

# Geheim bewijs in een doeltreffende voorziening in rechte

Mr. dr. F.M.J. den Houdijker & prof. mr. Y.E. Schuurmans

*In deze bijdrage onderzoeken de auteurs de mate waarin en de wijze waarop het Unierecht een kader geeft voor het gebruik van geheim en niet te verifiëren bewijsmateriaal in het nationale bestuursrecht. Zij bezien de normering door artikel 47 Handvest, dat het recht op een doeltreffende voorziening in rechte garandeert en de normering door het doeltreffendheidsbeginsel, dat de nationale procedurele autonomie begrenst. Daarbij zetten zij uiteen hoe beide 'doeltreffendheidseisen' zich tot elkaar verhouden. Vervolgens vindt een toepassing van de doeltreffendheidseisen op het Nederlandse bestuursrecht en de Awb plaats.*

## 1. Inleiding<sup>1</sup>

Kan een bestuursrechtelijke rechtsvaststelling plaatsvinden als niemand de juistheid van het beslissende bewijsstuk kan verifiëren? Voor deze wat Kafkaïaanse vraag zag de Hoge Raad zich gesteld in de zaak *Unitrading*. Een importeur van knoflookbollen kreeg een 'uitnodiging tot betaling' omdat zijn bollen niet uit Pakistan zouden komen maar uit China, waarvoor een ander douanerecht geldt. De Nederlandse douaneautoriteiten hadden monsters genomen en deze laten onderzoeken door een aan de Amerikaanse overheid verbonden laboratorium. Het laboratorium laat weten dat de knoflook met 99% zekerheid uit China komt, maar wil geen precieze informatie geven over de gebruikte onderzoeksmethode, omdat deze 'law enforcement sensitive' is. Kan een belastend besluit in rechte in stand blijven als partijen en de rechter niet over het volledige bewijsmateriaal beschikken? Of kan onder deze omstandigheden geen effectieve bescherming in rechte worden geboden? Naar aanleiding van het in 2014 door het

Hof van Justitie van de Europese Unie gewezen arrest *Unitrading* onderzoeken we in dit artikel de mate waarin en de wijze waarop het Unierecht een kader geeft voor het gebruik van geheim bewijsmateriaal in het nationale bestuursrecht. In die beschouwing speelt artikel 47 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (Handvest) een nadrukkelijke rol. Dat artikel vormt de unierechtelijke pendant van de artikelen 6 en 13 van het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM). Artikel 47 Handvest bepaalt dat eenieder wiens door het recht van de Unie gewaarborgde rechten en vrijheden zijn geschonden, recht heeft op "een doeltreffende voorziening in rechte", waarbij eenieder recht heeft op "een eerlijke en openbare behandeling van zijn zaak, binnen een redelijke termijn, door een onafhankelijk en onpartijdig gerecht dat voorafbij wet is ingesteld". We bezien in deze bijdrage niet alleen of en, zo ja, hoe dit artikel het nationale bestuursrechtelijke bewijsrecht inkadert. We onderzoeken ook in hoeverre *Unitrading* de verhouding verheldert tussen het in artikel 47 Handvest neergelegde grondrecht op een *doeltreffende voorziening in rechte* en het ter beperking van de nationale procedurele autonomie, en zo ter bescherming van de volle werking van het Unierecht, gehanteerde *doeltreffendheidsbeginsel*. In *Unitrading* vraagt de Hoge Raad naar de

<sup>1</sup> Marina den Houdijker en Ymre Schuurmans zijn beiden verbonden aan de afdeling Staats- en bestuursrecht van de Universiteit Leiden, als universitair docent resp. hoogleraar. Deze bijdrage is afgesloten op 28 augustus 2015.

normering van een nationale procesrechtelijke vraag door artikel 47 Handvest, maar ziet een groot deel van het antwoord dat hij krijgt op het doeltreffendheidsbeginsel. Stelde de Hoge Raad de verkeerde vraag? Of gaf het Hof van Justitie een onverwacht antwoord?

De opzet van het artikel is als volgt. In paragraaf 2 bespreken we de feiten en het procesverloop van de zaak *Unitrading*. In paragraaf 3 plaatsen we het arrest in het bredere conceptuele kader van de discussie omtrent de verhouding tussen effectieve rechtsbescherming en de doeltreffende handhaving van het Unierecht. Omdat het arrest hierover wel degelijk iets zegt, bespreken we daarbij ook de concrete vraag of artikel 47 Handvest zich tegen het gebruik van geheim bewijsmateriaal verzet. Na in paragraaf 3 te hebben geconcludeerd dat artikel 47 Handvest het gebruik van het geheime bewijsmateriaal niet zonder meer verbiedt, bezien we of het doeltreffendheidsbeginsel dat wel doet. Daartoe beschrijven we eerst in paragraaf 4 de wijze waarop het doeltreffendheidsbeginsel het nationale bewijsrecht beïnvloedt. Vervolgens passen we in paragraaf 5 de bevindingen toe op het Nederlandse bestuursrecht en bezien we hoe de bestuursrechter met het geheime bewijsmateriaal zou moeten omgaan. Daarin betrekken we de inmiddels genomen conclusie van de Advocaat-Generaal bij de Hoge Raad van 13 mei 2015, die dat voor het fiscale bewijsrecht uiteenzet, maar het algemene bestuursrecht voor een groot deel buiten beschouwing laat.

## 2. *Unitrading*: niet te verifiëren herkomst van knoflookbollen

*Unitrading Ltd* voert knoflookbollen in Nederland in en geeft bij de douane aan dat deze afkomstig zijn uit Pakistan, onder overlegging van een ‘*certificate of origin*’ van de *Karachi Chamber of Commerce & Industry*. Bij de douane-inspecteur bestaan twijfels over de aangegeven oorsprong. Hij laat vier monsters nemen van de knoflookbollen, die in de Verenigde Sta-

ten worden onderzocht door het *U.S. Department of Homeland Security, Customs and Border Protection, Laboratories and Scientific Services*. Dat Amerikaanse laboratorium onderzoekt de metaalsporen aanwezig op de knoflookbollen met behulp van een inductiefgekoppeld plasma massaspectrometer (ICP/MS). Een massaspectrometer is een instrument waarmee de element-samenstelling van een biologisch of chemisch mengsel (in dit geval een plasma) kan worden gemeten. Vervolgens vindt een statistische analyse plaats, waarbij de uitkomst van de meting (het specifieke metaalspoor op de knoflook) wordt vergeleken met data in een databank (een grote hoeveelheid samples van knoflookbollen uit Pakistan en China). Dat leidt tot de bevinding dat met 99% zekerheid de knoflookbollen uit China afkomstig zijn. Op basis van deze onderzoeksbevinding doet de Inspecteur van de belastingen een uitnodiging tot betaling (UTB), omdat voor deze goederen uit China een aanvullende heffing moet worden betaald. *Unitrading* maakt bezwaar, stelt de nodige vragen bij het onderzoeksrapport, waarna nadere informatie bij het laboratorium wordt opgevraagd. Partijen weten dan welke meetmethode is gehanteerd (ICP/MS), dat de metaalsporen op knoflook zijn gemeten, niet de metaalsporen in de grond en dat er 15 sporen zijn gevonden. Het laboratorium weigert vragen te beantwoorden over de informatie uit de databank, omdat deze informatie ‘*law enforcement sensitive*’ is. Welk referentiemateriaal in de databank zit, of dat alle delen van Pakistan beslaat en materiaal uit alle seizoenen, blijft onduidelijk.<sup>2</sup> Dat maakt controle van de statistische analyse vrijwel onmogelijk. *Unitrading* stapt naar de rechter en voert hoofdzakelijk aan dat haar rechten van verdediging zijn geschon-

2 Zier.o. 3.1.13 van HR 12 juli 2013, ECLI:NL:HR:2013:20, BNB 2013/228, m.nt. M.J.W. van Casteren.

den. Rechtbank en gerechtshof verklaren het (hoger) beroep ongegrond.<sup>3</sup>

De middelen in cassatie betogen in de kern dat de door het Amerikaanse laboratorium gedane onderzoeken niet controleerbaar zijn voor belanghebbende, een derde of de rechter en dat hierdoor het uitoefenen van het recht op verdediging onaantvaardbaar wordt bemoeilijkt en onmogelijk wordt gemaakt. De Hoge Raad stelt prejudiciële vragen over de uitlegging van artikel 47 van het Handvest.<sup>4</sup> Kort samengevat houden de vragen in of dit artikel met zich brengt dat (1) de rechter een bewijsmiddel moet uitsluiten indien de derde van wie dat middel afkomstig is weigert de achterliggende informatie aan rechter en procespartijen te verstrekken, (2) het bestuursorgaan dan een aanvullende onderzoeksplicht heeft en op een bewijsaanbod moet ingaan en (3) wat de invloed is van de mogelijkheid tot submonsterneming, waarvan de belanghebbende geen gebruik heeft gemaakt, maar waarop hij ook niet is gewezen door het bestuursorgaan.

In oktober 2014 beantwoordt het Hof van Justitie deze vragen, voor de Hoge Raad waarschijnlijk op een wat teleurstellende wijze. Nee, op basis van artikel 47 Handvest hoeft de rechter het niet te verifiëren bewijsmiddel niet uit te sluiten. De overige vragen kan hij beantwoorden aan de hand van zijn eigen procesrecht, waarbij hij er alleen voor moet zorgen dat het gelijkwaardigheid- en doeltreffendheidsbeginsel worden gerespecteerd:

*“Artikel 47 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie moet aldus worden uitgelegd dat het zich niet ertegen verzet dat het door de douaneautoriteiten op basis van de nationale procesregels geleverde bewijs van de oorsprong van ingevoerde goederen berust op de resultaten van onderzoek door een derde waarover die derde geen opening van zaken wil geven, noch aan de douaneautoriteiten noch aan de aangever, waardoor de verificatie of de weerlegging van de juistheid van de gebruikte conclusie wordt bemoeilijkt of onmogelijk wordt gemaakt, mits het doeltreffendheidsbeginsel en het gelijkwaardigheidsbeginsel worden geëerbiedigd. Het staat aan de nationale rechterlijke instantie om te onderzoeken of dit in het hoofdgeding het geval is geweest.*

*sprong van ingevoerde goederen berust op de resultaten van onderzoek door een derde waarover die derde geen opening van zaken wil geven, noch aan de douaneautoriteiten noch aan de aangever, waardoor de verificatie of de weerlegging van de juistheid van de gebruikte conclusie wordt bemoeilijkt of onmogelijk wordt gemaakt, mits het doeltreffendheidsbeginsel en het gelijkwaardigheidsbeginsel worden geëerbiedigd. Het staat aan de nationale rechterlijke instantie om te onderzoeken of dit in het hoofdgeding het geval is geweest.*

*In een geval als aan de orde in het hoofdgeding en in de veronderstelling dat de douaneautoriteiten geen opening van zaken kunnen geven over de betrokken onderzoeken, moeten de vraag of de douaneautoriteiten moeten ingaan op een verzoek van de belanghebbende om op zijn kosten onderzoeken te laten verrichten in het als land van oorsprong vermelde land, en de vraag of het van belang is dat nog gedurende een beperkte tijd gedeelten van de monsters van de goederen zijn bewaard, waarover de belanghebbende had kunnen beschikken met het oog op onderzoek door een ander laboratorium, en zo ja, of de douaneautoriteiten de belanghebbende dienen te wijzen op het feit dat submonsters van de goederen beschikbaar zijn en dat hij deze kan opvragen voor een dergelijk onderzoek, worden beantwoord op basis van de nationale procesregels.”<sup>5</sup>*

In de volgende paragrafen plaatsen wij deze uitspraak in een bredere jurisprudentiële en bezien we hoe het Nederlandse bestuursrecht in deze zaak moet worden toegepast.

