestedende dienst omvatten of het verkorten van de looptijd van de overeenkomst.²⁶⁶ Lidstaten mogen beroepsinstanties bij het opleggen van alternatieve sancties een ruime beslissingsbevoegdheid toekennen om alle relevantie factoren in aanmerking te nemen, waaronder de ernst van de inbreuk, het gedrag van de aanbestedende dienst en, in geval de overeenkomst alleen voor de toekomst 'onverbindend' wordt verklaard, de mate waarin de overeenkomst van kracht blijft. Toekenning van schadevergoeding is geen passende alternatieve sanctie.²⁶⁷

3.4.5 De termijnen voor het instellen van beroep tot het 'onverbindend' verklaren van overeenkomsten

Lidstaten mogen in het belang van de rechtszekerheid termijnen vaststellen voor het instellen van een beroep tot het 'onverbindend' verklaren van een overeenkomst.²⁶⁸ Voor de in artikel 2 quinquies lid 1 sub a van de Rechtsbeschermingsrichtlijnen bedoelde grond (onwettige onderhandse gunning) mag een termijn van ten minste dertig kalenderdagen worden vastgesteld, wanneer een aankondiging van de gegunde opdracht in het Publicatieblad van de Europese Unie is geplaatst, waarin de rechtvaardigingsgrond is opgenomen voor gunning van de opdracht zonder voorafgaande oproep tot mededinging.²⁶⁹ Voor de in artikel 2 quinquies lid 1 sub b en c van de Rechtsbeschermingsrichtlijnen bedoelde gronden (niet-achtneming van opschortingstermijn respectievelijk gunning van opdrachten op basis van raamovereenkomst of dynamisch inkoopstelsel) mag eveneens een termijn van dertig kalenderdagen worden vastgesteld, wanneer de aanbestedende dienst de 'betrokken' inschrijvers en gegadigden in kennis heeft gesteld van het sluiten van de overeenkomst en deze kennisgeving een samenvatting van de 'relevante redenen' bevat.²⁷⁰

265 Punt 21 van de considerans van Wijzigingsrichtlijn.

266 Art. 2 sexies lid 2 Rechtsbeschermingsrichtlijnen.

267 Art. 2 sexies lid 2 Rechtsbeschermingsrichtlijnen.

268 Vgl. punt 25 van de considerans van de Wijzigingsrichtlijn.

269 Art. 2 septies lid 1 sub a, eerste gedachtestreepje Rechtsbeschermingsrichtlijnen.

270 Art. 2 septies lid 1 sub a, tweede gedachtestreepje Rechtsbeschermingsrichtlijnen.

Daarnaast kan voor alle in artikel 2 quinquies lid 1 van de Rechtsbeschermingsrichtlijnen genoemde gronden een algemene termijn worden vastgesteld van ten minste zes maanden, die ingaat op de dag na de datum waarop de overeenkomst is gesloten.²⁷¹

De vaststelling van alle overige termijnen voor het instellen van beroep is aan het nationale recht van lidstaten overgelaten.²⁷² Te denken valt aan het beroep tot het 'onverbindend' verklaren van een overeenkomst of het opleggen van alternatieve sancties, wanneer geen opschortingstermijn in acht is genomen, maar niet aan alle voorwaarden van artikel 2 quinquies lid 1 sub b van de Rechtsbeschermingsrichtlijnen is voldaan.²⁷³

3.5 DE DOORWERKING VAN DE RECHTSBESCHERMINGSRICHTLIJNEN IN DE NATIONALE RECHTSORDEN

3.5.1 Inleiding

De Rechtsbeschermingsrichtlijnen zijn gericht tot de lidstaten.²⁷⁴ Zij zullen in de eerste plaats door implementatie in de rechtsorden van lidstaten moeten doorwerken. Er bestaat nog een drietal andere doorwerkingsmechanismen, dat met name bij niet-tijdige of incorrecte implementatie door lidstaten aan de orde komt. De doorwerkingsmechanismen van richtlijnen worden in deze paragraaf besproken.²⁷⁵

Paragraaf 3.5.2 begint met de behandeling van de methoden die het HvJ hanteert voor de uitleg van richtlijnen, in het bijzonder de Rechtsbeschermingsrichtlijnen. De vaststelling van de inhoud van een richtlijn gaat immers vooraf aan de analyse van de wijzen waarop richtlijnen in de rechtsorden van lidstaten doorwerken.²⁷⁶ In paragraaf 3.5.3 komt implementatie aan bod. Paragraaf 3.5.4 is gewijd aan richtlijnconforme interpretatie. In paragraaf 3.5.5 wordt aandacht besteed aan rechtstreekse werking. Paragraaf 3.5.6 sluit af met het aanstippen van lidstaataansprakelijkheid. Bij de bespreking van de doorwerkingsmechanismen besteed ik bijzondere aandacht aan jurisprudentie over de Rechtsbeschermingsrichtlijnen.

271 Art. 2 septies lid 1 sub b Rechtsbeschermingsrichtlijnen.

272 Art. 2 septies lid 2 Rechtsbeschermingsrichtlijnen. Deze bepaling maakt begrijpelijkerwijs, maar strikt genomen overbodig, een voorbehoud voor de in art. 2 quater van de Rechtsbeschermingsrichtlijnen bedoelde vervaltermijnen voor het instellen van beroep tegen besluiten. De in art. 2 quater van de Rechtsbeschermingsrichtlijnen genoemde termijnen moeten zonder meer door het nationale recht worden gerespecteerd.

273 Zie art. 2 sexies lid 1 Rechtsbeschermingsrichtlijnen.

274 Art. 6 Rechtsbeschermingsrichtlijn klassieke sectoren; art. 14 Rechtsbeschermingsrichtlijn nutssectoren; art. 5 Wijzigingsrichtlijn.

275 Zie Prechal 2005 voor een algemene en meer uitgebreide beschouwing over doorwerking van richtlijnen.

276 Prechal 2005, p. 5. Specifiek in relatie tot richtlijnen Wissink 2001, p. 25.

3.5.2 De uitleg van de Rechtsbeschermingsrichtlijnen door het HvJ

Bij de uitleg van richtlijnen door het HvJ neemt de grammaticale uitleg, waarin de tekst van de bepaling dus voorop staat, een belangrijke plaats in.²⁷⁷ Een aandachtspunt bij deze uitlegmethode is dat het Unierecht in alle taalversies authentiek is, zodat bij de uitleg van een bepaling van het Unierecht een vergelijking van de verschillende taalversies noodzakelijk is.²⁷⁸ Botsingen tussen verschillende taalversies moeten worden opgelost met inachtneming van de algemene opzet en doelstelling van de regeling waarvan de uit te leggen bepaling onderdeel is.²⁷⁹ Naast de grammaticale uitlegmethode maakt het HvJ gebruik van de systematische en teleologische uitlegmethode.²⁸⁰ Deze uitlegmethoden komen met name aan bod, wanneer een grammaticale uitleg niet of niet volledig uitkomst biedt.²⁸¹ Tot slot is de historische uitlegmethode van belang voor de uitleg van richtlijnen. Het HvJ kent in het bijzonder betekenis toe aan de toelichting bij de voorstellen van de Commissie voor zover deze hun weerslag vinden in de tekst van de richtlijn, waaronder de considerans.²⁸² Voor alle uitlegmethoden geldt dat bepalingen van richtlijnen als secundair Unierecht in overeenstemming met het primaire Unierecht, waaronder de algemene rechtsbeginselen, moeten worden uitgelegd.²⁸³

