

De rol van de decentrale overheden bij met EG-richtlijnen strijdige nationale wetgeving: enkele beschouwingen over driehoeksverhoudingen, rechtstreekse werking, richtlijnconforme interpretatie en het arrest Wells.

(verschenen in: *RegelMaat*, 2005/1, p. 23 – 34)

Mr. S.Belhaj, prof.dr.B.Hessel

1 Inleiding

Zoals bekend hebben de decentrale overheden op grond van het beginsel van gemeenschapsstrouw van artikel 10 EG een eigen rechtsplicht om het gemeenschapsrecht loyaal na te komen. Daarom kunnen zij voor de vraag komen te staan in hoeverre zij zelf het gemeenschapsrecht moeten toepassen in het geval dat de centrale wetgever tekortschiet bij het omzetten van richtlijnen. In deze bijdrage willen wij ingaan op de vraag hoe de decentrale overheden dienen te handelen wanneer de nationale wetgever EG-richtlijnen niet juist heeft omgezet en er sprake zou kunnen zijn van rechtstreekse werking van richtlijnbevestigingen.¹ In een recente zaak, het arrest Wells², heeft het Hof van Justitie namelijk meer duidelijkheid gegeven over een vraag die de rechters en de doctrine reeds lang bezighoudt: in hoeverre mogen of moeten rechtstreeks werkende richtlijnbevestigingen door rechter en administratie worden toegepast in driehoekssituaties? Het dilemma in dergelijke situaties is namelijk dat de rechtstreekse toepassing voor de ene burger een voordeel kan opleveren maar voor de andere een nadeel. Dit laatste zou dan op gespannen voet kunnen staan met de vaste rechtspraak van het Hof van Justitie dat niet juist omgezette richtlijnen niet tegen burgers mogen worden toegepast.

In het navolgende bespreken we eerst de verplichtingen die uit het gemeenschapsrecht voortvloeien voor decentrale overheden bij een onjuiste omzetting van richtlijnen (par. 2). Daarna gaan we in op de problematiek rond de meer-polaire rechtsrelaties (par. 3) en bezien we de in hoeverre het arrest Wells van het Hof van Justitie hier meer duidelijkheid biedt (par. 4). We sluiten deze bijdrage af met een conclusie (par. 5).

2 Onjuiste omzetting van richtlijnen en de verplichtingen voor decentrale overheden

Hoewel ten departemente wellicht de neiging bestaat met name de decentrale overheden te wantrouwen bij de implementatie van het gemeenschapsrecht, komt het ook regelmatig voor dat de nationale wetgever een steek laat vallen

¹ Over dit onderwerp heeft de ICER in januari 2003 een advies aan de regering uitgebracht, maar dat heeft een vertrouwelijk karakter. Deze bijdrage werd geschreven voordat het kabinet en marge in zijn standpunt over het ICER-advies 'De Europese dimensie van toezicht' op 7 juli 2004 (kamerstukken II 2003/04, 21109, nr. 138) de aanbevelingen van de ICER in haar advies 'Toepassing EG-richtlijnen door decentrale overheden' heeft overgenomen.

² HvJEG, arrest van 7 januari 2004, zaak C-201/02, Wells, n.n.g.

bij de omzetting van richtlijnen. Het meest bekende voorbeeld is natuurlijk de omzetting van de vogel- en habitatrichtlijn.

De tot voor kort in decentrale kring overheersende opvatting dat men bij de nakoming van het gemeenschapsrecht wel goed zit wanneer men de nationale wetgeving nakomt, verliest – terecht – dan ook snel terrein. Voor de goede orde: we moeten een onderscheid maken tussen het primair gemeenschapsrecht, zoals het EU-Verdrag en het EG-Verdrag, en het secundair gemeenschapsrecht dat bestaat uit verordeningen en richtlijnen. De bepalingen van het EG-Verdrag bijvoorbeeld over communautair toezicht op staatssteun, over de vier vrijheden en over het mededingingsrecht voor ondernemingen, liggen direct op het bord van de decentrale overheden zonder dat daar enige nationale omzettingswetgeving bij aan te pas behoeft te komen en dat geldt ook voor de EG-verordeningen.³ Een richtlijn daarentegen legt alleen verplichtingen op aan de lidstaat voor het te bereiken resultaat en moet door de nationale instanties worden omgezet om - met gekozen vorm en middelen - door te kunnen werken naar de burgers. Die 'nationale instanties' zijn in Nederland de centrale wetgevers (formele wetgever en regering).

In zijn rechtspraak heeft het Hof een aantal strenge eisen gesteld waaraan de lidstaat moet voldoen bij een juiste omzetting van richtlijnen. De omzetting moet plaats vinden (1) binnen de in de richtlijn genoemde omzettingstermijn⁴; (2) via dwingende nationale maatregelen⁵; (3) op inhoudelijk juiste wijze en (4) voor het gehele grondgebied van de lidstaat.⁶ Deze strenge eisen en met name de laatste hebben er toe geleid dat in Nederland de centrale wetgevers de omzetting van richtlijnen aan zich hebben getrokken en de rol van de decentrale overheden bij omzetting nihil is. Deze overheden zijn daarentegen sterk betrokken bij de concrete toepassing en handhaving van richtlijnen. Denk aan de milieueffectrapportage, aan milieuvergunningen, aan openbare aanbesteding et cetera.

Indien de nationale wetgever de richtlijn niet op tijd, met de verkeerde rechtsinstrumenten of inhoudelijk niet juist heeft omgezet, krijgen we te maken met mogelijke richtlijnconforme interpretatie of rechtstreekse werking van richtlijnbevestigingen.

2.1 rechtstreekse werking

In eerste instantie is het de nationale rechter die met de mogelijke rechtstreekse werking van primair of secundair gemeenschapsrecht te maken krijgt. Rechtstreekse werking houdt in dat een benadeelde zich tot de

³ Dat deze Europese regels direct 'op het bord' van de decentrale overheden liggen zonder dat de centrale wetgever er aan te pas komt, wil nog niet zeggen dat al deze regels ook rechtstreekse werking hebben, quod non. Het maakt alleen duidelijk dat er veel Europese regels zijn waarbij vertrouwen op de centrale wetgever totaal niet aan de orde kan zijn.