<sup>3</sup> Rb Haarlem (thans: Noord-Holland) 12 augustus 2010 (n.g.) en gerechtshof Amsterdam 10 mei 2012, ECLI:NL:GHAMS:2012:BW6137.

<sup>4</sup> HR 12 juli 2013, ECLI:NL:HR:2013:20, BNB 2013/228, m.nt. M.J.W. van Casteren.

<sup>5</sup> HvJ EU 23 oktober 2014, zaak C-437/13, Unitrading, ECLI:EU:C:2014:2318.

### 3. Artikel 47 Handvest en een doeltreffende voorziening in rechte

#### 3.1 Inleiding

Hoewel het Handvest uitdrukkelijk niet tot doel had de bevoegdheden van de Unie uit te breiden,<sup>6</sup> is met het bindend worden ervan wel een nieuwe periode aangebroken in de grondrechtenbescherming in de Europese Unie. De Búrca stelt heel praktisch vast dat sindsdien het aantal verwijzingen van het Hof van Justitie naar het Handvest significant is toegenomen. Zij stelt verder dat het bindend worden van het Handvest, in combinatie met het nog altijd uitdijende bereik van het Unierecht als zodanig en de eveneens bij het Verdrag van Lissabon uitgebreide rechtsmacht van het Hof, “*heralds a growing role for the Court as a human rights tribunal*”.<sup>7</sup> Lenaerts spreekt liever van een nieuwe periode in het Europese integratieproces als gevolg van het zichtbaarder maken van fundamentele rechten en het gesystemiseerd samenvoegen van alle relevante inspiratiebronnen, maar dit alles zonder dat het Hof een “*human rights organisation*” of een tweede Europees Hof voor de Rechten van de Mens is geworden.<sup>8</sup> Het één sluit het ander niet uit en wie de jurisprudentie van het Hof leest, zal het eens zijn met de vaststelling dat het Handvest als zodanig hierin een steeds belangrijkere rol inneemt.<sup>9</sup> Hierbij is het in artikel 47 van het

Handvest neergelegde recht op een doeltreffende voorziening in rechte in zichzelf veelomvattend.<sup>10</sup> De rechtspraak omvat zeer diverse casus. In deze bijdrage beperken we ons tot een bespreking van het al dan niet onder artikel 47 Handvest aanwezige recht op kennisname en/of verificatie van onderliggende (bewijs)stukken.<sup>11</sup> Dat is immers de rechtsvraag die in *Unitrading* centraal staat. Het antwoord van het

---

NJCM-Bulletin 2014, p. 182-200. Laatstgenoemde wijzen erop dat vooralsnog een beperkt aantal Handvestbepalingen aan de orde is gekomen. Met Barkhuysen en Bos kan verder worden toegegeven dat een flink deel van de ‘Handvest-jurisprudentie’ betrekking heeft op formele aspecten (is het Handvest van toepassing, hoe moet eraan worden getoetst, et cetera), zie T. Barkhuysen & A.W. Bos, ‘De betekenis van het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie voor het bestuursrecht: een actualisatie anno 2014’, *JBplus* 2014, p. 90-116, p. 116. Voor wat betreft art. 47 Hv heeft het HvJ inmiddels echter ook ten aanzien van de materiele aspecten meerdere arresten gewezen. Zoeken in de databank van het HvJ (via InfoCuria) op de zinsnede “artikel 47 van het Handvest” levert voor de periode 1 mei 2014-22 juli 2015 53 ‘hits’ op. Na aftrek van 22 arresten en beschikkingen van het Gerecht, een tweetal zaken waarin art. 47 Hv slechts genoemd wordt en een zaak die nagenoeg identiek is aan een reeds meegetelde zaak, blijven 28 bruikbare arresten en beschikkingen over. In 24 zaken speelt een inhoudelijke kwestie aangaande art. 47 Hv.

6 Vgl. art. 6 lid 1 Verdrag betreffende de Europese Unie en art. 51 lid 2 Handvest (Hv).

7 G. De Búrca, ‘After the EU Charter of Fundamental Rights: The Court of Justice as a Human Rights Adjudicator?’, *Maastricht journal of European and comparative law* 2013, p. 168-184, p. 169-170.

8 K. Lenaerts, ‘Exploring the limits of the EU Charter of Fundamental Rights’, *European Constitutional Law Review* 2012, p. 375-403, p. 375 en 377.

9 Vgl. De Búrca, supra noot 7 en zie ook H. van Harten & H. Grootelaar, ‘Doorwerking van het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie in de Nederlandse rechtspraak: een kwantitatieve stand van zaken, NTM/

10 Vgl. het tot nu toe als enige verschenen handboek over het Handvest, S. Peers et al. (eds.), *The EU Charter of Fundamental Rights – A Commentary*, Oxford: Hart Publishing 2014, waarin alleen de bespreking van art. 47 Hv al 78 pagina’s beslaat.

11 Naast het in de vorige noot genoemde handboek zij de lezer nog gewezen op L.Y.M. Parret, ‘Effectieve rechtsbescherming: eindeloos potentieel, ongeleid projectiel?’ *NtEr* 2012, p. 157-168 met een bespreking van de rechtspraak van het HvJ over het beginsel van effectieve rechtsbescherming uit de periode 2010-maart 2012 en dan m.n. over de aspecten toegang tot de rechter en de doeltreffendheid van de voorziening.

Hof daarop bespreken we in paragraaf 3.2. Het is de nogal opzichtige rol voor het beginsel van procedurele autonomie, en dan met name van het doeltreffendheidsaspect daarvan, die daarnaast aanleiding vormt om in paragraaf 3.3 stil te staan bij de vraag wat nu precies de verhouding is tussen artikel 47 Handvest en het doeltreffendheidsbeginsel. Het gelijkwaardigheidsbeginsel, het andere beginsel dat de procedurele autonomie inkadert, laten we verder buiten beschouwing. Dat beginsel speelt nagenoeg geen rol bij de normering van het nationale bewijsrecht, omdat er doorgaans geen nationale bewijsregels zijn die enkel op unierechtelijke geschillen worden toegepast.

### 3.2 *Een doeltreffende voorziening in rechte en het gebruik van 'geheim bewijs'*

Bij de beantwoording van de vraag of artikel 47 Handvest het gebruik van een niet te verifiëren bewijsmiddel toestaat, speelt het arrest ZZ<sup>12</sup> een belangrijke rol. In dat arrest wordt een verblijfsrecht ingetrokken en een toegangsweigering uitgevaardigd omdat de betrokken vreemdeling een gevaar vormt voor de openbare veiligheid, zonder dat het bestuursorgaan mededeling wil doen van de informatie waarop het oordeel berust. Het Hof van Justitie erkent in ZZ dat het in het belang van de staatsveiligheid noodzakelijk kan zijn om te werken met geheime informatie, maar legt op grond van artikel 47 Handvest de nationale rechter een aantal verplichtingen op ter bescherming van de daarin neergelegde procedurele rechten, in het bijzonder het recht om te worden gehoord, het beginsel van hoor en wederhoor en het recht op een effectief rechtsmiddel. Het Hof schrijft een klein stappenplan voor: eerst moet het bestaan en de gegrondheid van de 'redenen van staatsveiligheid' door de nationale rechter worden onderworpen aan een doeltreffende rechter-

lijke toetsing. Hiertoe is van belang dat de nationale rechter "kennis kan nemen van alle redenen en van het daarop betrekking hebbende bewijsmateriaal (...)." <sup>13</sup> Indien het oordeel luidt dat de staatsveiligheid inderdaad in het geding is, moet het belang bij het beschermen daarvan worden afgewogen tegen het belang bij effectieve rechtsbescherming. <sup>14</sup> Hierbij vereist artikel 47 Handvest dat de betrokkene hoe dan ook de essentie van de redenen voor een besluit worden medegedeeld. De afweging valt echter anders uit ten aanzien van het aan de redenen van staatsveiligheid ten grondslag liggende bewijsmateriaal. Bekendmaking daarvan kan immers heel direct de staatsveiligheid schaden "doordat die bekendmaking het leven, de gezondheid of de vrijheid van personen in gevaar kan brengen of specifieke door de nationale veiligheidsautoriteiten gehanteerde onderzoeksmethoden kan onthullen, en er aldus ernstig afbreuk aan kan doen, of zelfs kan

12 HvJ EU 4 juni 2013, zaak C-300/11, ZZ, EU:C:2013:363 en AB 2013/374, m.nt. Reneman.

13 ZZ, r.o. 59. In r.o. 58-62 geeft het HvJ EU verdere uitleg over de inhoud van de vereiste rechterlijke toets en geeft het aan dat "er geen vermoeden geldt ten gunste van het bestaan en de gegrondheid van de door een nationale autoriteit aangevoerde redenen [van staatsveiligheid, MH & YS]" (r.o. 61). Dát er ruimte is voor het om veiligheidsredenen geheim houden van informatie is in lijn met de jurisprudentie van het HvJ inzake de zogeheten sanctielijsten (de in VN-resoluties en EU-verordeningen opgenomen lijsten met (rechts)personen die van (steun aan) terrorisme worden verdacht en wiens financiële tegoeden bijgevolg worden bevroren), zie HvJ EG (GK) 3 september 2008, gevoegde zaken C-402/05 P en C-415/05 P, Kadi I, ECLI:EU:C:2008:461, r.o. 342-344, zoals bevestigd in HvJ EU (GK) 18 juli 2013, gevoegde zaken C-584/10 P, C-593/10 P en C-595/10 P, Kadi II, ECLI:EU:C:2013:518, r.o. 125. In die zaken is het HvJ overigens zelf de rechter die de gegrondheid van het beroep op de staatsveiligheidsredenen moet beoordelen en in Kadi II, r.o. 126 verwijst het HvJ voor de inhoud van die toets expliciet naar de beschrijving daarvan in ZZ.