In de arresten van het HvJ die betrekking hebben op de uitleg van de Rechtsbeschermingsrichtlijnen komen alle uitlegmethoden in meer of in mindere mate terug. Het HvJ maakt naar verhouding vaak gebruik van de teleologische uitlegmethode.²⁸⁴ Het legt de bepalingen van de Rechtsbeschermingsrichtlijnen uit tegen de achtergrond van de doelstelling van de Rechtsbeschermingsrichtlijnen, te weten het verbeteren van de bestaande voorzieningen op nationaal en communautair niveau die de toepassing van de Aanbestedingsrichtlijnen moeten waarborgen, in het bijzonder in een fase waarin schendingen nog ongedaan kunnen worden gemaakt.²⁸⁵ Het HvJ zoekt daarbij met regelmaat steun in de considerans van de Rechtsbeschermingsrichtlijnen.

Bijzondere aandacht in dit verband verdient *Varec*. In dit arrest overwoog het HvJ dat de Rechtsbeschermingsrichtlijn klassieke sectoren tot doel heeft de naleving van de communautaire aanbestedingsregels te waarborgen,

277 Asser/Hartkamp 3-I, nr. 97 en nr. 180; Schermers & Waelbroeck 2001, p. 10-12.

278 Wissink 2001, p. 29.

279 HvJ EG 24 oktober 1996, C-72/95 (Kraaijeveld), r.o. 28.

280 Asser/Hartkamp 3-I, nr. 97 en nr. 180; Schermers & Waelbroeck 2001, p. 16-27.

281 Asser/Hartkamp 3-I, nr. 97. Schermers & Walbroeck 2001, p. 21 kennen met name aan de teleologische uitlegmethode een subsidiaire rol toe.

282 Asser/Hartkamp 3-I, nr. 180.

283 Prechal 2005, p. 183. Zie bijv. HvJ EG 18 juni 1991, C-369/89 (Piageme), r.o. 16.

284 Vgl. Hebly, De Boer & Wilman 2007, p. 61.

285 Zie bijv. HvJ EU 28 januari 2010, C-406/08 (Uniplex), r.o. 26; HvJ EU 30 september 2010, C-314/09 (Strabag), r.o. 34; HvJ EG 11 januari 2005, C-26/03 (Stadt Halle), r.o. 27; HvJ EG 12 februari 2004, C-230/02 (Grossmann), r.o. 36; HvJ EG 28 oktober 1999, C-81/98 (Alcatel), r.o. 34-34; HvJ EG 12 december 2002, C-470/99 (Universale-Bau), r.o. 74.

zodat de bepalingen van deze richtlijn in het licht van de communautaire aanbestedingsregels moeten worden uitgelegd.²⁸⁶ Volgens het HvJ moest artikel 1 lid 1 van de Rechtsbeschermingsrichtlijn klassieke sectoren worden uitgelegd tegen de achtergrond van het hoofddoel van de communautaire aanbestedingsregels, te weten de openstelling van de markt voor onvervalste mededinging.²⁸⁷ Het HvJ nam dus op indirecte wijze de doelstellingen van de communautaire aanbestedingsregels in aanmerking bij de uitleg van de Rechtsbeschermingsrichtlijn klassieke sectoren. Het legde artikel 1 lid 1 van de Rechtsbeschermingsrichtlijn klassieke sectoren in samenhang met de voormalige richtlijn leveringen aldus uit dat de bevoegde beroepsinstantie maatregelen moet nemen om te voorkomen dat vertrouwelijke informatie en bedrijfsgeheimen openbaar worden gemaakt.²⁸⁸

3.5.3 De implementatie van richtlijnen

Richtlijnen zijn verbindend ten aanzien van het te bereiken resultaat, maar laten de keuze voor de vorm en de middelen over aan lidstaten.²⁸⁹ Bij de beoordeling of een (bepaling van een) richtlijn correct in nationaal recht is omgezet, spelen drie algemene beginselen een belangrijke rol. Het gaat om het beginsel volle werking, het rechtszekerheidsbeginsel en het beginsel van effectieve rechtsbescherming.²⁹⁰ Uit deze beginselen heeft het HvJ een aantal specifieke eisen aan de omzetting van richtlijnen in nationaal recht afgeleid. Nationale regelgeving waarin richtlijnen zijn omgezet, moet juridisch bindend,²⁹¹ voldoende bepaald en duidelijk zijn.²⁹² Lidstaten zijn niet verplicht om regelgeving vast te stellen, wanneer het nationale recht al voldoet aan de eisen die uit de betrokken richtlijn voortvloeien. In verband met het vereiste van rechtszekerheid ligt in dat geval wel extra nadruk op de bepaaldheid en duidelijkheid van het nationale recht. Begunstigden moeten in staat zijn om kennis te nemen van al hun rechten en deze zo nodig geldend kunnen maken voor de nationale rechter.²⁹³

Implementatie omvat naast omzetting tevens toepassing en handhaving. Toepassing houdt in dat de nationale regelgeving waarin de richtlijn is omgezet in de praktijk wordt uitgevoerd.²⁹⁴ Handhaving houdt in dat

286 HvJ EG 14 februari 2008, C-450/06 (Varec), r.o. 33. In deze zaak was Richtlijn 93/36/EEG (*PbEG* 1993, L 199/1) inzake leveringen van toepassing.

287 HvJ EG 14 februari 2008, C-450/06 (Varec), r.o. 34.

288 HvJ EG 14 februari 2008, C-450/06 (Varec), r.o. 42-55. Zie over Varec tevens § 2.2 alsmede hoofdstuk 4, § 4.3.2.

289 Art. 288 VWEU.

290 Prechal 2005, p. 75.

291 HvJ EG 24 juni 2004, C-212/02 (Alcatel II), r.o. 25-26; HvJ EG 12 september 2002, C-152/00 (Commissie/Frankrijk), r.o. 19.

292 HvJ EG 4 december 2003, C-63/01 (Evans), r.o. 35; HvJ EG 13 maart 1997, C-197/96 (Commissie/Frankrijk), r.o. 15; HvJ EG 17 september 1987, C-291/84 (Commissie/Nederland), r.o. 15.

293 HvJ EU 28 januari 2010, C-456/08 (Commissie/Ierland), r.o. 65; HvJ EG 4 december 2003, C-63/01 (Evans), r.o. 35; HvJ EG 17 oktober 1991, C-58/89 (Commissie/Duitsland), r.o. 11.