⁴ Zie bijvoorbeeld zaak 101/84, Commissie tegen Italië, *Jur.* 1986, p. I-2629 en meer recent zaak C-177/01, Commissie tegen Frankrijk, *Jur.* 2002, I-5137. Zoals bekend, is het Nederland nog steeds niet gelukt alle geldende richtlijnen op tijd om te zetten. Zie ook kamerstukken II 2003/04, 21109, nr. 103 waaruit blijkt dat Nederland op 31 maart 2004 een implementatieachterstand heeft van 65 richtlijnen.

⁵ Bij de omzetting van de Habitatrichtlijn heeft dit tot problemen geleid voorzover bij de gebiedsbescherming gebruik is gemaakt van Pkb's en overeenkomsten met agrariërs.

⁶ Zie bijvoorbeeld de gevoegde zaken 227 t/m 230/85, Commissie tegen België, *Jur.* 1988, p. 1 en zaak 361/88, TALuft, *Jur.* 1991, p. I-2567.

nationale rechter kan wenden om nakoming van het gemeenschapsrecht door de betrokken centrale of decentrale overheid af te dwingen.⁷ Wil dit het geval zijn, dan dienen de desbetreffende communautaire rechtsnormen rechtstreeks te werken in die zin dat zij zich naar hun aard lenen voor de toepassing van rechtstreekse werking. Naar vaste jurisprudentie heeft een bepaling rechtstreekse werking, indien zij duidelijk en onvoorwaardelijk is. Verordeningen hebben naar hun aard en functie rechtstreekse werking en uit de rechtspraak van het Hof van Justitie blijkt dat ook diverse bepalingen uit het EG-Verdrag rechtstreekse werking hebben, zoals de vier vrijheden en de stand-still- bepaling bij staatssteun (artikel 88, lid 3 EG). Voor de mogelijke rechtstreekse werking van richtlijnbevestigingen moeten we ook te rade gaan bij de rechtspraak van het Hof. Daaruit blijkt dat de decentrale overheden ook te maken kunnen krijgen met de rechtstreekse werking van richtlijnbevestigingen. In het Costanzo-arrest⁸ heeft het Hof namelijk bepaald dat niet alleen de rechter maar ook de decentrale overheid op grond van het beginsel van gemeenschapstrouw, onder nadere voorwaarden, verplicht is zelf rechtstreeks werkende richtlijnbevestigingen toe te passen en de onjuiste omzettingwet buiten toepassing moet laten. Die voorwaarden zijn dat (1) de omzettingstermijn van de richtlijn is verstreken en (2) de betreffende richtlijnbevestiging duidelijk en onvoorwaardelijk is. Met dit arrest heeft het Hof een logische 'snelkoppeling' gemaakt naar de decentrale overheden: de benadeelde burger behoeft niet meer eerst naar de rechter te stappen die het besluit van de decentrale overheid vernietigt als het in strijd is met een rechtstreeks werkende richtlijnbevestiging, maar deze kan direct van de decentrale overheid verlangen dat zij die richtlijnbevestiging toepast.

In de zaak Costanzo had de gemeente Milaan bij de opdracht voor de bouw van een voetbalstadion de Italiaanse omzettingwet toegepast die uitvoering gaf aan de toenmalige Richtlijn 71/305 inzake aanbesteding van werken.⁹ Artikel 29, lid 5 van die richtlijn schreef voor dat de aanbestedende dienst in geval van een duidelijk abnormaal lage inschrijving verplicht is de samenstelling daarvan te onderzoeken, de inschrijver te verzoeken de nodige motiveringen te verstrekken en hem te laten weten welke onaanvaardbaar worden geacht. De Italiaanse omzettingwet bevatte daarentegen een automatische niet-gemotiveerde afwijzing van aanbestedingen die een bepaald percentage lager waren dan het gemiddelde percentage waarmee de toegelaten inschrijvingen van het referentiebedrag afwijken. Door de toepassing van de nationale omzettingwet vielen de gebroeders Costanzo buiten de boot en verkreeg Lodigiani de opdracht. Het Hof besliste echter dat de gemeente Milaan daarmee handelde in strijd met het rechtstreeks werkende artikel 29, lid 5 en dat zij die bepaling zelf had moeten toepassen.

In dit soort gevallen van rechtstreekse toepassing moet de decentrale overheid de nationale omzettingwet dus buiten toepassing laten en zelf de Europese richtlijnbevestiging toepassen.¹⁰ De uitkomst van deze rechtstreekse

⁷ In de sfeer van het mededingingsrecht, de artikelen 81 en 82 EG, leidt rechtstreekse werking uiteraard tot nakoming door de betrokken onderneming(en). Voorzover decentrale overheden ook onderneming zijn in de zin van het mededingingsrecht kunnen zij ook te maken krijgen met de rechtstreekse werking van deze bepalingen.

⁸ Zaak 103/88, Costanzo, *Jur.* 1989, p. 1839.

⁹ *Pb.* 1971, L 185/6.

¹⁰ Zie ook zaak 8/81, Becker, *Jur.* 1982, p. I-53.

werking zou er in casu toe hebben kunnen leiden dat niet Lodigiani maar Constanzo de opdracht had verkregen. Het probleem dat Lodigiani op zijn beurt dan buiten de boot valt komt hierna aan de orde (par. 3).

2.2 richtlijnconforme interpretatie

De niet correcte nationale omzettingwet wordt minder geweld aangedaan wanneer de decentrale overheid haar toevlucht kan nemen tot richtlijnconforme interpretatie. In dat geval wordt de spanning tussen het gemeenschapsrecht en het nationale recht niet opgelost door het nationale recht buiten toepassing te laten, maar door aan het nationale recht een richtlijnconforme interpretatie te geven.