14 ZZ, r.o. 64. Vgl. Kadi II, r.o. 128.

beletten, dat die autoriteiten ook in de toekomst hun taken vervullen”. Met deze twee uitgangspunten indachtig moet de nationale rechter beoordelen of en, zo ja, welke gevolgen de beperking van de verdedigingsrechten van betrokkene (door het niet nauwkeurig en volledig bekendmaken van het bewijsmateriaal en de redenen voor een besluit) heeft op de bewijskracht van het vertrouwelijke bewijsmateriaal.<sup>15</sup> Samenvattend vergt artikel 47 Handvest in een zaak waarin gebruik wordt gemaakt van geheim bewijsmateriaal dat de nationale rechter (1) erop toeziet dat het niet nauwkeurig en volledig bekend maken van de redenen van een besluit en het daarop betrekking hebbende bewijsmateriaal beperkt blijkt tot het strikt noodzakelijke, (2) erop toeziet dat de betrokkene hoe dan ook de essentie van de redenen van een tegen hem genomen besluit wordt medegedeeld, op een wijze die rekening houdt met de vertrouwelijkheid van het bewijsmate-

riaal en (3) op basis van het nationale recht gevolgen verbindt aan een eventuele schending van de mededelingsplicht.<sup>16</sup>

Op het eerste gezicht ligt het maken van een vergelijking tussen *Unitrading* en *ZZ* voor de hand, gelet op de passages in laatstgenoemd arrest over geheim bewijsmateriaal. Het Hof van Justitie komt echter niet toe aan een toepassing van de ‘*ZZ*-passages’ op de zaak van *Unitrading*. Het bedrijf zelf zal het wellicht niet zo voelen, maar het bevindt zich niet in een met *ZZ* vergelijkbare positie. Het bedrijf heeft namelijk kennis kunnen nemen van de gronden waarop de UTB is gebaseerd en van alle stukken en opmerkingen die aan de rechter zijn voorgelegd en heeft daarop kunnen reageren. Hoewel een belangrijk “ja zelfs beslissend” bewijsmiddel noch door *Unitrading* noch door de nationale rechter volledig kan worden geverifieerd, “kan de ontvankelijkheid ervan niet ter discussie worden gesteld”. Bij gebreke van een unierechtelijke regeling inzake bewijs, zijn alle bewijsmiddelen die het procesrecht van de lidstaten kent in beginsel geoorloofd. Het niet kunnen verifiëren van de juistheid van onderzoeksresultaten is naar het oordeel van het Hof van Justitie iets anders dan het niet nauwkeurig en volledig worden geïnformeerd over de gronden van een genomen besluit.<sup>17</sup> Artikel 47 Handvest verzet zich daarom niet tegen het gebruik van het niet volledig te verifiëren bewijsmiddel. Bij dat oordeel zal ook een rol spelen dat alle procesdeelnemers in *Unitrading* evenveel – of even weinig – van het uitgevoerde onderzoek weten. Het beginsel van hoor en wederhoor speelt dan niet snel, omdat beide partijen in een gelijke procespositie zitten. De vergelijking van *Unitrading* met *ZZ* loopt dus al snel spaak. Als we het goed zien, zou *Unitrading* naar het oordeel van het Hof pas in de positie van *ZZ* komen op het moment dat het een ‘kale’ UTB zou ontvangen, dus zonder enige

15 Zie *ZZ*, r.o. 65-67. Wat onder ‘de essentie’ van de redenen van een besluit moet worden verstaan, legt het HvJ in *ZZ* niet uit. In haar annotatie bij het arrest wijst Reneman op andere arresten van het HvJ en uitspraken van het EHRM waaruit kan worden opgemaakt dat het kan gaan om bekendmaking van de algemene context van een besluit en om meer specifieke informatie (data, plaatsen, namen van personen met wie men in verband wordt gebracht en het soort gedragingen waarvan men wordt verdacht): Reneman in AB 2013/374, punt 8. In *Kadi II* maakt het HvJ het onderscheid tussen het mededelen van de essentie van de redenen van een besluit en het daaraan ten grondslag liggende bewijsmateriaal niet en geeft het een meer algemene aanwijzing voor het maken van een afweging tussen staatsveiligheid en het belang van effectieve rechtsbescherming. Hierbij “kan worden teruggegrepen naar mogelijkheden zoals de mededeling van een samenvatting van de inhoud van de betreffende informatie en bewijzen” (*Kadi II*, r.o. 129). Ook dan moet de rechter, nu dan de Unierechter, beoordelen of het niet verstrekken van informatie of bewijs invloed heeft op de bewijswaarde van het vertrouwelijke bewijs (ibidem).

16 *ZZ*, r.o. 68-69.

17 *Unitrading*, r.o. 22-24.



informatie te ontvangen waarop het oordeel van twijfel aan de Pakistaanse herkomst van de knoflookbollen is gebaseerd. Dit is enerzijds een logische benadering, anderzijds blijft er iets wringen. In het arrest ZZ refereert het Hof van Justitie aan de ‘vaste rechtspraak-regels’ over het van artikel 47 van het Handvest deel uitmakende beginsel van hoor en wederhoor<sup>18</sup>. Daaruit volgt onder meer dat een rechterlijke beslissing gebaseerd op feiten en stukken waarvan partijen, of één van hen, zelf geen kennis hebben kunnen nemen en waarover zij dus geen standpunt in hebben kunnen nemen, in strijd is met artikel 47 Handvest. Het *Unitrading*-arrest preciseert dat het voor wat betreft een eventueel onderzoek dat aan de redenen van een besluit ten grondslag ligt, voldoende is te weten welk onderzoek heeft plaatsgevonden en wát dat onderzoek concludeert. Artikel 47 Handvest verlangt niet zonder meer dat men op de hoogte is van alle achterliggende documenten waarop een onderzoeksrapport is gebaseerd.

Dat de nationale rechter evenmin over de achterliggende stukken beschikt, ziet het Hof niet als een zelfstandig probleem onder artikel 47 Handvest. Zolang de rechter rechtsmacht heeft om over de bestuurlijke feitenvaststelling te oordelen en vrij is in de beoordeling van de bewijsmiddelen, verkeert hij in beginsel in de positie om effectieve rechtsbescherming te kunnen bieden.<sup>19</sup> Hoe hij vervolgens met de wél overgelegde bewijsstukken omgaat, is een kwestie van nationaal procesrecht, dat verder aan de hand van het doeltreffendheidsbeginsel wordt getoetst (zie nader paragraaf 4). Om zich in deze redenering te kunnen vinden moet men, met het Hof, een cruciaal verschil zien tussen een rechter die geen kennis kan nemen

van bewijsmateriaal en een rechter die het wel beschikbare bewijsmateriaal niet kan verifiëren. En men moet het gerechtvaardigd vinden dat het eerste wel in strijd is met artikel 47 Handvest, zie ZZ, terwijl het tweede dat niet is, zie *Unitrading*. Wat ons betreft was iets meer toelichting hieromtrent toch prettig geweest. Al was het maar omdat nu ook de vraag rijst of *Unitrading* betekent dat nationale rechters in zaken als ZZ bewijsmateriaal evenmin hoeven te kunnen verifiëren.

Het Hof heeft ook buiten de ‘staatsveiligheidszaken’ geregeld met geheim bewijsmateriaal te maken, zoals in het aanbesteding- en telecommunicatierecht.<sup>20</sup> Ook bezien vanuit bestaande jurisprudentie op die terreinen is het Hof in *Unitrading* kort van stof ten aanzien van de informatiepositie van de rechter. In de desbetreffende procedures beschikken bestuursorganen vaak over bedrijfsvertrouwelijke informatie van concurrenten van degenen die procederen. Hoewel het Hof onderkent dat uit hoofde van het beginsel van hoor en wederhoor procespartijen in de regel recht hebben kennis te nemen van al het bewijsmateriaal dat aan de rechter is voorgelegd en daarop te reageren, erkent het geen onvoorwaardelijk en onbeperkt recht op inzage in alle voor het geschil relevante stukken. Net als onder artikel 6 EVRM kan dat recht worden beperkt, teneinde de fundamentele rechten van een derde te vrijwaren of een belangrijk algemeen belang veilig te stel-

18 ZZ, r.o. 55. Zie over deze rechtspraak bijv. D. Sayers, ‘D. Analysis, VIII. Article 47(2)’, in: S. Peers et al. (eds.), *The EU Charter of Fundamental Rights – A Commentary*, Oxford: Hart Publishing 2014, p. 1260-1262.

19 Zie *Unitrading*, r.o. 25 e.v.

20 Leading cases zijn *Mobistar* en *Varec*: HvJ EG 13 juli 2006, zaak C-438/04, ECLI:EU:C:2006:463 en HvJ EG 14 februari 2008, zaak C-450/06, ECLI:EU:C:2008:91 en AB 2008/341, m.nt. Widdershoven. Deze jurisprudentie vertoont overeenkomsten met het gebruik van geheim bewijsmateriaal in directe beroepen (mededingingsrecht), zie o.a. HvJ EG 25 januari 2007, zaak C-407/04, *Dalmine*, ECLI:EU:C:2007:53. Zie o.a. ook A.M. Reneman, *EU asylum procedures and the right to an effective remedy* (diss. Leiden), Leiden: E.M. Meijers Instituut 2012, p. 308-324.

len.<sup>21</sup> In genoemde rechtsgebieden vormt de vertrouwelijkheid van zakengeheimen een belangrijk uitgangspunt, omdat die vertrouwelijkheid een voorwaarde kan zijn voor onvervalste mededinging. De ervaring van het Hof met deze rechtspraak is mogelijk van invloed op de vrij coulante houding tegenover bewijsmateriaal dat geheim blijft. Wél een verschil is dat in die zaken er veel nadruk op ligt dat de oordelende rechter “moet kunnen beschikken over alle informatie, met inbegrip van vertrouwelijke informatie, die is vereist om met volledige kennis van zaken uitspraak te kunnen doen over de gegrondheid van deze beroepen”.<sup>22</sup> Die informatie heeft de rechter nodig om een belangenafweging uit te kunnen voeren (tussen het recht op hoor en wederhoor en het recht op bescherming van het belang dat tegen inzage pleit). Opvallend is dat deze jurisprudentielijn niet terugkomt in *Unitrading* en dat het Hof daaraan geen woorden wijdt. Zonder nadere toelichting<sup>23</sup> laat het Hof de gebruikelijke eis van volledige rechtelijke kennisname van alle beschikbare informatie varen.