294 Prechal 2005, p. 6.

naleving kan worden afgedwongen. Particulieren moeten de rechten die zij via nationale regelgeving aan het Unierecht ontlenuen geldend kunnen maken.²⁹⁵ Handhaving door particulieren is hiervoor al uitgebreid aan de orde gekomen.²⁹⁶

3.5.4 De verplichting tot richtlijnconforme interpretatie

Lidstaten slagen er niet altijd in richtlijnen tijdig en/of correct te implementeren. Richtlijnconforme interpretatie is één van de instrumenten om implementatiegebreken te ‘repareren’,²⁹⁷ met name wanneer een beroep op rechtstreekse werking van de richtlijnbeplating niet mogelijk is.²⁹⁸ Het standaardarrest op het gebied van richtlijnconforme interpretatie is *Von Colson*.²⁹⁹ In dit arrest oordeelde het HvJ voor het eerst dat de nationale rechter verplicht is het nationale recht in het licht van de bewoordingen en het doel van de betrokken richtlijn uit te leggen.³⁰⁰ De verplichting tot richtlijnconforme uitleg vindt haar grondslag in het beginsel van loyale samenwerking en artikel 288 VWEU en is inherent aan het systeem van het VWEU.³⁰¹ Zij rust niet alleen op de nationale rechter, maar ook op het bestuur.³⁰²

Het voorwerp van richtlijnconforme interpretatie is het gehele nationale recht, zowel van eerdere als van latere datum dan de richtlijn.³⁰³ Irrelevant is of met de nationale beplating is beoogd de betrokken richtlijn in nationaal recht om te zetten.³⁰⁴ De verplichting tot richtlijnconforme interpretatie geldt ook voor ongeschreven recht.³⁰⁵

De verplichting tot richtlijnconforme interpretatie wordt begrensd door de algemene rechtsbeginselen, met name het rechtszekerheidsbeginsel en het verbod op terugwerkende kracht. Zij mag niet leiden tot *contra legem*

295 Prechal 2005, p. 8 en p. 91.

296 Zie hiervoor § 2.

297 Van reparatie is strikt genomen geen sprake. Wanneer een implementatiegebrek in een concrete casus met behulp van een richtlijnconforme uitleg of door toepassing van het leerstuk van rechtstreekse werking kan worden opgelost, is de betrokken lidstaat niettemin verplicht het implementatiegebrek door vaststelling van wetgeving te verhelpen.

298 Asser/Hartkamp 3-I, nr. 181; Betlem 2007, p. 111. In recente jurisprudentie lijkt het HvJ een voorkeur uit te spreken voor richtlijnconforme interpretatie boven rechtstreekse werking; HvJ EU 24 januari 2012, C-282/10 (Dominguez), r.o. 32 en r.o. 44.

299 HvJ EG 10 april 1984, C-14/83 (Von Colson).

300 HvJ EG 10 april 1984, C-14/83 (Von Colson), r.o. 26.

301 HvJ EG 10 april 1984, C-14/83 (Von Colson), r.o. 26; HvJ EG 4 juli 2006, C-212/04 (Adeneler), r.o. 108.

302 HvJ EU 25 november 2010, C-429/09 (Fuß), r.o. 39-40; Prechal 2005, p. 65-66; Prinssen 2004, p. 41; Wissink 2001, p. 37.

303 HvJ EG 13 november 1990, C-106/89 (Marleasing), r.o. 8. Zie voorts HvJ EG 5 oktober 2004, de gevoegde zaken C-397-403/01 (Pfeiffer), r.o. 115.

304 Wissink 2001, p. 38.

305 Prechal 2005, p. 186; Wissink 2001, p. 38.

uitleg van het nationale recht.³⁰⁶ Bovendien vindt de mogelijkheid om het nationale recht in overeenstemming met een richtlijn uit te leggen haar beperking in de constitutionele taakverdeling tussen de rechter en de wetgever.³⁰⁷

Het antwoord op de vraag of een richtlijnconforme interpretatie een oplossing kan bieden voor een implementatiegebrek, moet per geval worden onderzocht. Een belangrijke factor is de aard van het gebrek.³⁰⁸ Als een richtlijn niet is omgezet in nationaal recht en ook in het bestaande nationale recht bepalingen ontbreken voor de materie die de betrokken richtlijn regelt, is richtlijnconforme interpretatie uitgesloten.³⁰⁹ In dat geval valt er immers niets te interpreteren.³¹⁰ Als het implementatiegebrek een nationale bepaling betreft die voor tweeërlei uitleg vatbaar is, dan is de kans veel groter dat met behulp van een richtlijnconforme interpretatie van het nationale recht het met de richtlijn beoogde resultaat valt te bereiken. In dit verband moet overigens worden opgemerkt dat de rechter altijd verplicht is nationaal recht richtlijnconform te interpreteren en dus niet alleen, wanneer sprake is van een implementatiegebrek.³¹¹ De nationale rechter heeft een eigen specifieke rol in het implementatieproces; hij moet het nationale recht waarin de richtlijn is omgezet toepassen op de concrete casus. Bij de toepassing van het nationale recht zal hij zich telkens moeten afvragen wat de betekenis is van de richtlijn waarvan het nationale recht de omzetting is.³¹²

Een richtlijnconforme interpretatie kan ook door een overheidsinstantie aan een particulier worden tegengeworpen.³¹³ Bovendien kan zij worden toegepast in horizontale verhoudingen, dus tussen particulieren onderling.³¹⁴ Het HvJ heeft hiermee aanvaard dat een richtlijnconforme interpretatie tot nadelige gevolgen voor een particulier kan leiden. Binnen de besproken grenzen, met name het beginsel van rechtszekerheid, kan een richtlijnconforme interpretatie zelfs verplichtingen voor een particulier teweegbrengen.³¹⁵ Zij mag echter niet leiden tot een verzwaring van strafrechtelijke aansprakelijkheid.³¹⁶

306 HvJ EG 4 juli 2006, C-212/04 (Adeneler), r.o. 110; HvJ EG 16 juni 2005, C-105/03 (Pupino), r.o. 44-47.

307 Prinssen 2004, p. 47-48; aarzelend Prechal 2005, p. 201-203.

308 Zie voor verschillende categorieën van implementatiegebreken Prechal 2005, p. 192-193.

309 Wissink 2001, p. 51-52.

310 Prechal 2005, p. 192.

311 Prechal 2005, p. 187.

312 Prechal 2005, p. 188 en p. 190. Zie ook HvJ EU 24 januari 2012, C-282/10 (Dominguez), r.o. 24.

313 HvJ EU 15 september 2011, C-53/10 (Land Hessen), r.o. 34. Met 'overheidsinstelling' wordt bedoeld een organisatie die onder het in § 3.2.5.4 besproken begrip 'staat' valt.

314 HvJ EG 4 juli 2006, C-212/04 (Adeneler), r.o. 103; Barents & Brinkhorst 2012, p. 604. Mede hierdoor komt richtlijnconforme interpretatie vaker voor toepassing in aanmerking dan het hierna te bespreken doorwerkingsmechanisme van rechtstreekse werking.

315 Prechal 2005, p. 213; Wissink 2001, p. 216. De in HvJ EG 26 september 1996, C-168/95 (Arcaro), r.o. 42, gesuggereerde ruimere begrenzing van richtlijnconforme interpretatie is in recentere jurisprudentie van het HvJ gecorrigeerd; zie Betlem 2007, p. 126-127.

316 HvJ EG 8 oktober 1987, C-80/86 (Kolpinghuis), r.o. 13. Zie voorts HvJ EG 26 september 1996, C-168/95 (Arcaro), r.o. 37.