Die mogelijkheid doet zich uiteraard alleen voor wanneer er tussen de richtlijn en de nationale wet niet te veel licht schijnt en de wettelijke bepaling zo kan worden gelezen dat zij overeenkomt met de richtlijn. Wanneer bijvoorbeeld in de vogelrichtlijn (artikel 9, eerste lid) de mogelijkheid wordt gegeven om van de beschermingsmaatregelen voor vogels af te wijken door het wegnemen van nesten indien er geen andere bevredigende oplossing bestaat en wel ter voorkoming van belangrijke schade, kan de Nederlandse Vogelwet (artikel 10) richtlijnconform geïnterpreteerd worden waar deze de mogelijkheid kent een vergunning voor het wegnemen van nesten te krijgen wanneer beschermde vogels schade toebrengen. Bij de vergunningaanvraag en -verlening moet dan wel bezien worden dat er sprake is van *belangrijke* schade en een andere bevredigende oplossing ontbreekt.¹¹

In de rechtspraak van het Hof van Justitie ontbreekt tot nu toe voor de richtlijnconforme interpretatie een pendant van het Costanzo arrest, waarin het Hof een soortgelijke expliciete snelkoppeling naar de decentrale overheden maakt. Met Prechal¹² en Van de Gronden,¹³ zijn wij echter van oordeel dat uit het arrest Von Colson en Kamann volgt dat ook decentrale overheden zelf tot richtlijnconforme interpretatie moeten overgaan.¹⁴ In dat arrest heeft het Hof immers bepaald dat de plicht tot richtlijnconforme interpretatie niet alleen een taak is voor de rechter maar voor alle met overheidsgezag beklede instanties in de lidstaten geldt.¹⁵ Overigens vinden we in de milieurechtjurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak een dergelijk standpunt ook terug.¹⁶ Een ander standpunt zou bovendien de omslachtige consequentie hebben dat belanghebbenden eerst via de rechter een uitspraak van de decentrale overheid moet laten vernietigen omdat zij ten onrechte geen richtlijnconforme interpretatie heeft toegepast, waarna die overheid dat als nog moet doen.

2.3 een volgorde tussen richtlijnconforme interpretatie en rechtstreekse werking?

¹¹ Zie ARRvS 2 december 1991, ARB 1992, nr.475.

¹² S.Prechal, Directives in European Community Law, Oxford 1995, p.205.

¹³ J.W. van de Gronden, De implementatie van het EG-milieurecht door Nederlandse decentrale overheden (diss.), Kluwer, Deventer 1998, p. 212.

¹⁴ Zaak 14/83, Von Colson en Kamann, *Jur.* 1984, p. 1891. Zie ook zaak C-144/93, Pfanni Werke Otto Eckart, *Jur.* 1994, p. I-4605.

¹⁵ Zie voorts B.Hessel, K.J.M.Mortelmans, Het recht van de Europese Gemeenschappen en de decentrale overheden in Nederland, Deventer 1997, p.120.

¹⁶ Zie bv ABRvS 20 april 1994 AB 1994, nr. 679, m.nt. Drupsteen; ABRvS 25 april 1994, AB 1994, nr.399, m.nt. Drupsteen.

Na het voorafgaande dringt zich de vraag op of er een bepaalde volgorde bestaat tussen richtlijnconforme interpretatie en rechtstreekse werking van richtlijnen. Dient een bevoegde autoriteit, in ons geval een decentrale overheid, eerst te bezien of richtlijnconforme interpretatie mogelijk is alvorens zij overgaat tot toepassing van rechtstreeks werkende richtlijnbevestigingen? De rechtspraak van het Hof is op dat punt niet geheel eenduidig. Alhoewel het Hof nu eens een voorkeur lijkt te hebben voor richtlijnconforme interpretatie boven rechtstreekse werking,¹⁷ komt het in andere uitspraken pas toe aan richtlijnconforme interpretatie nadat is vastgesteld dat er geen sprake was van rechtstreekse werkende richtlijnbevestigingen.¹⁸ Dat het Hof zich als rechter kennelijk niet op voorhand wil binden aan een bepaalde benadering is begrijpelijk, maar ten aanzien van de decentrale overheden neigen wij er toch naar te adviseren om voorrang te geven aan de richtlijnconforme interpretatie boven de toepassing van rechtstreeks werkende richtlijnbevestigingen. Wanneer decentrale overheden richtlijnconform interpreteren, wordt het nationale recht niet buiten toepassing gelaten maar wordt dit recht uitgelegd naar het doel en de bewoordingen van de richtlijn. Met onder meer Prechal en Widdershoven zijn wij het eens dat het instrument minder ingrijpend is ten opzichte van de nationale wetgever, meer rekening houdt met de subsidiariteitsgedachte en een verzoenend effect heeft.¹⁹ Ook de Afdeling bestuursrechtspraak lijkt in meerdere zaken een voorkeur uit te spreken voor richtlijnconforme interpretatie. In de zaak Buitengebied Texel²⁰ bijvoorbeeld heeft de Afdeling uitdrukkelijk overwogen, dat alvorens zij toekomt aan de vraag of een richtlijnbevestiging rechtstreekse werking heeft, moet worden nagegaan of het van toepassing zijnde nationale recht richtlijnconform kan worden geïnterpreteerd. Ook in een meer recente uitspraak van de Afdeling komt deze voorkeur naar voren. In deze zaak betreffende de IPPC-richtlijn overweegt de Afdeling dat alvorens zij toekomt aan de vraag of er in het onderhavige geval rechtstreeks een beroep kan worden gedaan op artikel 9, vierde lid, IPPC-richtlijn, moet worden nagegaan of het van toepassing zijnde recht richtlijnconform kan worden geïnterpreteerd.²¹ Overigens is er in de literatuur ook gewezen op de problemen die voort kunnen vloeien uit de toepassing van richtlijnconforme interpretatie. Lauwaars²² wijst met name op het feit dat de nationale rechter het nationale recht herformuleert in het licht van het Gemeenschapsrecht. Enerzijds neemt de nationale rechter daarmee de plaats van de wetgever in en anderzijds heft de richtlijnconforme interpretatie de incorrecte implementatie niet op. Hoe groter het verschil tussen nationale en Europese regelgeving hoe moeilijker het wordt om tot conforme uitleg over te gaan.