#### *Tussenconclusie*

Het arrest *Unitrading* leert dat artikel 47 Handvest uitdrukkelijk eist dat een belanghebbende kennis kan nemen van de inhoud van bewijsstukken en aan de rechter overgelegde opmerkingen, maar dat hieruit geen recht op verificatie van aan die bewijsstukken en opmerkingen

ten grondslag liggende bewijsmiddelen volgt. Pas op het moment dat wegens een ‘verificatie-onmogelijkheid’ de uitoefening van de door het Unierecht verleende rechten onmogelijk of uiterst moeilijk wordt, dient de nationale rechter de zaken via het nationale procesrecht bij te sturen. Voor wat betreft de systematiek van artikel 47 Handvest bevestigt het arrest de in ZZ ingezette lijn dat het recht van een belanghebbende (en overigens ook de rechter) op kennis van de gronden van een jegens hem genomen besluit, een kernelement vormt van het in artikel 47, eerste alinea, van het Handvest neergelegde recht op een *doeltreffende* voorziening in rechte. Het bevestigt daarnaast dat het recht op kennis van stukken en gewisselde opmerkingen deel uitmaakt van de in artikel 47, tweede alinea, van het Handvest neergelegde rechten van de verdediging, in het bijzonder het beginsel van hoor en wederhoor.<sup>24</sup> Daarbij geeft het Hof dus een voor het bestuursrechtelijke bewijsrecht interessante nadere precisering van de reikwijdte van dat recht: het bevat geen recht op verificatie van bewijsmateriaal.

### 3.3 *De Gordiaanse knoop van artikel 47 Handvest en het doeltreffendheidsbeginsel*

Wat in het arrest *Unitrading* opvalt, is dat de vragen van de Hoge Raad die zo uitdrukkelijk in het teken staan van artikel 47 Handvest, antwoorden krijgen waarin het nationale procesrecht centraal staat. Onder verwijzing naar het voorgaande, is de korte verklaring hiervoor dat artikel 47 Handvest in de zaak *Unitrading*

21 HvJ EG 14 februari 2008, zaak C-450/06, Varec, ECLI:EU:C:2008:91 en AB 2008/341, m.nt. Widdershoven, r.o. 47.

22 HvJ EG 13 juli 2006, zaak C-438/04, Mobistar, ECLI:EU:C:2006:463, r.o. 40. Zie ook HvJ EG 14 februari 2008, zaak C-450/06, Varec, ECLI:EU:C:2008:91 en AB 2008/341, m.nt. Widdershoven, r.o. 53.

23 In ZZ, r.o. 53 staat wel dat de nationale rechter ten volle in staat moet worden gesteld om de wettigheid van het desbetreffende (nationale) besluit te toetsen, maar niet met een verwijzing naar Varec en Mobistar, maar met verwijzing naar o.a. Kadi I.

24 De rechten en het bijbehorende beginsel worden ingelezen in de zinsnede ‘Eenieder heeft recht op een eerlijke (...) behandeling van zijn zaak’ in de tweede alinea van art. 47 Hv. Vgl. Sayers 2014, p. 1260 en zie o.a. HvJ EU (GK) 21 september 2010, gevoegde zaken C-514/07 P, C-528/07 P en C-532/07 P, Zweden e.a./API en Commissie, ECLI:EU:C:2009:2, r.o. 88 en HvJ EU (GK) 6 november 2012, zaak C-199/11, Otis, ECLI:EU:C:2012:684, r.o. 71.



inhoudelijk nooit echt in het geding komt. *Unitrading* beschikt over voldoende informatie om zich doeltreffend in rechte te kunnen verweren en ook de nationale rechter heeft voldoende manoeuvreerruimte om met inachtneming van de eisen van artikel 47 Handvest tot een oordeel in de zaak te kunnen komen. Nu het unierechtelijke douanerecht zelf geen (verdere) procedurele eisen stelt, is de nationale rechter aangewezen op het nationale procesrecht.

Dat de kwestie aan de procedurele autonomie wordt overgelaten, betekent echter niet dat het Unierecht geen grenzen stelt. Ook in het arrest *Unitrading* wordt de geboden autonomie ingekaderd door de vereisten van gelijkwaardigheid en doeltreffendheid uit de bekende *Rewe*-doctrine: de nationale procesregels die van toepassing zijn op vorderingen die hun oorsprong hebben in het Europese recht mogen niet ongunstiger zijn dan die welke voor soortgelijke nationale vorderingen gelden (gelijkwaardigheid). Daarnaast mogen de procesregels de effectuering van het Europese recht niet nageenog onmogelijk maken (doeltreffendheid) (zie over de precieze inhoud van deze inkadering nader paragraaf 4).<sup>25</sup>

Zo eenvoudig als er, bezien naar de feiten, verschil kan worden gemaakt tussen *Unitrading* en *ZZ* en zo eenvoudig als artikel 47 Handvest in *Unitrading* daarmee van het toneel verdwijnt, zo opmerkelijk blijft de zaak als we kijken naar de daarna door het Hof gevolgde redenering ten aanzien van het doeltreffendheidsvereiste. Zoals hieronder zal worden toegelicht, komt daarin de *doeltreffendheid* van het door het communautair douanewetboek toegekende *recht op toegang tot de rechter* centraal te staan. Dit maakt niet alleen de gedachte van de Hoge Raad om de zaak te beoordelen onder artikel 47 Handvest begrijpelijk, maar roept ook de vraag op naar de verhouding tussen dat artikel en het doeltreffendheidsbeginsel.

25 HvJ EG 16 december 1976, zaak 33/76, *Rewe*, ECLI:EU:C:1976:188.

Die laatste vraag is niet nieuw. Sterker nog, hij gaat terug tot de ‘voorganger’ van artikel 47 van het Handvest, het algemene beginsel van effectieve rechtsbescherming. In de jaren tachtig van de twintigste eeuw, voor het eerst in de zaak *Johnston*, benoemde het Hof van Justitie, onder verwijzing naar de artikelen 6 en 13 EVRM, dat in het recht op rechterlijke controle “een algemeen rechtsbeginsel tot uiting [komt], dat ten grondslag ligt aan het constitutionele erfgoed dat alle Lid-Staten gemeen hebben” en dat, dit rechtsbeginsel in aanmerking nemend, “[d]e Lid-Staten moeten zorgen voor een effectieve rechterlijke controle op de naleving van de toepasselijke bepaling van het gemeenschapsrecht en van de nationale wettelijke regeling waarmee wordt beoogd, de in de richtlijn voorziene rechten te verwezenlijken.”<sup>26</sup> Dit ‘beginsel van effectieve rechtsbescherming’ ontwikkelde zich vervolgens niet in één rechte lijn tot het huidige artikel 47 Handvest. Het is onderweg daarnaar toe in aanraking gekomen met het al oudere doeltreffendheidsbeginsel uit de hiervoor genoemde *Rewe*-doctrine. Hierbij wordt wel geopperd dat het beginsel van effectieve rechtsbescherming een nadere uitwerking van het doeltreffendheidsbeginsel betreft. In de zaak *Johnston* destilleert het Hof van Justitie uit artikel 6 van de centraal staande gelijkebehandelingsrichtlijn inderdaad een verplichting voor de lidstaten om “ter verwezenlijking van het doel van de richtlijn maatregelen [te] nemen die doeltreffend genoeg zijn, dat de betrokkenen inderdaad voor de nationale rechter een beroep kunnen doen op de aldus toegekende rechten.”<sup>27</sup> Het beginsel van effectieve rechtsbescherming zou dan bedoeld kunnen zijn om het

26 HvJ EG 15 mei 1986, zaak 222/84, *Johnston*, ECLI:EU:C:1986:206, r.o. 18-19. Zie over deze ontwikkeling meer uitgebreid J.H. Jans, A. Prechal & R.J.G.M. Widdershoven, Inleiding tot het Europees bestuursrecht, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2011, p. 43 e.v.

27 *Johnston*, r.o. 17, cursiv. MH & YS.

doeltreffendheidsbeginsel kracht bij te zetten.<sup>28</sup> Een in het oog springend voorbeeld dat het beginsel van effectieve rechtsbescherming ook andersom kan worden aangemerkt als het fundament van het gelijkwaardigheids- en doeltreffendheidsbeginsel is het Impact-arrest, waar het Hof overweegt:

“Die vereisten van gelijkwaardigheid en doeltreffendheid, die de uitdrukking vormen van de op de lidstaten rustende algemene verplichting om de rechterlijke bescherming van de rechten die de justitiabelen aan het gemeenschapsrecht ontlenuen te waarborgen, (...)”<sup>29</sup>

Er is al veel geschreven over de precieze verhouding tussen effectieve rechtsbescherming en doeltreffendheid.<sup>30</sup> Interessant is daarbij de analyse van Prechal en Widdershoven dat het

beginsel van effectieve rechtsbescherming en het doeltreffendheidsvereiste ieder een eigen functie vervullen, te weten uitdrukking geven aan de rechtsstaattedachte en de bijbehorende individuele rechtsbescherming, respectievelijk het verzekeren van de effectieve werking van het Unierecht.<sup>31</sup> Van hieruit pleiten de auteurs voor een afzonderlijke toepassing van de twee, om af te sluiten met de opmerking dat moet worden afgewacht hoe de jurisprudentie van het Hof zich zal ontwikkelen.

Een aantal jaren na het verschijnen van hun analyse kan wat ons betreft nog niet worden gezegd dat er een heldere lijn is ontwikkeld.<sup>32</sup> Het arrest *Unitrading* lijkt daarvan in die zin een exponent dat niet meteen duidelijk is waarom het doeltreffendheidsbeginsel de overhand krijgt in een zaak waarin vragen worden gesteld over artikel 47 Handvest. Deze vraag klemt des te meer als men zich bewust wordt van de overeenkomsten tussen de zaken *Unitrading* en *Johnston*. Het recht dat in de prejudiciële beslissing in *Johnston* centraal stond, betrof in de eerste plaats het in artikel 6 van de ingeroepen gelijkebehandelingsrichtlijn neergelegde recht op toegang tot de rechter. Het was dat artikel waarvan de doeltreffende werking diende te worden verzekerd. Het recht waarvan de doeltreffendheid in de zaak *Unitrading* moet worden verzekerd is ook het recht om in beroep te

28 Jans, Prechal & Widdershoven 2011, p. 45. Vgl. De Waele en Schutgens in hun annotatie bij HvJ EG (GK) 13 maart 2007, zaak C-432/05, Unibet, AB 2007/301, punt 3.