In de jurisprudentie van het HvJ waarin de uitleg van de Rechtsbeschermingsrichtlijnen aan de orde kwam, speelt de verplichting tot richtlijnconforme interpretatie geen prominente rol. Een voorbeeld van een arrest waarin richtlijnconforme interpretatie aan de orde kwam is *Dorsch*.³¹⁷ In deze zaak had de Duitse nationale rechter te maken met een potentieel bevoegdheidsprobleem. De Duitse wetgever had verzuimd de oude richtlijn voor diensten tijdig te implementeren en had nog geen beroepsinstantie aangewezen die bevoegd was kennis te nemen van geschillen over aanbestedingen die vielen onder de werkingssfeer van de betrokken richtlijn.³¹⁸ De Duitse rechter die bevoegd was kennis te nemen van geschillen over aanbestedingen die vielen onder de werkingssfeer van de oude richtlijnen voor werken en leveringen,³¹⁹ vroeg zich af of hij zich tevens bevoegd moest verklaren kennis te nemen van geschillen over aanbestedingen die vielen onder de werkingssfeer van de oude richtlijn voor diensten. Het HvJ beantwoordde deze vraag ontkennend. Het treedt immers niet in de beoordeling van bevoegdheidskwesties van nationale rechterlijke instanties. Het HvJ gaf de Duitse rechter wel mee dat hij zijn nationale recht zoveel mogelijk moest uitleggen in het licht van de bewoordingen en het doel van de richtlijn, teneinde het daarmee beoogde resultaat te bereiken.³²⁰

3.5.5 Rechtstreekse werking van richtlijnbepalingen

Richtlijnen zijn gericht tot lidstaten en moeten in nationaal recht worden omgezet. Dat richtlijnbepalingen rechtstreeks voor de nationale rechter kunnen worden ingeroepen is dus niet vanzelfsprekend.³²¹ Toch heeft het HvJ dit onder bepaalde voorwaarden aanvaard. Het HvJ baseert de rechtstreekse werking van richtlijnbepalingen op artikel 288 VWEU, het beginsel van volle werking en het beginsel van loyale samenwerking.³²² Rechtstreekse werkende bepalingen moeten door alle overheidsinstanties worden toegepast.³²³

Een richtlijnbeeping heeft rechtstreekse werking, wanneer zij onvoorwaardelijk en voldoende nauwkeurig is.³²⁴ Daarnaast moet de richtlijnbeeping niet of gebrekkig zijn geïmplementeerd en de implementatietermijn zijn

317 HvJ EG 17 september 1997, C-54/96 (*Dorsch*). Zie voorts HvJ EG 11 oktober 2007, C-241/06 (*Lämmerzahl*), r.o. 62.

318 Richtlijn 92/50/EEG (*PbEG* 1992, L 209/1).

319 Richtlijn 93/37/EEG (*PbEG* 1993, L 199/154) inzake werken en Richtlijn 93/36/EEG (*PbEG* 1993, L 199/1) inzake leveringen.

320 HvJ EG 17 september 1997, C-54/96 (*Dorsch*), r.o. 40 en r.o. 43. Zie voorts HvJ EG 24 september 1998, C-76/97 (*Tögel*).

321 Aldus ook Kapteyn e.a. 2008, p. 526; Prechal 2005, p. 218.

322 HvJ EG 5 oktober 2004, de gevoegde zaken C-397-403/01 (*Pfeiffer*), r.o. 110-114. Zie voorts Prechal 2005, p. 218-219.

323 HvJ EG 22 juni 1989, C-103/88 (*Fratelli Costanzo*), r.o. 31; HvJ EU 16 december 2010, C-239/09 (*Seydaland/BVVG*), r.o. 52.

324 HvJ EG 5 april 1979, C-148/78 (*Ratti*), r.o. 23; HvJ EU 24 januari 2012, C-282/10 (*Dominguez*), r.o. 42.

verstrekken.³²⁵ Onvoorwaardelijk houdt in dat een lidstaat geen keuzevrijheid heeft bij de implementatie van de richtlijnbe­paling.³²⁶ Voldoende nauwkeurig houdt in dat de bepaling in niet mis te verstane woorden is gesteld.³²⁷ Dit betekent dat de richtlijnbe­paling voldoende specifiek en gedetailleerd moet zijn en de nationale rechter voldoende houvast moeten bieden om het aan hem voorgelegde probleem op te lossen. Voldoende nauwkeurig betekent niet dat de richtlijnbe­paling eenduidig moet zijn. De vaststelling van de inhoud van een richtlijnbe­paling die voor tweërlei uitleg vatbaar is, kan namelijk door het HvJ door uitleg worden opgelost.³²⁸ De vereisten van gebrekkige en niet-tijdige implementatie behoeven geen nadere toelichting.

De voorwaarden voor het bestaan van rechtstreekse werking zijn minder streng dan zij op het eerste gezicht wellicht lijken. Zo sluit het vereiste van onvoorwaardelijkheid rechtstreekse werking van een richtlijnbe­paling die lidstaten keuzevrijheid laat, niet uit, wanneer de richtlijnbe­paling minimeisen bevat waaraan het nationale recht kan worden getoetst.³²⁹ Voorts kunnen implementatiemaatregelen waarbij de aan de lidstaat toekomende keuzevrijheid is benut, een richtlijnbe­paling haar voorwaardelijke karakter ontnemen. Wanneer de grenzen van de beoordelingsmarge zijn overschreden, moeten de nationale bepalingen buiten toepassing worden gelaten.³³⁰ Beide verschijningsvormen van rechtstreekse werking worden aangeduid als 'objectieve rechtmatigheids­toetsing'.³³¹ Of een richtlijnbe­paling rechtstreekse werking heeft, is afhankelijk van verschillende factoren en moet worden onderzocht in de context van de omstandigheden van het geval. Het antwoord op de vraag of aan een richtlijnbe­paling rechtstreekse werking toekomt, kan per lidstaat en zelfs per geval verschillend zijn.³³² Bij toepassing van het leerstuk van rechtstreekse werking moet de nationale rechter tevens rekening houden met de taakverdeling tussen wetgever en rechter. De rechter moet niet op de stoel van de wetgever plaatsnemen.

Rechtstreekse werking van richtlijnbe­palingen wordt net als de verplichting tot richtlijnconforme interpretatie begrensd door algemene rechtsbeginselen, met name het beginsel van rechtszekerheid.³³³ Een voor de praktijk belangrijke beperking van rechtstreekse werking is dat richtlijnbe­palingen uit zichzelf geen verplichtingen aan particulieren kunnen opleggen en als

325 Prechal 2005, p. 242-243.

326 HvJ EG 15 januari 1986, C-44/84 (Hurd), r.o. 47.

327 HvJ EG 23 februari 1994, C-236/92 (Lombardia), r.o. 10.

328 Prechal 2005, p. 244.

329 HvJ EG 22 juni 1989, C103/88 (Fratelli Costanzo), r.o. 17; HvJ EG 19 januari 1982, C-8/81 (Becker), r.o. 29.

330 HvJ EG 24 oktober 1996, C-72/95 (Kraaijeveld), r.o. 56. Zie voorts HvJ EG 16 september 1999, C-435/97 (WWF), r.o. 69.