Het zou te ver voeren hier nog uitgebreider in te gaan op de aspecten van richtlijnconforme interpretatie. Als aanloop tot het arrest Wells beperken wij ons verder tot de problematiek van de rechtstreekse werking.

¹⁷ Zaak 222/84, Johnston, *Jur.* 1986, p. 1651.

¹⁸ Zie onder meer zaak C-14/83, Von Colson en Kamann, *Jur.* 1984, p. I-1891.

¹⁹ Zie ook J.H. Jans, R. de Lange, S. Prechal en R.J.G.M. Widdershoven, *Inleiding tot het Europees Bestuursrecht*, tweede druk, Nijmegen 2002., p. 145.

²⁰ ABRvS van 31 maart 2000, Buitengebied Texel, AB 2000, 303.

²¹ ABRvS van 7 april 2004, zaaknummer 200206430/1, n.n.g.

²² R.H. Lauwaars, 'De Afdeling Bestuursrechtspraak', in: *Europese milieurechtspraak*, Publikaties van de Vereniging voor Mileurecht 1996-2, p. 5-10.

2.4 beperkingen bij rechtstreekse werking

Uit het Costanzo-arrest blijkt dat decentrale overheden onder omstandigheden verplicht kunnen zijn om rechtstreeks werkende richtlijnbeperkingen toe te passen. In dat geval beriep een burger zich tegen de overheid op een richtlijn die voor hem een voordeel opleverde. Deze vorm van *verticale rechtstreekse werking* levert in beginsel geen problemen op omdat de burger die zich op de richtlijn beroept daar voordeel bij heeft. Daarnaast heeft het Hof in diverse arresten een aantal belangrijke beperkingen gesteld aan de rechtstreekse werking van richtlijnbeperkingen, die verklaard kunnen worden uit het karakter van de richtlijn.

In de eerste plaats sluit het Hof zogenaamde *omgekeerde verticale werking* uit. Dit betekent dat de overheid zich tegenover een burger niet kan beroepen op een onjuist omgezette richtlijnbeperking. Een richtlijn legt alleen verplichtingen op aan de lidstaat en wanneer de overheid bij de omzetting – die de doorwerking naar de burgers moet realiseren – fouten maakt, kan zij de burger de verplichtingen van de richtlijn niet opleggen.²³ In de rechtsrelatie tussen een particulier en een overheidsorgaan mag de particulier zich dus wel en het overheidsorgaan zich niet beroepen op de rechtstreekse werking van een richtlijnbeperking²⁴.

De zaak Arcaro²⁵ heeft betrekking op richtlijn 76/464 betreffende de verontreiniging veroorzaakt door bepaalde gevaarlijke stoffen die in het aquatisch milieu van de Gemeenschap worden geloosd.²⁶ In de strafzaak tegen Arcaro deed de Italiaanse overheid een beroep op artikel 3 van de richtlijn dat bij lozing door Arcaro zou zijn overtreden. De betrokken richtlijn was echter niet binnen de gestelde termijn volledig omgezet en haar toepassing zou bezwarend zijn voor Arcaro. Het Hof besliste in deze zaak dat in dit geval niet hoeft te worden onderzocht of artikel 3 onvoorwaardelijk en voldoende nauwkeurig is omdat “ de mogelijkheid om voor de nationale rechter een beroep te doen op de onvoorwaardelijke en voldoende nauwkeurige bepaling van een niet-omgezette richtlijn slechts bestaat voor particulieren ten aanzien van ‘elke Lid-Staat waarvoor zij bestemd is’. Hieruit volgt dat een richtlijn uit zichzelf geen verplichtingen aan particulieren kan opleggen en dat een bepaling van een richtlijn niet als zodanig tegenover een particulier kan worden ingeroepen (...).”²⁷

Uit de zaak Kolpinghuis bleek dat de nationale rechter een verordening van de gemeente Nijmegen richtlijnconform moest interpreteren maar dat het niet mogelijk was de strafrechtelijke aansprakelijkheid jegens de burgers uit te breiden. Dat zou in strijd zijn met de algemene rechtsbeginselen die deel uitmaken van het gemeenschapsrecht, met name het rechtszekerheidsbeginsel en het verbod van terugwerkende kracht.²⁸

²³ Zie zaak 152/84, Marshall I, *Jur.* 1986, p. 723; zaak 80/86, Kolpinghuis, *Jur.* 1987, p. 3969; zaak C-168/95, Arcaro, *Jur.* 1996, p. I-4705.

²⁴ Zie ook Van de Gronden, t.a.p., p. 222.

²⁵ Zaak C-168/95, Arcaro, *Jur.* 1996, p. I-4705.

²⁶ *PbEG* 1976, L 129/23.

²⁷ Zaak Arcaro, r.o. 36.

²⁸ Zaak 80/86, Kolpinghuis, *Jur.* 1987, p. 3969. Zie ook Hessel, Mortelmans, t.a.p., p. 119.

In de tweede plaats is zogenaamde *horizontale rechtstreekse werking* van de richtlijn niet mogelijk wanneer deze onjuist is omgezet.²⁹ Dat betekent dat de ene burger zich niet ten nadele van een andere burger op de richtlijn kan beroepen.³⁰

In het arrest Dori maakt het Hof duidelijk dat een dergelijke horizontale werking zich niet verdraagt met het karakter van de richtlijn: "Zou deze rechtspraak [het Hof doelt op de arresten Costanzo en Becker B. en H.] worden uitgebreid tot de betrekkingen tussen particulieren, dan zou dit er op neerkomen, dat aan de Gemeenschap de bevoegdheid wordt toegekend met onmiddellijke werking de particulieren verplichtingen op te leggen, terwijl zij dit alleen kan wanneer haar de bevoegdheid is toegekend om verordeningen vast te stellen."³¹

3 Problemen rond driehoekssituaties

Tot zo ver lijkt het duidelijk hoe decentrale overheden met rechtstreeks werkende richtlijnbevestigingen moeten omgaan. Zolang een richtlijnbevestiging uitsluitend rechten aan burgers toekent, dient de decentrale overheid deze bevestiging toe te passen. Dat kan op verzoek zijn van een appellant (denk aan Costanzo, die naar de rechter stapt) maar door de 'snelkoppeling' van het gelijknamige arrest zal het duidelijk zijn dat een dergelijke rechterlijke stap niet nodig is en de decentrale overheid uit zichzelf en dus ambtshalve de richtlijnbevestiging moet toepassen. Wanneer een richtlijnbevestiging uitsluitend plichten oplegt aan burgers, mag de decentrale overheid deze niet toepassen (verbod van omgekeerde verticale werking).