29 HvJ EG 15 april 2008, zaak C-264/08, Impact, ECLI:EU:C:2008:223, r.o. 47, cursiv. MH & YS. Zie voor eenzelfde redenering HvJ EG 29 oktober 2009, zaak C-63/08, Pontin, ECLI:EU:C:2009:666 en AB 2010/1, m.nt. Widdershoven en HvJ EU 18 maart 2010, gevoegde zaken C-317/08-C-320/08, Alassini, ECLI:EU:C:2010:146 en AB 2010/157, m.nt. Widdershoven.

30 Zie het veel geciteerde en ook meest uitgebreide A. Prechal & R.J.G.M. Widdershoven, ‘Redefining the Relationship between ‘Rewe-effectiveness’ and Effective Judicial Protection’, *Review of European Administrative Law* 2011, p. 31-50 en daarnaast Parret 2012 (inclusief verdere verwijzingen), A. Ward, ‘Article 47 – E. Evaluation’, in S. Peers et al. (eds.), *The EU Charter of Fundamental Rights – A Commentary*, Oxford: Hart Publishing 2014, p. 1273-1275 en H.G. Sevenster in haar annotatie bij het Rewe-arrest in T.W.B. Beukers, H.J. van Harten & A. Prechal (red.), *Het recht van de Europese Unie in 50 klassieke arresten*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010, p. 129-135.

31 Waarbij een in het oog springende verschil tussen het beginsel van effectieve rechtsbescherming en het doeltreffendheidsvereiste is dat het laatste ook ten nadele van een individu kan werken. Zie Prechal & Widdershoven 2011 en vgl. Widdershoven in zijn annotaties genoemd supra noot 29, alsook bij HvJ EU 22 december 2010, zaak C-279/09, DEB/Duitsland, ECLI:EU:C:2010:811, in AB 2011/222, punt 3-4.

32 Vgl. de hierna te bespreken jurisprudentie en in het bijzonder infra noot 41. Ward 2014, p. 1273-1274 merkt op dat art. 47 Hv had kunnen worden aangegrepen om de uiteenlopende jurisprudentie m.b.t. rechtsbescherming te ordenen, maar dat het HvJ EU de bepaling hiertoe (nog) niet heeft aangegrepen.

gaan. Artikel 243 van het communautair douanewetboek kent “iedere persoon” het recht toe om beroep in te stellen tegen beschikkingen van douaneautoriteiten. Het is dát recht dat de unierechtelijke kapstok vormt voor de klachten van *Unitrading* over de geheime bewijsmiddelen in de procedure over de UTB. En het is ook dat recht waarvan de nationale rechter, bij gebreke van verdere unierechtelijke procedure-regels over UTB's en/of geheime bewijsmiddelen, middels het nationale procesrecht de doeltreffende werking dient te verzekeren.<sup>33</sup> Ondanks deze gelijkenis tussen beide zaken schakelt het Hof van Justitie in *Unitrading* als bekend naar het doeltreffendheidsvereiste, terwijl het dit in *Johnston* achterwege laat (intendeel, daar het beginsel van effectieve rechtsbescherming formuleert).

Een blik op de inzet van het *achterliggende* of daadwerkelijke geschil in de zaken *Johnston* en *Unitrading* en de belangen die daarbij speelden, kan het verschil in handelwijze mogelijk wel verklaren. Uiteindelijk gaat *Johnston* over het recht op gelijke behandeling van mannen en vrouwen. Marguerite *Johnston* wilde graag als lid van de *Royal Ulster Constabulary full-time Reserve* blijven werken, maar als gevolg van het beleid van de *Chief Constable* om de leden daarvan wegens de toenemende onlusten in Noord-Ierland met dienstwapens uit te rusten en te beslissen dat vrouwen met dienstwapens onwenselijk waren, werd haar contract niet verlengd. Met een beroep op de destijds geldende gelijkebehandelingsrichtlijn komt zij hiertegen in verweer. *Unitrading Ltd.* daarentegen wil eerst en vooral knoflookbollen invoeren. Het bedrijf heeft daar niet zozeer recht op, als wel de verplichting op grond van het communautair douanewetboek om douanerechten te betalen. Waar *Johnston* gaat om de bescherming van door de Unie toegekende rechten, gaat *Unitrading* ook om de bescherming van de belangen

van de Unie zelf. Onze suggestie is dat dit verschil van belang kan zijn bij de vraag langs welke lijn het Hof van Justitie een zaak benadert, althans of het een rol ziet weggelegd voor het beginsel van effectieve rechtsbescherming, thans artikel 47 Handvest.<sup>34</sup> Oudere *leading cases* en meer recente jurisprudentie lijken deze premisse te ondersteunen: daar waar het recht in het achterliggende of daadwerkelijke geschil ‘burger-beschermend’ Unierecht bevat, dat wil zeggen daar waar de Unie rechten toekent aan (rechts)personen, dan verloopt de te bieden rechtsbescherming middels het beginsel van effectieve rechtsbescherming, dan wel artikel 47 Handvest.<sup>35</sup> Het beginsel of artikel wordt

34 De gelijkenschakeling van beginsel van effectieve rechtsbescherming en art. 47 Hv is wat kort door de bocht, omdat de gedachte ook wel is dat art. 47 Hv niet alleen door de *Johnston*-jurisprudentielijn is beïnvloed, maar ook de jurisprudentie van het HvJ m.b.t. het doeltreffendheidsbeginsel. Vgl. de bespreking van art. 47 Hv in Peers et al. 2014 en zie bijv. HvJ EU (conclusie A-G Cruz Villalón) 23 oktober 2014, zaak C-510/13, *Földgáz Trade*, ECLI:EU:C:2014:2325, punt 43. Wij achten het aannemelijk dat art. 47 Hv door beide beginselen is beïnvloed, maar nemen waar dat ook na de komst van art. 47 Hv er een afzonderlijke rol voor het doeltreffendheidsvereiste is weggelegd, alsook dat het HvJ zelf art. 47 Hv aanmerkt als codificatie van het beginsel van effectieve rechtsbescherming, zie HvJ EU (GK) 6 november 2012, zaak C-199/11, *Otis*, ECLI:EU:C:2012:684, r.o. 46: “It must be borne in mind in that regard that the principle of effective judicial protection is a general principle of EU law, to which expression is now given by Article 47 of the Charter (...).”

35 In de reeks *leading cases* waarin het HvJ het beginsel van effectieve rechtsbescherming en, na inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon, art. 47 Hv uitdrukkelijk een rol geeft, vragen de betrokken (rechts)personen in het achterliggende geschil om bescherming van door de Unie toegekende rechten, te weten hun vrij verkeer rechten (zaak C-432/05, *Unibet*), het recht op gelijke behandeling (op het gebied van arbeid, zaak C-268/06, *Impact*; als zwangere vrouw, zaak C-63/08, *Pontin*), het

33 Zo leert zorgvuldige lezing van r.o. 27 en, duidelijker, r.o. 33 van het arrest.

eventueel door het Hof zelf van stal gehaald.<sup>36</sup> Is het recht in het achterliggende of daadwerkelijke geschil daarentegen ‘Unie-beschermend’ van aard, ziet het op de bescherming van de belangen van de Unie, dan verschijnen het beginsel van effectieve rechtsbescherming of artikel 47 Handvest niet ten tonele (of worden ze daarvan zelfs afgevoerd) en worden rechtsbeschermingsvragen in hoofdzaak via het doeltreffendheidsvereiste opgelost.<sup>37</sup> Dit laatste lijkt

alleen anders te zijn indien de belangen van de Unie worden geacht te zijn gediend middels het toekennen van rechtsbescherming aan bepaalde partijen, die zo doeltreffend kunnen procederen en daarmee de belangen van de Unie veilig kunnen stellen,<sup>38</sup> dan wel indien er wel belangen van de Unie worden beschermd, maar de (potentiële) inbreuk op de rechten van de betrokken (rechts)personen zo groot is, dat het bieden van individuele rechtsbescherming op zijn plaats is.<sup>39</sup>

recht op bescherming als consument (gevoegde zaken C-317/08-320/08, Alassini), het recht op toegang tot de rechter in grensoverschrijdende geschillen (zaak C-279/09, DEB/Duitsland), het recht op toegang tot de rechter in asielprocedures (via de Procedurerichtlijn, zaak C-69/10, Samba Diouf). Hetzelfde is te zien in meer recente arresten. Voormalige huiseigenaren vragen om bescherming van hun rechten als consument (HVJ EU 17 juli 2014, zaak C-169/14, Sánchez Morcillo, ECLI:EU:C:2014:2099 en EHRC 2014/234, m.nt. Mak) en gedetacheerde werknemers proberen met behulp van een vakbond alsnog het juiste minimumloon te verkrijgen (HvJ EU 12 februari 2015, zaak C-396/13, ESA, ECLI:EU:C:2015:86).

36 Zie zaak C-279/09, DEB/Duitsland, waarin de nationale rechter vraagt naar de uitlegging van het doeltreffendheidsbeginsel, maar het HvJ de vraag in r.o. 33 herformuleert: “[g]elet hierop, moet de gestelde vraag aldus worden geherformuleerd dat zij betrekking heeft op de uitlegging van het in artikel 47 van het Handvest neergelegde beginsel van daadwerkelijke rechterlijke bescherming (...)” Vgl. HvJ EU 23 oktober 2014, zaak C-104/13, Olainfarm, ECLI:EU:C:2014:2316.

37 Zie bijv. HvJ EU 3 september 2009, zaak C-2/08, Olimpiclub, ECLI:EU:C:2009:506 waar het unierechtelijk belang bij het voorkomen belastingontduiking centraal staat en de BTW van “wezenlijk belang (...) voor de eigen middelen van de Europese Gemeenschap” wordt aangemerkt en art. 47 Hv er niet aan te pas komt en meer recent HvJ EU 27 juni 2013, zaak C-93/12, Agroconsulting, ECLI:EU:C:2013:432 over de regulering van steunverlening aan landbouwers en waar art. 47 Hv slechts wordt genoemd en voor de invulling daarvan wordt gewezen op de voorafgaande overwegingen t.a.v.