331 Barents & Brinkhorst 2012, p. 83; Kapteyn e.a. 2008, p. 516-517 en p. 528; Prechal 2005, p. 234 en p. 241. Asser/Hartkamp 3-I, nr. 17, onderscheidt objectieve rechtmatigheids­toetsing van rechtstreekse werking.

332 Kapteyn 2008, p. 517; Prechal 2005, p. 246-253; Prinssen 2004, p. 13.

333 Prechal 2005, p. 253-254.

zodanig niet tegenover particulieren kunnen worden ingeroepen.³³⁴ Rechtstreekse werking van richtlijnbevestigingen is zowel in omgekeerde verticale verhoudingen, situaties waarin een overheidsinstelling tegenover een particulier een beroep doet op een richtlijnbevestiging, als in horizontale verhoudingen, situaties waarin een particulier tegenover een andere particulier een beroep doet op een richtlijnbevestiging, uitgesloten.³³⁵ De reden hiervoor is dat richtlijnen alleen lidstaten binden.³³⁶ Merkwaardig in dit licht is dat het HvJ in een aantal gevallen toch rechtstreekse werking van richtlijnbevestigingen in horizontale verhoudingen heeft aanvaard.³³⁷ Het HvJ lijkt met name aan de notificatierichtlijn een bijzondere status toe te kennen.³³⁸ Ook in geschillen tussen particulieren moeten nationale technische voorschriften die in strijd met notificatierichtlijn niet zijn aangemeld, door de nationale rechter buiten toepassing worden gelaten.³³⁹ Voor de incidentele aanvaarding door het HvJ van rechtstreekse werking van richtlijnbevestigingen in horizontale verhoudingen zijn verschillende theorieën ontwikkeld, maar niet één daarvan lijkt echt sluitend te zijn.³⁴⁰

Dat een richtlijnbevestiging niet tegenover een particulier kan worden ingeroepen, betekent niet dat een particulier geen nadelige gevolgen van de rechtstreekse werking van richtlijnbevestigingen kan ondervinden. Het nadeel voor de ene particulier is dan het gevolg van een succesvol beroep van een andere particulier op rechtstreeks werkende richtlijnbevestigingen tegenover een overheidsinstelling. Dit verschijnsel doet zich voor in driehoeksverhoudingen en wordt om die reden ook wel 'diagonale' doorwerking genoemd.³⁴¹ Dergelijke driehoeksverhoudingen zijn kenmerkend voor aanbestedingen. Dat 'diagonale' doorwerking van richtlijnbevestigingen in de jurisprudentie van het HvJ aan de orde is gekomen in het kader van de aanbesteding van overheidsopdrachten is dan ook weinig verrassend.³⁴²

334 HvJ EG 26 februari 1986, C-152/84 (Marshall I), r.o. 48; HvJ EG 14 juli 1994, C-91/92 (Faccini Dori), r.o. 20; HvJ EG 5 oktober 2004, de gevoegde zaken C-397-403/01 (Pfeiffer), r.o. 109; HvJ EU 24 januari 2012, C-282/10 (Dominguez), r.o. 42.

335 Verdragsbevestigingen zijn blijkens de jurisprudentie van het HvJ EU in tegenstelling tot richtlijnbevestigingen niet van horizontale werking uitgesloten; zie bijv. HvJ EG 12 december 1974, C-36/74 (Walrave). Prechal 2005, p. 268, meent dat objectieve rechtmatigheidstoetsing van nationaal recht aan richtlijnbevestigingen ook in geschillen tussen particulieren onderling mogelijk zou moeten zijn. Anders: Asser/Hartkamp 3-I, nr. 157.

336 HvJ EG 26 februari 1986, C-152/84 (Marshall I), r.o. 48.

337 Zie Prinssen 2004, p. 154 e.v. voor een overzicht van jurisprudentie tot 2004.

338 Richtlijn 83/189/EEG (*PbEG* 1983, L 109/8), vervangen door Richtlijn 98/34/EG (*PbEG* 1998, L 204/37), aangevuld door Richtlijn 48/98/EG (*PbEG* 1998, L 217/18).

339 HvJ EG 26 september 2000, C-443/98 (Unilever), r.o. 48-49; HvJ EG 30 april 1996, C-194/94 (CIA Security), r.o. 54.

340 Zie hierover Asser/Hartkamp 3-I, nr. 158; Prinssen 2004, p. 160-167.

341 Prinssen 2004, p. 153.

342 HvJ EU 22 juni 1989, C-103/88 (Fratelli Costanzo); HvJ EG 20 september 1988, C-31/87 (Gebroeders Beentjes). Ook in milieuzaken komt 'diagonale' doorwerking van richtlijnbevestigingen met enige regelmaat voor. Zie bijv. HvJ EU 24 oktober 1996, C-72/95 (Kraaijeveld); HvJ EG 7 januari 2004, C-201/02 (Wells).

De Rechtsbeschermingsrichtlijnen bevatten minimumvoorwaarden waaraan de nationale rechtsstelsels moeten voldoen. De voorzieningen die daarin zijn opgenomen moeten door de lidstaten worden uitgewerkt. Op het eerste gezicht lijken de bepalingen van de Rechtsbeschermingsrichtlijnen dus niet onvoorwaardelijk en voldoende nauwkeurig te zijn. Anders dan Pijnacker Hordijk, Van der Bend en Van Nouhuys menen,³⁴³ kan aan de Rechtsbeschermingsrichtlijnen echter niet in het algemeen rechtstreekse werking worden ontzegd. Ten eerste moet het onderzoek naar rechtstreekse werking plaatsvinden op het niveau van de specifieke richtlijnbevestiging en niet op het niveau van de richtlijn. Ten tweede vereist onderzoek naar de rechtstreekse werking van een richtlijnbevestiging een contextuele benadering.

De mogelijkheid van rechtstreekse werking van de bepalingen van de Rechtsbeschermingsrichtlijn klassieke sectoren kwam onder meer aan de orde in *Koppensteiner*.³⁴⁴ In deze zaak maakte een inschrijver bezwaar tegen de intrekking van een aanbestedingsprocedure door een aanbestedende dienst. De inschrijver startte een procedure waarin hij onder meer nietigverklaring van het besluit tot intrekking vorderde. Het nationale recht (het Bundesvergabegesetz) voorzag in de mogelijkheid tot nietigverklaring van besluiten van aanbestedende diensten, maar nietigverklaring van een besluit tot intrekking van een aanbestedingsprocedure was niet mogelijk. De Duitse nationale rechter herinnerde aan *Hospital Ingenieure*, waarin het HvJ had geoordeeld dat een besluit tot intrekking valt onder het begrip 'besluit' in de zin van artikel 1 lid 1 van de Rechtsbeschermingsrichtlijn klassieke sectoren.³⁴⁵ De Duitse nationale rechter vroeg het HvJ of artikel 1 juncto artikel 2 lid 1 sub b van de Rechtsbeschermingsrichtlijn klassieke sectoren onvoorwaardelijk en voldoende nauwkeurig was, zodat een particulier daarop voor de nationale rechter een beroep kon doen ten aanzien van een besluit tot intrekking van een aanbestedingsprocedure. Het HvJ beantwoordde deze vraag bevestigend. De nationale rechter was gehouden nationale bepalingen die aan de nietigverklaring van besluiten tot intrekking van een aanbestedingsprocedure in de weg stonden, buiten toepassing te laten.³⁴⁶ *Koppensteiner* is een voorbeeld van objectieve rechtmatigheidstoetsing.