In de praktijk doet zich nu het probleem voor dat de toepassing van een richtlijnbevestiging in vele gevallen voordelen voor de ene burger kan opleveren en tegelijkertijd nadelen voor een ander. Bij veel rechtsrelaties bijvoorbeeld op het terrein van het milieurecht heeft de decentrale overheid in de regel niet alleen met een direct belanghebbende te maken – zoals de aanvrager van een vergunning – maar ook met vele andere betrokkenen zoals omwonenden en milieuactiegroepen die als derde-belanghebbenden moeten worden aangemerkt. In dergelijke driehoekssituaties staan de decentrale overheden voor de vraag welke lijn zij moeten volgen: de verplichting om rechtstreeks werkende bevestigingen toe te passen in de lijn van het Costanzo-arrest of het verbod van omgekeerde verticale werking dat we tegenkomen in het Arcaro-arrest?

Het antwoord op die vraag wordt er niet gemakkelijker op wanneer we bedenken dat er in het genoemde Costanzo-arrest ook al sprake is van een driehoekssituatie. Naast de gebroeders Costanzo die door de rechtstreekse toepassing van de richtlijn worden bevoordeeld hebben we immers ook te maken met de aannemer die de opdracht van de gemeente Milaan had gekregen, namelijk het consortium Lodigiani. Dat deze Lodigiani nadeel ondervindt van de verticale rechtstreekse werking is voor het Hof geen reden hier van af te zien. We hebben bij Costanzo dus niet te maken met een

²⁹ Zie zaak 152/84, Marshall I, Jur. 1986, p. 723; zaak C-91/91, Dori, Jur. 1994, p. I-3325; zaak 192/94, El Corte Inglés, Jur. 1996, p. I-1015.

³⁰ Zie ook Van de Gronden, t.a.p., p.223.

³¹ Zaak Dori, r.o. 24.

onversneden verticale rechtstreekse werking maar een met een *indirect horizontaal effect*: door het beroep van Costanzo wordt Lodigiani benadeeld. Ook uit enkele andere arresten van het Hof blijkt dat een dergelijk indirect horizontaal effect geen reden is om van de verticale rechtstreekse werking af te zien.³²

De vraag waar de decentrale overheden in driehoekssituaties dan voor komen te staan is waar de grens ligt tussen verplichte verticale rechtstreekse werking al dan niet met een indirect horizontaal effect en verboden omgekeerde rechtstreekse werking en directe horizontale werking.

Dat dit geen eenvoudige vraag is laat zich illustreren door het feit dat de Afdeling bestuursrechtspraak hier ook mee worstelt – of heeft geworsteld – en ons daarmee heeft opgezadeld met een onwerkbaar benadering.

3.1 De worsteling van de Afdeling bestuursrechtspraak

Hoewel het er aanvankelijk naar uitzag dat de Afdeling bestuursrechtspraak en haar voorgangers in de lijn van het Costanzo-arrest ruimte laten voor indirecte horizontale werking³³ – en daarmee een handvat bieden aan de decentrale overheden - komt de Afdeling op 23 oktober 2002 met twee uitspraken die de decentrale overheden in volledige onzekerheid storten en terecht door Verschuuren als onwerkbaar voor de praktijk zijn aangemerkt.³⁴

a. tijdelijke lozingsvergunning Moerdijk³⁵

De eerste uitspraak heeft betrekking op het afgeven van een tijdelijke vergunning voor het lozen van afvalwater bij Moerdijk. Het Hoogheemraadschap West-Brabant gaf deze tijdelijke vergunning af onder rechtstreekse toepassing van artikel 3, lid 4 van richtlijn 76/464, betreffende de verontreiniging veroorzaakt door bepaalde gevaarlijke stoffen die in het aquatisch milieu van de Gemeenschap worden geloosd. Deze richtlijn was niet omgezet in de Wet milieubeheer, waardoor de in de richtlijn opgenomen mogelijkheid tot het verlenen van een tijdelijke vergunning voor de lozing van zwarte-lijststoffen niet in de nationale wet werd opgenomen. De ontvanger heeft bezwaar tegen de tijdelijkheid van de vergunning en wendt zich tot de bestuursrechter. Na geconstateerd te hebben dat richtlijnconforme interpretatie niet mogelijk is, beziet de Afdeling de mogelijkheid van rechtstreekse toepassing. Onder verwijzing naar het arrest Arcaro acht de Afdeling de verlening van een tijdelijke vergunning door het Hoogheemraadschap in strijd met het verbod van omgekeerde verticale werking. Daarbij overweegt de Afdeling: "Omdat in het onderhavige geval niet door een particulier beroep is gedaan op de richtlijnbevestiging kan van rechtstreekse werking geen sprake zijn en kon de voor appellante bezwarende handeling niet door verweerder jegens haar worden ingeroepen". Met andere woorden: de decentrale overheid mag een rechtstreeks werkende

³² Zie bijv. zaak C-435/97, WWF e.a., *Jur.* p. I-5613 en zaak C-201/94, Smith & Nephew en Primecrown, *Jur.* p. I-5819.

³³ Zie bijvoorbeeld AGvB, 29 november 1991, M en R, p. 472; ABRvS, 7 augustus 1997, M en R jurisprudentie 1997, nr. 125 en ABRvS, 11 juli 2001, nr. 200004042/1.

³⁴ J.M. Verschuuren, Afdeling bestuursrechtspraak worstelt met rechtstreekse werking EG-richtlijnen, NTER, maart 2003, p. 75-77.