Het verder uitdiepen en testen van onze analyse<sup>40</sup> gaat het bestek van dit artikel te buiten. Een dergelijke analyse zal ook niet ten grondslag hebben gelegen aan de keuze van de Hoge Raad om de kwestie van *Unitrading* te ‘framen’ als een vraag onder artikel 47 Handvest. Daarvoor geldt dat het ook gewoon ‘gevoelsmatig’ wel is te begrijpen dat men een zaak over geheime bewijsmiddelen in het vat van artikel 47

het doeltreffendheidsbeginsel. In de zaak *Unitrading* verliest art. 47 Hv als bekend voor het Hof snel relevantie.

38 In HvJ EU 11 september 2014, zaak C-19/13, Fastweb SpA, ECLI:EU:C:2014:2194 wordt het belang van de gehele Unie bij correct verlopen aanbestedingen gediend door de rechtsbescherming te bieden aan (rechts)personen die opkomen tegen mogelijk onrechtmatig verlopen aanbestedingen en speelt art. 47 Hv dus toch een rol.

39 Zie HvJ EU 12 juni 2014, zaak C-314/13, Peftiev e.a., ECLI:EU:C:2014:1645, over het recht op rechtsbijstand voor personen wiens financiële tegoeden zijn bevroren en HvJ EU 18 december 2014, zaak C-562/13, Abdida, ECLI:EU:C:2014:2453, over rechtsbescherming voor illegaal verblijvende derdelanders die met uitzetting worden bedreigd.

40 Die in zekere zin aansluit bij die van Prechal en Widdershoven. Dat er alleen een rol is weggelegd voor het beginsel van effectieve rechtsbescherming of art. 47 Hv als de Unie rechten toekent, sluit immers aan bij de functie van het beginsel en het artikel als uiting van de rechtsstaattedachte.

Handvest giet. Enerzijds dringt zich ook dan, zonder het uiteenrafelen van de casus *Unitrading*, de vraag op of er met de komst en/of de steeds grotere rol van artikel 47 Handvest nog wel behoefte is aan afzonderlijke unierechtelijke bepalingen met daarin een recht op toegang tot de rechter, zoals artikel 243 van het douanewetboek. En als de behoefte aan dergelijke bepalingen blijft bestaan, ligt de vraag in de rede of artikel 47 Handvest niet een steeds grotere rol zal krijgen bij de invulling daarvan, ten koste van een invulling via het gelijkwaardigheids- en doeltreffendheidsvereiste.<sup>41</sup> Anderzijds laat juist het uiteenrafelen van de casus *Unitrading* zien dat er een bepaald type zaken is waarin onverkorte toepassing van artikel 47 Handvest vanuit het perspectief van de Unie niet voor de hand ligt. Dat zijn zaken waarin het Uniebelang centraal staat. Van belang voor deze bijdrage is verder dat er anno 2015 hoe dan ook een terrein openligt waarop artikel 47 Handvest (nog) niet de procesrechtelijke eisen uiteenzet, maar waar deze via de

band van het doeltreffendheidsbeginsel worden gecommuniceerd. Wie zich rekenschap wil geven van deze eisen zal dus ook de jurisprudentie tot zich moeten nemen waarin niet artikel 47 Handvest, maar (alleen) het doeltreffendheidsvereiste een rol speelt. Deze handschoen pakken wij in het hiernavolgende ook zelf op.

#### 4. Nationaal bewijsrecht en het doeltreffendheidsbeginsel

##### 4.1 *Bewijsregels in het algemeen*

Niet alleen artikel 47 Handvest kan dus grenzen stellen aan de toepassing van het nationale procesrecht, ook het doeltreffendheidsbeginsel kan dat. Het uitgangspunt van procedurele autonomie – het uitgangspunt dat bestuursorgaan en rechter hun nationale procesregels toepassen op besluiten met een unierechtelijke dimensie – geldt daarbij “in het bijzonder voor de bewijsregels, met name de regels inzake de verdeling van de bewijslast, in gedingen over schending van het gemeenschapsrecht”.<sup>42</sup> In het algemeen geldt dat het Hof niet snel specifieke eisen stelt aan nationaalrechtelijke bewijsbepalingen en dat geldt ook in het bijzonder voor het douanerecht dat in *Unitrading* ter beoordeling stond. In *Sony Supply Chain Solutions* expliciteert het Hof dat bij gebreke van een unierechtelijke regeling van het bewijs, alle bewijsmiddelen die het procesrecht van de lidstaten kent in soortgelijke procedures als die waarin het douanewetboek voorziet, in beginsel ontvankelijk (toelaatbaar) zijn.<sup>43</sup> Evenmin lijkt het snel geneigd om in de Europese verordening zelf (het communautair douanewetboek) specifieke bewijseisen te

41 In een recente conclusie neemt A-G Jääskinen de positie in dat de beginselen van gelijkwaardigheid en doeltreffendheid “binnen het bereik van artikel 47 Handvest” vallen: conclusie van 7 mei 2015 in zaak C-61/14, *Orizzone Salute*, punt 24. In de arresten HvJ EU 12 februari 2015, zaak C-662/13, *Surgicare*, ECLI:EU:C:2015:89, r.o. 33 en HvJ EU 19 maart 2015, zaak C-510/13, *Földgáz Trade*, ECLI:EU:C:2015:189, r.o. 50 wordt art. 47 Hv als een soort ondergrens aangemerkt. Naast naleving van het doeltreffendheids- en gelijkwaardigheidsbeginsel moet art. 47 Hv worden nageleefd. Ook hierin zou het begin van een overkoepelende functie van art. 47 Hv kunnen worden gelezen. In de laatste zaak is het verschijnen van art. 47 Hv overigens te verklaren middels de in de hoofdtekst uiteengezette analyse, in de eerste zaak is dit lastiger. Het verder verfijnen van de analyse is dus aangewezen. Hierbij zou aandacht kunnen worden besteed aan de vraag of wellicht sprake is van een overgangsfase voor wat betreft de rol van het beginsel van effectieve rechtsbescherming gelet op de codificatie daarvan in het Handvest.

42 HvJ EU 28 januari 2010, zaak C-264/08, *Direct Parcel Distribution Belgium*, ECLI:EU:C:2010:43, r.o. 34. Zie ook HvJ EU 24 april 2008, zaak C 55/06, *Arcor*, ECLI:EU:C:2008:244 en AB 2008/326, m.nt. Widdershoven, r.o. 191.

43 HvJ EU 7 april 2011, zaak C-153/10, *Sony Supply Chain Solutions*, ECLI:EU:C:2011:224, r.o. 41.

lezen. “Ongeacht de redenen om de voorkeur te geven aan een objectief bewijs van de plaats van de overtreding (...) staat het niet aan het Hof om zich in de plaats van de gemeenschapswetgever te stellen en van een bepaling een uitlegging te geven die in tegenspraak is met de uitdrukkelijke inhoud ervan.”<sup>44</sup> Het nationale procesrecht, waaronder het bewijsrecht, is leidend.

In de praktijk moeten die nationale bewijsregels vooral aan het doeltreffendheidsbeginsel worden getoetst.<sup>45</sup> In die beoordeling dient de rechter vooral na te gaan of (strengere) bewijsregels verhinderen dat een partij een mogelijke schending van Unierecht effectief aan de orde kan stellen. Daarbij kan men denken aan een bewijsregel die de bewijslast legt op de partij die zich op een schending beroept en die vrijwel onmogelijk aan de benodigde (vertrouwelijke) gegevens kan komen, die een lastig te weerleggen bewijsvermoeden bevat, of aan de bewijsregel die een nauwelijks te verkrijgen bewijsmethode of bewijsstuk voorschrijft.<sup>46</sup> Zo beriep een geneeskundig laboratorium zich in *Labo-*

*ratoires Boiron* op een schending van het staatssteunrecht, omdat alleen laboratoria zoals zij een heffing op geneesmiddelen dienden te betalen, waar groothandelaars-distributeurs dat niet hoefden. Het laboratorium moest aantonen dat de vrijstelling van de heffing tot een overcompensatie van de groothandelaars leidde, in die zin dat de vrijstelling geen reële compensatie bood voor de daar tegenoverstaande plicht tot openbare dienstverlening, maar een veel groter financieel voordeel opleverde. Om te kunnen voldoen aan die bewijslast heeft het laboratorium informatie nodig over de financiële stromen binnen de groothandels, waarover het niet kan beschikken. Onder dergelijke omstandigheden van bewijsnood kan de regel van bewijslastverdeling ertoe leiden dat een schending van Unierecht vrijwel nooit aanneemelijk kan worden gemaakt. In dat geval belemmert het nationale bewijsrecht een doeltreffende doorwerking van het Europese recht. Om de eerbiediging van het doeltreffendheidsbeginsel dan te verzekeren, moet de nationale rechter gebruikmaken van alle procedurele middelen die hem door het nationale recht ter beschikking worden gesteld, bijvoorbeeld door gebruik te maken van zijn onderzoeksbevoegdheden.<sup>47</sup> Hij kan dan bijvoorbeeld nadere stukken opvragen bij een van de partijen of bij een derde. Biedt dat geen oplossing, dan kan de nationale bewijsregeling in strijd zijn met het doeltreffendheidsbeginsel.

Belangrijk om te realiseren is dat het Hof geen gedetailleerde bewijzeisen formuleert, waaraan het nationale procesrecht moet voldoen. Rijst de vraag of een nationale procesregel in strijd komt met het doeltreffendheidsbeginsel dan

44 HvJ EU 23 maart 2000, gevoegde zaken C-310/98 en C-406/98, *Met-Trans en Sappol*, ECLI:EU:C:2000:154, r.o. 32.

45 Vgl. einde par. 3.1 voor de eigenlijk non-existente rol van het gelijkwaardigheidsbeginsel. Zie ook J.H. Jans e.a., *Europeanisation of Public Law*, Groningen: Europa Law Publishing 2007, p. 301-308, waarin ook andere unierechtelijke beginselen, zoals het verdedigingsbeginsel en het gelijkheidsbeginsel met het bewijsrecht in verband worden gebracht. Omdat deze beginselen een casuïstisch beeld laten zien en in Unitrading geen rol spelen los van art. 47 Hv, laten we deze hier verder buiten beschouwing.

46 HvJ EG 9 november 1983, zaak C-199/82, *San Giorgio*, ECLI:EU:C:1983:318; HvJ EG 7 september 2006, zaak C 526/04, *Laboratoires Boiron*, ECLI:EU:C:2006:528 en AB 2006/355, m.nt. Steyger; HvJ EU 28 januari 2010, zaak C-264/08, *Direct Parcel Distribution Belgium*, ECLI:EU:C:2010:43; HvJ EU 23 oktober 2014, zaak C-437/13, *Unitrading*, ECLI:EU:C:2014:2318.