In zijn eerdere arresten *Tögel* en *Alcatel* had het HvJ nog rechtstreekse werking aan artikel 1 lid 1 en artikel 2 lid 1 sub b van de Rechtsbeschermingsrichtlijn klassieke sectoren ontzegd.³⁴⁷ De verschillende uitkomst in *Koppensteiner* is echter goed te verklaren. In *Tögel* en *Alcatel* ontbrak een aanwijzing van een beroepsinstantie die bevoegd was om kennis te nemen

343 Pijnacker Hordijk, Van der Bend & Van Nouhuys 2009, p. 560.

344 HvJ EG 2 juni 2005, C-15/04 (*Koppensteiner*), r.o. 38. Zie ook HvJ EG 11 oktober 2007, C-241/06 (*Lämmerzahl*), r.o. 63. In dit arrest kende het HvJ rechtstreekse werking toe aan art. 1 lid 1 Rechtsbeschermingsrichtlijn klassieke sectoren.

345 HvJ EU EG 18 juni 2002, C-92/00 (*Hospital Ingenieure*), r.o. 55.

346 HvJ EG 2 juni 2005, C-15/04 (*Koppensteiner*), r.o. 39.

347 HvJ EG 24 september 1998, C-76/97 (*Tögel*), r.o. 28; HvJ 28 oktober 1999, C-81/98 (*Alcatel*), r.o. 50.

van een beroep tot nietigverklaring van het betrokken besluit.³⁴⁸ Daardoor was in feite in het geheel geen uitvoering gegeven aan artikel 1 juncto artikel 2 lid 1 sub b van de Rechtsbeschermingsrichtlijn klassieke sectoren. Lidstaten hebben keuzevrijheid bij het aanwijzen van de bevoegde beroepsinstantie en het vaststellen van de modaliteiten van een beroep tot nietigverklaring. Als zodanig zijn artikel 1 lid 1 en artikel 2 lid 1 sub b van de Rechtsbeschermingsrichtlijn klassieke sectoren niet onvoorwaardelijk en voldoende nauwkeurig. Bij het geheel ontbreken van implementatiemaatregelen, zoals in *Tögel* en *Alcatel* het geval was, is rechtstreekse werking van de betrokken richtlijnbepalingen dus logischerwijs uitgesloten. In *Koppensteiner* was daarentegen wel een bevoegde beroepsinstantie aangewezen,³⁴⁹ terwijl tevens de modaliteiten voor nietigverklaring van besluiten waren vastgesteld. De betrokken lidstaat had dus uitvoering gegeven aan artikel 1 lid 1 juncto artikel 2 lid 1 sub b van de Rechtsbeschermingsrichtlijn klassieke sectoren en de keuzevrijheden die hem daarbij toekwamen benut. Een aanvullende nationale bepaling deed afbreuk aan de mogelijkheid om nietigverklaring van een specifiek besluit, namelijk een besluit tot intrekking van een aanbestedingsprocedure, te vorderen. Onder de specifieke omstandigheden van het geval waren de betrokken richtlijnbepalingen onvoorwaardelijk en voldoende bepaald, zodat een rechtstreeks beroep daarop voor de nationale rechter mogelijk was en de daarmee strijdige nationale bepaling buiten toepassing kon worden gelaten.

De hiervoor besproken arresten onderstrepen het belang van nauwkeurig onderzoek naar de rechtstreekse werking van de bepalingen van de Rechtsbeschermingsrichtlijnen. Een belangrijk aandachtspunt is de hoedanigheid van de aanbestedende dienst. Als de aanbestedende dienst niet tot de 'staat' kan worden gerekend, en dus als particulier moet worden beschouwd, is rechtstreekse werking van richtlijnbepalingen uitgesloten.³⁵⁰

3.5.6 Het beginsel van lidstaataansprakelijkheid

Het laatste doorwerkingsmechanisme van richtlijnen in de nationale rechtsorden is lidstaataansprakelijkheid. Als de Rechtsbeschermingsrichtlijnen niet, niet tijdig of niet correct zijn geïmplementeerd en richtlijnconforme interpretatie of rechtstreekse werking geen oplossing biedt, is de betrokken lidstaat op grond van het beginsel van lidstaataansprakelijkheid aansprakelijk voor de schade die een particulier daardoor heeft geleden. Lidstaataansprakelijkheid is complementair aan de verplichting tot

348 HvJ EG 24 september 1998, C-76/97 (*Tögel*), r.o. 20; HvJ 28 oktober 1999, C-81/98 (*Alcatel*), r.o. 22.

349 Vgl. HvJ EG 2 juni 2005, C-15/04 (*Koppensteiner*), r.o. 34: "Hoewel het aan de rechtsorde van elke lidstaat is om de inzake procedures voor plaatsing van overheidsopdrachten bevoegde beroepsinstanties van de lidstaten aan te wijzen om te beslissen over de geschillen betreffende uit de communautaire rechtsorde afgeleide rechten (...), blijkt niet dat zich in het hoofdgeding een dergelijk bevoegdheidsprobleem voordoet."

350 Zie ook hierna § 4.3.

richtlijnconforme interpretatie en rechtstreekse werking.³⁵¹ De voorwaarden voor lidstaataansprakelijkheid zijn reeds hiervoor in paragraaf 2.7 uitgebreid besproken, waarnaar ik in dit verband verwijs.

4 DE VERHOUDING TUSSEN DE RECHTSBESCHERMINGSRICHTLIJNEN EN DE ALGEMENE RECHTSBEGINSELEN

4.1 INLEIDING

Lidstaten zijn op grond van het beginsel van effectieve rechtsbescherming verplicht om te voorzien in effectieve beroepsprocedures. In de regel laat de uniewetgever de bescherming van de rechten die particulieren aan het Unierecht ontleen over aan lidstaten. De Rechtsbeschermingsrichtlijnen zijn dus in zekere zin een vreemde eend in de bijt. Dit werpt vragen op over de verhouding van de Rechtsbeschermingsrichtlijnen tot het beginsel van effectieve rechtsbescherming enerzijds en tot de procedurele autonomie van lidstaten anderzijds. Beide aspecten komen hierna achtereenvolgens aan bod.

4.2 DE VERHOUDING TUSSEN DE RECHTSBESCHERMINGSRICHTLIJNEN EN HET BEGINSEL VAN EFFECTIEVE RECHTSBESCHERMING

De Rechtsbeschermingsrichtlijnen zijn vastgesteld, omdat de bestaande controlemechanismen volgens de uniewetgever tekortschoten. De Rechtsbeschermingsrichtlijnen zijn een concretisering van het beginsel van effectieve rechtsbescherming.³⁵² Een belangrijke vraag is of aan het beginsel van effectieve rechtsbescherming nog betekenis toekomt in situaties die binnen de werkingssfeer van de Rechtsbeschermingsrichtlijnen vallen.