³⁵ ABRvS 22 oktober 2002, AB 2002, 417 (m.nt.ChB).

richtlijnbe­paling niet ten nadele van een particulier toepassen en het Hoogheemraadschap had een niet-tijdelijke vergunning moeten geven. Dit is volgens de Afdeling alleen anders indien particulieren zich beroepen op de rechtstreekse werking. Dan moet het bevoegd gezag de richtlijnbe­paling rechtstreeks toepassen. Dit blijkt uit de tweede zaak van dezelfde datum.

b. niet-tijdelijke lozingsvergunning Muiden³⁶

De tweede uitspraak heeft betrekking op het afgeven van een niet-tijdelijke vergunning voor het lozen van afvalwater bij Muiden. Het hoogheemraadschap Amstel, Gooi en Vecht past hierbij de nationale wetgeving toe zonder rekening te houden met richtlijn 76/464. Hier komt een derdebelanghebbende tegen in beroep met een appel op artikel 3, lid 4 van de richtlijn. De Afdeling is nu van oordeel dat de richtlijnbe­paling “in het onderhavige geval rechtstreekse werking heeft” en vernietigt om die reden het besluit tot verlening van de niet-tijdelijke vergunning. Het Hoogheemraadschap had hier dus een tijdelijke vergunning moeten geven.

Met deze twee uitspraken brengt de Afdeling bestuursrechtspraak decentrale overheden in een onmogelijke positie. Zolang er door een derdebelanghebbende nog geen beroep is gedaan op de richtlijnbe­paling, wordt de overheid kennelijk gedwongen om een met die richtlijn strijdige niet-tijdelijke vergunning af te geven voor onbepaalde tijd. Wanneer een derdebelanghebbende burger of milieugroep zich vervolgens tegen die vergunning beroept op artikel 3, lid 4 van de richtlijn – en daar dus voordeel van heeft –, moet de decentrale overheid die richtlijnbe­paling wel rechtstreeks toepassen. De vergunning voor onbepaalde tijd moet dan weer worden vervangen door een tijdelijke vergunning.

Afgezien van het feit dat de decentrale overheden met een dergelijke benadering permanent in een Catch-22 situatie zitten, kan het natuurlijk nooit zo zijn dat hun houding ten opzichte van Europese richtlijnen wordt bepaald door de vraag of er al of niet door een burger beroep wordt gedaan op die richtlijn.

De kritiek van Verschuuren is dan ook terecht wanneer hij stelt dat in zaken als deze het bevoegde gezag mede in het licht van artikel 10 EG rechtstreeks werkende richtlijnbe­palingen moet toepassen bij de uitoefening van wettelijke bevoegdheden en dat het er daarbij niet toe doet of een derde een beroep doet op een rechtstreeks werkende richtlijnbe­paling. “De overheid moet bij het uitoefenen van bevoegdheden die (mede) worden bepaald door een niet of niet juist omgezette EG-richtlijn, en die betrekking hebben op de afweging van belangen van derden (anderen dan de aanvrager van de vergunning of de initiatiefnemer van een project) deze richtlijn hanteren, hetzij door richtlijnconforme interpretatie, hetzij door rechtstreekse toepassing.”³⁷

Dit betekent dat het Hoogheemraadschap in de zaak Moerdijk terecht een tijdelijke vergunning heeft afgegeven en dat de Afdeling dat besluit ten onrechte heeft vernietigd. Dat betekent voorts voor de zaak Muiden dat het Hoogheemraadschap op voorhand al een tijdelijke vergunning had moeten afgeven los van de vraag of er een appelland op het tapijt verschijnt.

³⁶ ABRvS 22 oktober 2002, AB 2002, 418 (m.nt. ChB).

³⁷ Verschuuren, t.a.p., p. 77.

3.2 Waardoor wordt het nadeel veroorzaakt?

Dat de Afdeling tot een andere, aanvechtbare oplossing komt, kan nu verklaard worden uit het feit dat zij ten onrechte geen onderscheid maakt tussen gevallen als in het Arcaro-arrest, waarin er sprake is van een nadeel voor een burger dat voortvloeit uit de richtlijn, en de voorliggende casusposities. In die zaken legt de richtlijn geen verplichtingen op aan de particulier maar aan het bevoegde gezag, of zoals Verschuuren het verwoordt: “Immers, het nadelige effect van de tijdelijkheid van de vergunning (in de onderhavige casus) vloeit niet uit de richtlijn zelf voort, maar uit de op basis van het nationale recht door het nationale bevoegde gezag verleende vergunning.”³⁸ Daarmee is overigens niet gezegd dat de burger dat nadeel ook zonder meer moet dragen. Zoals bekend, kunnen (decentrale) overheden onder nadere omstandigheden financieel aansprakelijk gesteld worden voor hun inbreuken op het gemeenschapsrecht wanneer burgers daardoor schade lijden.³⁹ We komen daar met het Hof nog op terug (par.4.2.2).

Overigens is het niet de eerste keer dat dit verschil in de literatuur wordt benadrukt. Zo heeft Van de Gronden in zijn reeds genoemde dissertatie hier al op gewezen aan de hand van een vergelijking tussen de arresten Costanzo en Busseni.⁴⁰ Een van de verschillen die uit deze vergelijking naar voren kwam had betrekking op de vraag op welke wijze de nadelige gevolgen van rechtstreekse werking voor particulieren ontstaan. In Costanzo diende de gemeente Milaan eerst een toepassingsbesluit te nemen voordat duidelijk werd wie de opdracht kreeg. De nadelige gevolgen ontstaan daardoor niet alleen uit de richtlijn zelf, maar ook door middel van dit besluit. In de zaak Busseni waren de nadelige gevolgen alleen uit een met een richtlijn gelijk te stellen Aanbeveling op basis van het EGKS-Verdrag ontstaan, zonder enig nationaal toepassingsbesluit van een overheidsorgaan.⁴¹ “Indien de verplichtingen en nadelige gevolgen voor particulieren dus pas ontstaan nadat een overheidsinstantie een toepassingsbesluit heeft genomen, dan zou die instantie de rechtstreeks werkende richtlijn bepaling mogen en zelfs moeten toepassen”.⁴²

3.3. het blijft worstelen voor de decentrale overheden

Het zou van gebrek aan realiteitsbesef getuigen wanneer we zouden veronderstellen dat met de kritiek vanuit de wetenschap op de uitspraken van de Afdeling rechtspraak de onduidelijkheid voor decentrale overheden zou zijn verdwenen. Gegeven deze rechtspraak ligt het voor de hand dat decentrale overheden in grote twijfel blijven verkeren over de vraag of en in hoeverre een indirect horizontaal effect bij rechtstreekse verticale werking moet worden geaccepteerd dan wel een belemmering vormt voor toepassing van die richtlijn. Het is dan ook zeer goed voorstelbaar dat decentrale overheden altijd van verticale rechtstreekse toepassing zullen afzien wanneer

³⁸ Verschuuren, t.a.p., p.76/77.