47 HvJ EG 7 september 2006, zaak C 526/04, *Laboratoires Boiron*, ECLI:EU:C:2006:528 en AB 2006/355, m.nt. Steyger, r.o. 55; HvJ EU 28 januari 2010, zaak C-264/08, *Direct Parcel Distribution Belgium*, ECLI:EU:C:2010:43, r.o. 35 en in HvJ EU 23 oktober 2014, zaak C-437/13, *Unitrading*, ECLI:EU:C:2014:2318, in r.o. 28.



moet die “worden onderzocht met in aanmerking[neming] van de plaats van die bepaling in de gehele procedure en van het verloop en de bijzondere kenmerken van die procedure voor de verschillende nationale instanties en dat daartoe in voorkomend geval rekening moet worden gehouden met de beginselen die aan het nationale stelsel van rechtsbescherming ten grondslag liggen (...)”<sup>48</sup> Het Hof beziet of de bewijsregeling als integraal onderdeel van het procesrecht de effectuering van het Europese recht bemoeilijkt. Dat laat onverlet dat het interessant is om te bezien hoe deze integrale beoordeling van het Hof uitvalt indien zich een knellend bewijsprobleem voordoet dat vergelijkbaar is met de zaak *Unitrading*. In dat licht behandelen we bewijsproblemen in de nationale procedure door het niet kunnen uitvoeren van een contra-expertise.

#### 4.2 (On)mogelijke contra-expertise

Rond feitenvaststellingen die berusten op deskundigenbewijs ontstaat gemakkelijk bewijsrechtelijke discussie. Het bewijsmateriaal is vaak lastig te verkrijgen en als het voorhanden is, vaak moeilijk te verifiëren, waarden en bestrijden. Wil een belanghebbende deskundigenbewijs inhoudelijk bestrijden, dan heeft hij al snel een contra-expertise nodig. Komt het

doeltreffendheidsbeginsel in gevaar indien de belanghebbende onmogelijk aan een contra-expertise kan komen? Mag het besluit dan op het niet te bestrijden deskundigenbewijs worden gebaseerd? Die vraag stond centraal in de zaak *Steffensen*, die een aantal opvallende overeenkomsten met *Unitrading* vertoont.<sup>49</sup> Het bestuursorgaan had in het kader van de levensmiddelencontrole op *Bockwürstchen* een bedrijfsbezoek afgelegd en een aantal monsters genomen. Een laboratorium analyseert de monsters van de worsten en stelt dat deze van bescheiden kwaliteit zijn. , die als medewerker belast is met het toezicht op de productie, ontvangt een boete omdat hij uit onachtzaamheid heeft toegestaan dat de worsten zonder deugdelijke etikettering in het verkeer zijn gebracht. De toepasselijke levensmiddelenrichtlijn geeft de fabrikant het recht om een contra-expertise te laten uitvoeren op de genomen monsters. De fabrikant kan dat recht echter niet effectueren, omdat hem ten onrechte geen mededeling is gedaan van de monsterneming en de monsters inmiddels niet meer beschikbaar zijn. De verwijzende rechter vraagt of het bestuursorgaan de resultaten van het laboratoriumonderzoek nog wel mag gebruiken als het recht op contra-expertise is geschonden en het besluit uitsluitend op de testresultaten berust. Nadat het Hof heeft vastgesteld dat de gemeenschapswetgeving de toelaatbaarheid van bewijsmiddelen ongeregeld laat, beziet het of de nationale bewijsregeling aan het doeltreffendheidsbeginsel beantwoordt. Het nationale recht blijkt zich er niet tegen te verzetten dat het besluit berust op de laboratoriumtesten, ook niet als het in de richtlijn vastgelegde recht op contra-expertise is geschonden. De onderzoeksbevoegdheden van de rechter en de vrijheid die hem toekomt bij de bewijswaardering, zijn omstandigheden die mede bepalen of de expertise daadwerkelijk te betwisten is. In dat licht lijkt de vrij-bewijsleer als systeemkenmerk positief uit te vallen,

48 HvJ EG 10 april 2003, zaak C-276/01, *Steffensen*, ECLI:EU:C:2003:228 en AB 2003/310, m.nt. AdMvV, r.o. 66. Het Hof geeft hier toepassing aan wat wel de ‘procedurale rule of reason’ wordt genoemd. Het Hof ontwikkelde deze toets in HvJ EG 14 december 1995, zaak C-312/93, *Peterbroeck*, ECLI:EU:C:1995:437 en HvJ EG 14 december 1995, gevoegde zaken C-430/93 en C-431/93, *Van Schijndel en Van Veen*, ECLI:EU:C:1995:441 en op grond hiervan kan een nationale procesregel in stand blijven ondanks het feit dat deze de effectuering van het Unierecht moeilijk of onmogelijk maakt (en dus niet voldoet aan het doeltreffendheidsvereiste). Redengevend hiervoor is dan de rechtvaardiging van de nationale regel. Zie meer uitgebreid *Jans, Prechal & Widdershoven* 2011, p. 48 e.v.

49 HvJ EG 10 april 2003, zaak C-276/01, *Steffensen*, ECLI:EU:C:2003:228 en AB 2003/310, m.nt. AdMvV.

omdat die de rechter veel ruimte geeft om het gemankeerde bewijsmateriaal kritisch te bezien.<sup>50</sup>

De nationale rechter moet ‘gelet op alle beschikbare gegevens feitelijk en rechtens’ beoordelen of de betwisting van de feitenvaststelling in het besluit mogelijk is. De technische aard van de informatie kan daarbij relevant zijn. Hoe meer expertise de feitenvaststelling vergt, hoe minder de rechterlijke bevoegdheden tot eigen onderzoek en vrije bewijswaardering als effectieve compenserende maatregelen kunnen gelden. Onder verwijzing naar artikel 6 EVRM en het Mantovanelli-arrest<sup>51</sup> benadrukt het Hof dat dan in het bijzonder moet worden onderzocht of een daadwerkelijke mogelijkheid tot (tegen)bewijslevering bestaat.<sup>52</sup> Uiteindelijk hangt het van de concrete toepassing van het nationale procesrecht af of het doeltreffendheidsbeginsel wordt geschonden. Opvallend is dat in *Unitrading* een verwijzing naar *Steffensen* ontbreekt en dat het Hof geen aandacht vraagt voor de technische aard van de informatie die de bewijspositie bemoeilijkt. Waarom wordt *Steffensen* wel over de band van het beginsel van effectieve rechtsbescherming beoordeeld en *Unitrading* niet? Wellicht dat het expliciete recht op contra-expertise in de levensmiddelenrichtlijn als ‘burger-beschermend’ element kan worden gezien<sup>53</sup> of dat de boete, een meer ingrijpende inbreuk op de rechten van *Steffensen*, de vergelijking met artikel 6 EVRM opdroeg.

#### *Tussenconclusie*

Het uitgangspunt van nationale procedurele autonomie geldt in het bijzonder voor bewijs-

regels. De nationale bewijsrechtelijke bepalingen worden vooral langs de lat van het doeltreffendheidsbeginsel gelegd. Het Hof beoordeelt niet bewijsbepaling na bewijsbepaling, maar beziet het bewijsregime als geheel, als onderdeel van het stelsel van procesrecht. Een inperking van de mogelijke bewijsmiddelen, dwingende bewijskracht van een bepaald bewijsmiddel, lastig te weerleggen vermoedens en een bewijslast in het geval van structurele bewijsnood zijn omstandigheden die de effectuering van het Unierecht in gevaar brengen. De enkele omstandigheid dat bewijsmateriaal geheim blijft of dat een besluit berust op een niet met een contra-expertise te weerleggen rapport, maakt de effectuering van dat Unierecht nog niet onmogelijk. Bezien moet worden of de belanghebbende op zinvolle wijze kan reageren op het bewijsmateriaal van het bestuursorgaan en of de bestuursrechter zo nodig compensatie kan bieden.

## 5. Toepassing van de doeltreffendheidsvereisten op het Nederlandse bestuursprocesrecht

### 5.1 Inleiding

De antwoorden van het Hof van Justitie in de zaak *Unitrading* hebben in de woorden van Advocaat-Generaal Van Hilten “een hoog doehet-zelf-gehalte”. De Hoge Raad moet aan de hand van het eigen procesrecht beoordelen of het besluit kon worden gebaseerd op het niet te verifiëren bewijsstuk, hoe de feitenrechter met het gedane bewijsaanbod had moeten omgaan en hoe de omstandigheid dat belanghebbende een contra-expertise had kunnen laten uitvoeren had moeten worden meegewogen. Daarbij moet de rechter nagaan of doeltreffendheidsbeginsel is geëerbiedigd. In een conclusie van 13 mei 2015 neemt de A-G een voorschot op deze beoordeling voor het Nederlandse fiscale procesrecht.<sup>54</sup> Zij komt tot de conclusie dat toe-

50 Vgl. het betoog van de Duitse regering in r.o. 67, HvJ EG 10 april 2003, zaak C-276/01, *Steffensen*, ECLI:EU:C:2003:228 en AB 2003/310, m.nt. AdMvV.

51 EHRM 18 maart 1997, zaaknr. 21497/93, JB 1997/112.

52 HvJ EG 10 april 2003, zaak C-276/01, *Steffensen*, ECLI:EU:C:2003:228 en AB 2003/310, m.nt. AdMvV, r.o. 77 en 78.

53 Zie par. 3.3 en in het bijzonder noot 36 van dit artikel.

54 Conclusie A-G Van Hilten 13 mei 2015, ECLI:NL:PHR:2015:794.

lating van het onderzoek van het Amerikaanse laboratorium als bewijsmiddel niet in strijd is met het Nederlandse fiscale procesrecht. Wel bepleit zij op basis van nationale jurisprudentie een bijzondere motiveringsplicht van de rechter met betrekking tot de bewijskracht die hij aan het bewijsmiddel toekent, nu het beslissende en enige bewijsmiddel voor geen van de betrokkenen controleerbaar is.<sup>55</sup> Het doeltreffendheidsbeginsel acht de A-G niet geschonden, omdat *Unitrading* niet beperkt is in haar bewijsmiddelen ter betwisting van het laboratoriumonderzoek, waarbij een rol speelt dat zij een professionele marktpartij is. Hieronder gaan we nader op die doeltreffendheidsanalyse in en bespreken we meer in het algemeen of het Nederlandse bestuursprocesrecht en het bewijsrecht de unierechtelijke toets doorstaan in het geval het bestuursorgaan zijn besluit baseert op niet te verifiëren bewijsmateriaal.