Naar mijn mening is dit het geval.³⁵³ De Rechtsbeschermingsrichtlijnen zijn secundair Unierecht. Algemene rechtsbeginselen, waaronder het beginsel van effectieve rechtsbescherming, hebben een grondwettelijk karakter.³⁵⁴ In de hiërarchie van normen staan zij naast de verdragsbepalingen en maken zij deel uit van het primaire Unierecht. Het primaire Unierecht heeft voorrang boven de Rechtsbeschermingsrichtlijnen. Bepalingen van

351 Vgl. HvJ EG 19 november 1991, de gevoegde zaken C-6/90 en C-9/90 (Francovich), r.o. 34. Zie over de relatie tussen richtlijnconforme interpretatie en het beginsel van lidstaataansprakelijkheid voort Prechal 2005, p. 311 e.v.; Prinssen 2004, p. 197 e.v.

352 Vgl. punt 36 van de considerans van de Wijzigingsrichtlijn.

353 Anders: Hebly, De Boer & Wilman 2007, p. 24. Vgl. in dit verband tevens 't Hart 2009, p. 909, die in mijn ogen ten onrechte stelt dat strijd van de vervalttermijnen in de Wira (thans Aanbestedingswet 2012) met het doeltreffendheidsbeginsel is uitgesloten, omdat de termijnen in de Wijzigingsrichtlijn zouden zijn bepaald.

354 HvJ EG 15 oktober 2009, C-101/08 (Audilux), r.o. 63.

de Rechtsbeschermingsrichtlijnen die in strijd zijn met het beginsel van effectieve rechtsbescherming zijn dus onrechtmatig.³⁵⁵ Het beginsel van effectieve rechtsbescherming kan voorts aanvullende werking hebben, wanneer de Rechtsbeschermingsrichtlijnen lacunes vertonen. Tot slot kan het beginsel van effectieve rechtsbescherming een nuttige functie vervullen bij de uitleg van nationale bepalingen. De nationale rechter is immers op grond van dit beginsel gehouden om het nationale procesrecht uit te leggen op een wijze die bijdraagt aan de verwezenlijking van het Unierecht.³⁵⁶ De rol van het beginsel van effectieve rechtsbescherming is dus zeker niet uitgespeeld binnen de werkingssfeer van de Rechtsbeschermingsrichtlijnen.³⁵⁷

Het HvJ lijkt in zijn jurisprudentie over de uitleg van de Rechtsbeschermingsrichtlijnen tot dusver weinig zelfstandige betekenis toe te kennen aan het beginsel van effectieve rechtsbescherming. Prejudiciële vragen worden beantwoord in het licht van de bewoordingen en het doel van de Rechtsbeschermingsrichtlijnen.³⁵⁸ Op andere terreinen waarop de rechtsbescherming eveneens in secundair Unierecht is uitgewerkt, is het HvJ al wel bereid gebleken de Europese wetgever te corrigeren. In *Kofisa* oordeelde het HvJ expliciet dat bepalingen van het douanewetboek geen afbreuk kunnen doen aan het beginsel van effectieve rechtsbescherming.³⁵⁹ Hieruit volgt dat particulieren over een rechtsgang moeten beschikken waarin voorlopige maatregelen kunnen worden gevorderd, ook al ontbreekt hiervoor een regeling in het douanewetboek.³⁶⁰ In *Kadi* leidde het HvJ uit het beginsel van effectieve rechtsbescherming een ten opzichte van de toepasselijke verordening aanvullende verplichting af om de gronden voor een beslissing mede te delen.³⁶¹

De werkingssfeer van de Rechtsbeschermingsrichtlijnen is beperkt. Vanzelfsprekend behoudt het beginsel van effectieve rechtsbescherming buiten de werkingssfeer van de Rechtsbeschermingsrichtlijnen, dat wil zeggen voor opdrachten met een 'duidelijk grensoverschrijdend belang', haar volledige betekenis.³⁶² Dit geldt ook voor andere aspecten van rechtsbescherming, zoals de aansprakelijkheid van aanbestedende diensten voor

355 Wyatt 2011, p. 317-318. Zie ook Caranta 2011a, p. 58-59. Bedacht moet worden dat het oordeel over de verenigbaarheid van secundair Unierecht met het primaire Unierecht is voorbehouden aan het HvJ. Onder bepaalde voorwaarden kan de nationale rechter een nationale handeling die gebaseerd is op secundair Unierecht in afwachting van een prejudiciële beslissing schorsen; zie hiervoor § 2.3.

356 Zie hiervoor § 2.2.

357 Aldus ook Gormley 1997, p. 70.

358 In HvJ EU 21 oktober 2010, C-570/08 (*Symvoulio*) lijkt het HvJ zich zelfs volledig blind te staren op de Rechtsbeschermingsrichtlijn klassieke sectoren.

359 Verordening (EEG) nr. 2913/92 (*PbEG* 1992, L 302/1).

360 HvJ EG 11 januari 2001, C-1/99 (*Kofisa*), r.o. 45-49. Zie tevens HvJ EG 11 januari 2001, C-226/99 (*Siples*), r.o. 16-20.

361 HvJ EG 3 september 2008, de gevoegde zaken C-402/05 P en C-415/05 P (*Kadi*), r.o. 336-344.

362 Aldus ook Caranta 2011b, p. 173. Zie ook Arrowsmith 2005, p. 1390 en p. 1431-1432.

schendingen van het Unierecht.³⁶³ De beoordeling van de aansprakelijkheid van aanbestedende diensten die tot de 'staat' kunnen worden gerekend voor schendingen van het Unierecht bij de gunning van opdrachten met een 'grensoverschrijdend belang' moet geschieden aan de hand van de voorwaarden voor lidstaataansprakelijkheid.³⁶⁴ Als ingevolge het nationale recht gunstigere voorwaarden gelden, moeten deze op grond van het gelijkwaardigheidsbeginsel worden toegepast.³⁶⁵ De vaststelling van de voorwaarden voor de beoordeling van de aansprakelijkheid van aanbestedende diensten die particulieren zijn, is overgelaten aan de procedurele autonomie van lidstaten.³⁶⁶

4.3 DE VERHOUDING TUSSEN DE RECHTSBESCHERMINGSRICHTLIJNEN EN DE PROCEDURELE AUTONOMIE VAN LIDSTATEN

Lidstaten moeten een stelsel van rechtsbescherming inrichten dat aan de door de Rechtsbeschermingsrichtlijnen gestelde randvoorwaarden voldoet. De Rechtsbeschermingsrichtlijnen streven echter slechts een minimaal niveau van harmonisatie na. Hierdoor hebben lidstaten aanzienlijke vrijheid om de bepalingen van de Rechtsbeschermingsrichtlijnen in nationale regelgeving uit te werken en aanvullende procedureregels vast te stellen.³⁶⁷ Door de vaststelling van de Rechtsbeschermingsrichtlijnen is de procedurele autonomie van lidstaten weliswaar ingedamd, maar niet geheel verdwenen.³⁶⁸