³⁹ Zie zaak C-302/97, Konle, *Jur.* 1999, p. I-3099.

⁴⁰ Van de Gronden, t.a.p., p. 227/228.

⁴¹ Zaak C-221/88, Busseni, *Jur.* 1990, p. I-495. De Aanbeveling van de EGKS gaf die Gemeenschap een preferentie bij schuldvordering maar die was niet in de Italiaanse wetgeving opgenomen. Toen Busseni failliet ging beriep de EGKS zich te vergeefs op deze preferentie.

⁴² Van de Gronden, t.a.p., p. 228.

er naast een burger die daar voordeel van heeft ook burgers zijn die daar nadeel van ondervinden. Dat zou de betekenis van het Costanzo-arrest in de praktijk tot nul reduceren en er toe leiden dat de decentrale overheden hun verplichtingen op grond van het beginsel van gemeenschapstrouw niet nakomen.

Het is dan ook goed dat het Hof van Justitie begin dit jaar een arrest heeft gewezen dat op dit punt meer duidelijkheid geeft en waardoor de kritiek vanuit de wetenschap op de benadering van de Afdeling wordt versterkt.

4. Meer duidelijkheid door arrest Wells

4.1 Inhoud zaak Wells

In 1947 was bij Interim Development Order krachtens de Engelse Wet op de planning van stads-en plattelandsonwikkeling van 1947 een old mining permission verleend voor een steengroeve. Langs deze steengroeve is het huis van Wells gelegen. Van de zone van de steengroeve zijn met het oog op natuur- en milieubeleid grote delen beschermd. Na lang in onbruik te zijn geweest, verzochten de eigenaren van de steengroeve de bevoegde Mineral Planning Authority (MPA) om registratie van hun old mining permission, die zij ook kregen. De MPA en later de Secretary of State hebben zich daarbij niet afgevraagd of overeenkomstig richtlijn 85/337 een milieueffectbeoordeling moest worden verricht.⁴³ Wells heeft daarop als derde belanghebbende de Secretary of State verzocht om passende exploitatiemaatregelen te nemen teneinde het verzuim van een milieueffectbeoordeling te herstellen. Na afwijzing van het verzoek door de Secretary of State om de vergunning aan te passen of in te trekken wendde Wells zich tot de High Court of Justice die in beroep vijf prejudiciële vragen stelde waaronder de volgende twee:

“4) Kunnen particulieren (i) zich verzetten tegen het verzuim van de staat om een milieueffectbeoordeling op te leggen of (ii) kunnen zij dat niet op grond van de beperkingen die het Hof heeft aangebracht in de leer van de rechtstreekse werking, bijvoorbeeld met betrekking tot de horizontale rechtstreekse werking of het opleggen van lasten of verplichtingen aan particulieren door een overheidsorgaan?

5) Indien de vierde vraag, sub ii, bevestigend wordt beantwoord, wat zijn dan de grenzen van een dergelijk verbod op de rechtstreekse werking in de onderhavige omstandigheden en welke maatregelen kan het Verenigd Koninkrijk van Groot-Brittannië en Noord-Ierland in overeenstemming met richtlijn [85/337] treffen?”⁴⁴

Bij de beantwoording van deze vragen herinnert het Hof er aan dat het rechtszekerheidsbeginsel zich ertegen verzet dat richtlijnen particulieren verplichtingen opleggen. Ten aanzien van particulieren kunnen bepalingen slechts rechten in het leven roepen. “Bijgevolg kan een particulier zich ten aanzien van een lidstaat niet op een richtlijn beroepen wanneer het gaat om een verplichting van de Staat, die rechtstreeks verbonden is met de uitvoering van een andere, krachtens deze richtlijn op een derde rustende verplichting.”⁴⁵ Het Hof verwijst hier onder andere naar het arrest Bussen.

⁴³ Richtlijn 85/337 betreffende de milieu-effectbeoordeling van bepaalde openbare en particuliere projecten, *PbEG* 1985, L175/40.

⁴⁴ Zaak Wells, r.o. 32.

⁴⁵ Zaak Wells, r.o. 56.

Vervolgens lezen we: “Louter negatieve gevolgen voor de rechten van derden zijn evenwel, zelfs wanneer zij vaststaan, geen rechtvaardiging om een particulier het recht te ontzeggen zich ten aanzien van de betrokken lidstaat te beroepen op de bepalingen van een richtlijn.”⁴⁶ Hier noemt het Hof onder meer het Costanzo-arrest.

Ten aanzien van de in het geding zijnde verplichting voor de lidstaat om de exploitatie van de steengroeve aan een milieueffectbeoordeling te onderwerpen beslist het Hof dat deze “niet rechtstreeks [is] verbonden met de uitvoering van een verplichting die krachtens richtlijn 85/337 op de eigenaren van de steengroeve rust. Dat de mijnexploitatie moet worden stopgezet in afwachting van de resultaten van de beoordeling, is weliswaar het gevolg van de laattijdige uitvoering van de verplichtingen van de betrokken staat, maar dit kan niet (...) worden beschouwd als een inverse direct effect ten aanzien van die eigenaren.”⁴⁷ In deze omstandigheden kan een particulier zich in voorkomend geval dan ook beroepen op artikel 2, lid 1, van richtlijn 85/337.

4.2 *Consquenties van het arrest Wells*

4.2.1 *Oorzaak nadelige gevolgen*

In de hierboven uiteengezette zaak wordt door het Hof duidelijk gewezen op de verschillende oorzaken waaruit het nadeel voor de particulier kan voortvloeien. Indien het nadeel rechtstreeks verbonden is met de richtlijn kan een particulier zich niet beroepen op de rechtstreekse werking hiervan ten nadele van een derde (geen indirecte horizontale werking). Het Hof verwijst hierbij naar Busseni alwaar het nadeel rechtstreeks voortvloede uit de richtlijn en daardoor geen nadelen voor particulieren ten gevolge mocht hebben. Honorering van de claim van de EGKS zou hebben geleid tot een geval van onversneden verboden omgekeerde rechtstreekse werking. Vervolgens verwijst het Hof onder meer naar Constanzo en stelt dat louter negatieve gevolgen voor derden geen rechtvaardiging zijn om een particulier het recht te ontzeggen zich ten aanzien van de betrokken lidstaat te beroepen op een richtlijn. De negatieve gevolgen zouden in dat laatste geval dan ook niet rechtstreeks mogen voortvloeien uit de richtlijn zelf. Om tot een uiteindelijk antwoord te komen diende het Hof dan ook na te gaan of in dit concrete geval de verplichting voor de lidstaat om de exploitatie van de steengroeve aan een milieueffectbeoordeling te onderwerpen, rechtstreeks verbonden was met een verplichting die op de eigenaren van de steengroeve rustte. Het antwoord op deze vraag is reeds gegeven.

Door deze uitspraak Wells wordt meer duidelijkheid gecreëerd voor decentrale overheden. In de lijn van Van de Gronden en Verschuuren lijkt nu ook het Hof gevolgen te verbinden aan de oorzaak van het nadeel voor particulieren. Negatieve gevolgen voor derden zijn pas ontoelaatbaar indien deze nadelen direct voortvloeien uit de richtlijn. Van omgekeerde rechtstreekse werking mag geen sprake zijn (Busseni). Aan de andere kant worden niet alle negatieve gevolgen van rechtstreekse werking voor burgers als onacceptabel bestempeld. Zoals Verschuuren reeds aangaf, vloede het

⁴⁶ Zaak Wells, r.o. 57.

⁴⁷ Zaak Wells, r.o. 58.

nadelige effect in de zaken Moerdijk en Muiden niet direct voort uit de richtlijn, maar uit de op basis van het nationale recht door het nationale gezag verleende vergunning.

Met deze uitspraak wordt dan ook bevestigd dat de conclusie van de Afdeling in de zaak Moerdijk, inhoudende dat de decentrale overheid een rechtstreeks werkende bepaling niet ten nadele van een particulier mag toepassen, niet alleen voorbij gaat aan het reeds in de literatuur gemaakte onderscheid tussen nadelen die direct voortvloeien uit de richtlijn en nadelen die voortkomen uit het op de richtlijn gebaseerde nationale recht, maar ook in strijd is met het Costanzo-arrest.

Voorts dient nog de opmerking te worden gemaakt dat in de zaak Wells door een derde beroep werd gedaan op de rechtstreekse werking van de richtlijn. In de lijn van dat Constanzo-arrest en krachtens artikel 10 EG had naar onze mening de MPA zelf de richtlijn rechtstreeks moeten toepassen.

4.2.2 *Schadevergoeding*

Zoals gezegd, wil het – noodzakelijk – honoreren van de rechtstreekse werking niet zeggen dat de derde volledig met lege handen staat. In de zaak Wells is het Hof ook ingegaan op de derde prejudiciële vraag waarmee de verwijzende recht wenste te vernemen wat de verplichting inhoudt, het verzuim van een beoordeling van de milieueffecten te herstellen. Het Hof verwijst naar vaste rechtspraak volgens welk de lidstaten krachtens artikel 10 EG verplicht zijn de onwettige gevolgen van een schending van het gemeenschapsrecht ongedaan te maken. De bevoegde autoriteiten zijn dan ook verplicht alle algemene en bijzondere maatregelen te treffen om het verzuim te herstellen. Het is aan de nationale rechter om uit te maken of het naar nationaal recht mogelijk is een reeds verleende vergunning in te trekken of op te schorten, dan wel, of als alternatief, de particulier, indien hij daarmee instemt, vergoeding van de geleden schade kan vorderen.⁴⁸

5 Conclusie

Op de schouders van de decentrale overheden ligt de rechtsplicht om het gemeenschapsrecht loyaal na te komen. Dit wordt hen niet altijd even makkelijk gemaakt gezien het aantal EG-richtlijnen dat door de centrale wetgever niet of niet correct is omgezet in nationale wetgeving. Decentrale overheden krijgen daardoor te maken met de problematiek van rechtstreekse werking van richtlijnbevestigingen, met richtlijnconforme interpretatie en uiteraard met de verschillende belangen van particulieren in een driehoekssituatie. Zowel rechters als administratie lijken de hieruit voortkomende dilemma's niet altijd te kunnen oplossen, waardoor het beginsel van gemeenschapstrouw in het geding komt. Met de zaak Wells wordt naar onze mening meer houvast geboden aan de decentrale overheden die voor deze problematiek komen te staan. Uitgangspunt is dat nadelige gevolgen voor particulieren niet in alle gevallen in strijd zijn met het verbod van omgekeerde verticale werking. Pas

⁴⁸ Zie ook de vaste jurisprudentie omtrent schadevergoeding, onder andere C-6/90 en C-9/90, Francovich, *jur.* 1991, p. I-5357.

indien geconcludeerd kan worden dat de nadelige effecten direct voortvloeien uit een richtlijn, kan een particulier zich niet beroepen op de rechtstreekse werking ten nadele van een derde. In het andere geval vloeien de nadelen voort uit een nationaal besluit en worden daarmee geaccepteerd. Hiermee wordt ook recht gedaan aan de Constanzo zaak alwaar het Hof een ongunstige uitkomst voor een derde door toepassing van de rechtstreekse werking impliciet aanvaardde. Hopelijk zullen decentrale overheden zich hierdoor gesteund voelen om hun eigen Europese rechtsplicht ex artikel 10 EG ook na te komen.