De procedurele autonomie van lidstaten ten aanzien van aspecten die niet in de Rechtsbeschermingsrichtlijnen zijn geregeld, is vanzelfsprekend niet onbegrensd. Nationale procedureregels zijn onderworpen aan het gelijkwaardigheidsbeginsel en het effectiviteitsbeginsel.³⁶⁹ De vereisten van gelijkwaardigheid en effectiviteit spelen ook in de jurisprudentie van het HvJ over de uitleg van de Rechtsbeschermingsrichtlijnen een belangrijke rol. Opvallend is dat nationale procedureregels volgens het HvJ niet aan deze algemene rechtsbeginselen zouden moeten worden getoetst, maar aan artikel 1 lid 1 en lid 2 van de Rechtsbeschermingsrichtlijnen. De reden hiervoor is dat de vereisten van gelijkwaardigheid en effectiviteit in deze richtlijnbeoordelingen verankerd zouden liggen.³⁷⁰ Voor de inhoudelijke beoordeling lijkt dit overigens geen verschil te maken. Bepalingen van secundair Unierecht

363 Zie ook Treumer 2011b, p. 155 en p. 161.

364 Zie hiervoor § 2.7. Zie ook Treumer 2011b, p. 161.

365 Zie hiervoor § 2.7.

366 HvJ EG 13 juli 2006, de gevoegde zaken C-295-298/04 (Manfredi), r.o. 62; HvJ EU 6 juni 2013, C-536/11 (Donau), r.o. 25-27. Zie voorts Drake 2006, p. 857.

367 Zie ook Gormley 1997, p. 78. Vgl. Pachnou 2000, p. 67.

368 Zie ook punt 34 van de considerans van de Wijzigingsrichtlijn.

369 Zie hiervoor § 2.5.

370 Zie bijv. HvJ EU 28 januari 2010, C-406/08 (Uniplex), r.o. 40; HvJ EG 12 december 2002, C-470/99 (Universale-Bau), r.o. 76.

die uitdrukking geven aan algemene rechtsbeginselen moeten conform de betrokken beginselen worden uitgelegd.³⁷¹ Het HvJ verwijst in zijn jurisprudentie waarin de verenigbaarheid van nationale procedureregels met de in de Rechtsbeschermingsrichtlijnen verankerde vereisten van gelijkwaardigheid en effectiviteit aan de orde is, tevens naar jurisprudentie op andere terreinen.³⁷²

Een belangrijk aandachtspunt is dat nationale procedureregels volgens de jurisprudentie van het HvJ niet alleen aan de vereisten van gelijkwaardigheid en effectiviteit moeten worden getoetst, maar tevens aan de Rechtsbeschermingsrichtlijnen. Het gaat dan niet zozeer om toetsing aan de bepalingen, maar aan de doelstelling van de Rechtsbeschermingsrichtlijnen dat wordt voorzien in doeltreffende beroepsmogelijkheden, in het bijzonder in een fase waarin schendingen nog ongedaan kunnen worden gemaakt. Nationale procedureregels mogen ingevolge de jurisprudentie van het HvJ geen afbreuk doen aan de nuttige werking van de Rechtsbeschermingsrichtlijnen.³⁷³ Toetsing aan de Rechtsbeschermingsrichtlijnen impliceert een meer indringende toets dan toetsing aan de vereisten van gelijkwaardigheid en effectiviteit. Nationale bepalingen die in strijd zijn met de Rechtsbeschermingsrichtlijnen moeten immers ingevolge de *Simmenthal*-benadering buiten toepassing worden gelaten. Bij toetsing van nationale bepalingen aan de vereisten van gelijkwaardigheid en effectiviteit geldt de mildere *procedurele rule of reason* toets, die in het voordeel van de nationale bepaling kan uitvallen.³⁷⁴

Een complicerende factor in dit verband is dat niet alle aanbestedende diensten tot de 'staat' kunnen worden gerekend.³⁷⁵ Deze aanbestedende diensten zijn 'particulieren'. In aanbestedingsgeschillen waarin de aanbestedende dienst een particulier is, kunnen nationale bepalingen die in strijd zijn met een van de Rechtsbeschermingsrichtlijnen niet buiten toepassing worden gelaten. Horizontale werking van richtlijnbevestigingen is immers uitgesloten.³⁷⁶ In dergelijke situaties kan een richtlijnconforme interpretatie mogelijk een oplossing bieden. Mocht de betrokken inschrijver ook dit niet baten, dan rest hem een vordering uit hoofde van lidstaataansprakelijkheid vanwege een gebrekkige implementatie van de toepasselijke Rechtsbeschermingsrichtlijn.

Het gelijkwaardigheidsbeginsel en het effectiviteitsbeginsel hebben in tegenstelling tot richtlijnbevestigingen wel horizontale werking.³⁷⁷ Nationale bepalingen die in strijd zijn met een van deze beginselen kunnen dus ook in

371 Vgl. HvJ EU 20 mei 2010, C-210/09 (Scott), r.o. 20 over art. 14 lid 3 van Verordening (EG) nr. 659/1999 (*PbEG* 1999, L 83/1) betreffende terugvordering van staatssteun.

372 Zie bijv. HvJ EG 12 december 2002, C-470/99 (Universale-Bau), r.o. 76.

373 HvJ EG 12 februari 2004, C-230/02 (Grossmann), r.o. 35-39; HvJ EG 18 juni 2002, C-92/00 (Hospital Ingenieure), r.o. 59; HvJ EG 12 december 2002, C-470/99 (Universale-Bau), r.o. 74.

374 Zie hiervoor § 2.8. Vgl. Pachnou 2000, p. 62.

375 Zie hiervoor § 3.2.5.4.

376 Zie hiervoor § 3.5.5.

377 Devroe 2007, p. 163-164.

aanbestedingsgeschillen waarin de aanbestedende dienst een particulier is, buiten toepassing worden gelaten. Dit is een vorm van objectieve rechtmatigheidstoetsing. Dat de vereisten van gelijkwaardigheid en effectiviteit in de Rechtsbeschermingsrichtlijnen liggen verankerd, zodat de nationale bepalingen in eerste instantie aan de Rechtsbeschermingsrichtlijnen zouden moeten worden getoetst, brengt hier geen verandering in. Het gelijkwaardigheidsbeginsel en het effectiviteitsbeginsel maken deel uit van het primaire Unierecht. Codificatie van die beginselen in de Rechtsbeschermingsrichtlijnen doet daar niet aan af. Wanneer nationale bepalingen vanwege het verbod op rechtstreekse werking in horizontale verhoudingen niet kunnen worden getoetst aan de in de Rechtsbeschermingsrichtlijnen verankerde vereisten van gelijkwaardigheid en effectiviteit, dan blijft rechtstreekse toetsing aan de Unierechtelijke beginselen mogelijk.³⁷⁸ Het HvJ geeft overigens in zijn jurisprudentie over de Rechtsbeschermingsrichtlijnen incidenteel toepassing aan het gelijkwaardigheidsbeginsel en het effectiviteitsbeginsel in plaats van aan de betrokken richtlijnbe-³⁷⁹

378 Vgl. HvJ EG 22 november 2005, C-144/04 (Mangold); HvJ EU 19 januari 2010, C-555/07 (Kücükdeveci), waarin directe werking werd toegekend aan algemene rechtsbeginselen die in richtlijnen zijn geconcretiseerd.

379 Zie bijv. HvJ EU 30 september 2010, C-314/09 (Strabag), r.o. 34.