### 5.2 *Reële mogelijkheid tot bewijslevering*

In paragraaf 4 is beschreven hoe het doeltreffendheidsbeginsel grenzen stelt aan de toepassing van het nationale bewijsrecht. Het Hof formuleert geen gedetailleerde bewijseisen, maar bekijkt of de bewijsregeling als geheel de effectuering van het Europese recht bemoeilijkt. In de beeldbepalende zaken als *San Giorgio*, *Laboratoires Boiron* en *Direct Parcel Distribution* zien we een mogelijke schending van het doeltreffendheidsbeginsel opspelen, in het geval dat de partij die zich op een schending van het Unierecht beroept in een onmogelijke bewijspositie zit. De rechtsoverwegingen in *Unitrading* passen in de lijn van deze jurisprudentie, maar wat de casus betreft valt *Unitrading* uit de toon. Het is primair de Inspecteur van de belastingen die zich op een mogelijke schending van het Unierecht beroept. Hij stelt dat de knoflookbollen in werkelijkheid uit China komen, waardoor *Unitrading* in strijd met het Unierecht een te lage importheffing heeft betaald. De Inspecteur voldoet volgens

rechtbank en gerechtshof aan zijn bewijslast met de overlegging van het onderzoeksrapport. De 'onmogelijke' bewijspositie doet zich niet voor aan de kant van de partij met het bewijsrisico, die een schending van het Unierecht stelt, maar aan de kant van de wederpartij die tegenbewijs levert tegen een voorhands aanneemelijk geachte schending. Ook de A-G merkt dat verschil op en concludeert dat vooral moet worden beoordeeld of *Unitrading* voldoende mogelijkheid heeft gehad om op zinvolle wijze tegenbewijs te leveren.<sup>56</sup> Het doeltreffendheidsbeginsel zal dan minder snel geschonden zijn. Tegenbewijs leveren is doorgaans iets gemakkelijker dan van aanvang af een schending te moeten bewijzen. De partij die tegenbewijs levert dient (de conclusies uit) het bewijsmateriaal van de wederpartij in twijfel te trekken; zij hoeft niet het tegendeel te bewijzen.<sup>57</sup> Die twijfel kan *Unitrading* niet alleen maar zaaien als zij het referentiemateriaal uit de knoflookdatabank kent, dat kan zij ook doen door een contra-expertise te laten verrichten. Wellicht kan zij ook een sample inbrengen van een knoflookbol afkomstig uit de grond van de door haar beweerdelijk gebruikte Pakistaanse akker, om te horen of een sample uit dat gebied in de databank aanwezig is. Heeft zij dan een reële bewijsmogelijkheid? Het antwoord op die vraag hangt mede af van de reële mogelijkheid tot submonsterneming. De feiten in de casus spreken niet in het voordeel van *Unitrading*. Op haar verzoek heeft het bestuursorgaan het Amerikaanse laboratorium gevraagd een heronderzoek uit te voeren, wat tot een zelfde bevinding omtrent de herkomst leidt. *Unitrading* lijkt op de hoogte te zijn gesteld dat er submonsters beschikbaar waren<sup>58</sup>, heeft met verschillende laboratoria

<sup>56</sup> Ibidem, par. 10.4.2 en 10.4.3.

<sup>57</sup> Y.E. Schuurmans, *Bewijslastverdeling in het bestuursrecht. Zorgvuldigheid en bewijsvoering bij beschikkingen* (diss. Amsterdam VU), Deventer: Kluwer 2005, p. 23.

<sup>58</sup> Conclusie A-G Van Hilten 13 mei 2015, ECLI:NL:PHR:2015:794, par. 10.4.11, waarbij zij

<sup>55</sup> Ibidem, par. 9.5, i.h.b. 9.5.11.

contact gehad, maar brengt uiteindelijk geen contra-expertise in, maar een ‘*expert opinion*’ van een Schots laboratorium dat niet geaccrediteerd is voor de meetmethode ICP/MS. Zij biedt het bestuursorgaan aan om een ambtenaar de knoflookvelden in Pakistan te laten bezichtigen, maar die waarneming van de akker kan niets zeggen over de herkomst van de reeds eerder ingevoerde knoflook. Alles bij elkaar lijkt de eigen processtrategie van Unitrading in belangrijke mate te hebben bijgedragen aan de lastige bewijspositie waarin zij verkeert.<sup>59</sup> Onder die omstandigheden zal van een schending van het doeltreffendheidsbeginsel niet snel sprake zijn en hoeft de nationale bestuursrechter ook niet tot compenserende maatregelen over te gaan. Zo stelt ook de A-G: “Naar ik meen is voor de eerbiediging van het doeltreffendheidsbeginsel niet (alleen) van belang wat de rechter kan/moet doen om belanghebbende te faciliteren bij het leveren van tegenbewijs, maar ook wat belanghebbende zelf heeft gedaan/had kunnen doen, om tegenbewijs te leveren dat de rechter vervolgens in aanmerking moet nemen”.<sup>60</sup> Bovendien, van de problematische bewijspositie heeft de Europese Unie weinig last. Heeft een feitenvaststelling in strijd met de materiële waarheid plaatsgevonden (de bollen komen toch uit Pakistan), dan is per ongeluk teveel geheven. Dat speelt officieel natuurlijk geen rol, maar wanneer de financiële belangen van de EU niet in het gedrang komen, dan zal het Europese recht niet

zo snel in een zaak verlangen dat het nationale procesrecht buiten toepassing moet blijven.<sup>61</sup>

### 5.3 *Lessen voor het algemene bestuursprocesrecht*

Wat leert het arrest *Unitrading* het algemene bestuursrecht? Kunnen de bewijsproblemen in die zaak zich ook buiten het douanerecht voordoen en zo ja, waar leidt een toepassing van het bestuursprocesrecht dan toe? De omstandigheid dat bestuursorgaan, noch belanghebbende, noch rechter over bewijsmateriaal beschikt dat bepalend is voor het bestreden besluit, is uitzonderlijk. Zij komt wel voor indien een besluit berust op informatie van de Algemene Inlichtingen- en Veiligheidsdienst (AIVD), bijvoorbeeld bij een inreisverbod opgelegd aan de vreemdeling die volgens de AIVD een gevaar voor de nationale veiligheid vormt. Bestuursrechters gaan er dan doorgaans toe over om op grond van artikel 8:45 Algemene wet bestuursrecht (Awb) nadere inlichtingen te vragen, waarna de stukken waarop het individuele ambtsbericht berust ten kantore van de AIVD kunnen worden ingezien. Recent overwoog de rechtbank Den Haag in dat kader:

61 Dat dergelijke belangen nog wel eens voor procesrechtelijke eisen kunnen gaan, leert HvJ EU 3 juli 2014, gevoegde zaken C-129/13 en C-130/13, Kamino en Datema, ECLI:EU:C:2014:2041. Zie r.o. 54 waar het HvJ “het algemeen belang van de Unie en met name het belang dat zij heeft bij een snelle inning van haar eigen middelen” aandraagt als mogelijke reden om het horen voorafgaand aan het opleggen van een UTB niet verplicht te stellen en r.o. 68 waar het HvJ het “algemeen belang van de Unie bij een snelle inning van haar eigen middelen” aanvoert als reden om een beroep tegen een UTB niet altijd schorsende werking te laten hebben. Zie voor een verdere bespreking van het arrest, waaronder de (mogelijke) implicaties van het verdedigingsbeginsel ex art. 41 Hv voor art. 4:12 lid 1 Awb: A.W.G.J. Buijze, ‘Het Hof van Justitie in Kamino-Datema: horen in bezwaar onder voorwaarden gesanctioneerd’, NtEr 2014, p. 299-304.

opmerkt dat in het proces-verbaal van het gerechtshof staat dat de gemachtigde van Unitrading niet wist dat er nog monsters beschikbaar waren in Nederland (om) dat zij de brieven van de douaneautoriteiten niet goed had bekeken.

59 Zie m.n. par. 10.4.8-10.4.12 van de conclusie van de A-G.

60 Conclusie A-G Van Hilten 13 mei 2015, ECLI:NL:PHR:2015:794, par. 10.4.7.

“Aldus is naar het oordeel van de rechtbank in lijn met voornoemd arrest van het Hof van Justitie [ZZ] sprake van een doeltreffende rechterlijke toets van zowel de noodzaak om de bescherming van de staatsveiligheid te verzekeren door geheimhouding van de stukken die ten grondslag zijn gelegd aan het ambtsbericht als het bestreden besluit waaraan dit ambtsbericht ten grondslag is gelegd. De rechtbank is verder van oordeel dat overeenkomstig de lijn van het Hof aan eiser de essentie van de redenen die aan het bestreden besluit ten grondslag liggen is medegedeeld.”<sup>62</sup>

Zou de bestuursrechter een onderzoek en verzoek tot nadere inlichtingen achterwege laten, dan zal de procedure niet snel voldoen aan de eisen van artikel 47 Handvest.

Doorgaans draagt het bestuursorgaan kennis van de relevante informatie en zal het die informatie in het proces brengen. Al kan het natuurlijk best vaker voorkomen dat het bestuursorgaan een deskundigenrapport aan het besluit ten grondslag legt, maar niet alle *ins & outs* van de testmethode weet. Moet het bestuursorgaan die informatie verstrekken? Zij valt niet zonder meer onder de ‘op de zaak betrekking hebbende stukken’ als bedoeld in artikel 8:42 Awb. Daaronder begrijpt de rechter de stukken die het bestuursorgaan bij de besluitvorming heeft betrokken. Een actieve vergaarplicht om stukken te verkrijgen die bij de besluitvorming geen rol hebben gespeeld en die niet onder het bestuursorgaan berusten, leest de bestuursrechter niet in artikel 8:42 Awb.<sup>63</sup> Er is dus geen plicht voor het bestuursorgaan om uit eigen beweging allerhande testinformatie in te brengen.<sup>64</sup>

62 Rb. Den Haag zp. Zwolle 27 januari 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:760.

63 E.J. Daalder, Handboek openbaarheid van bestuur, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011, p. 445-446.

64 Vgl. CBB 17 mei 2005, ECLI:NL:CBB:2005:AT5805: “De stukken die tot de primaire besluiten hebben geleid en nadien tot de bestreden besluiten zijn aan het Col-

Unitrading heeft er al vanaf het begin van de procedure een punt van gemaakt dat het onderzoeksrapport van het Amerikaanse laboratorium niet inzichtelijk en niet te verifiëren is. Uit de uitspraak van rechtbank en gerechtshof blijkt niet dat Unitrading de belastingrechter heeft verzocht om op grond van artikel 8:45 Awb de achterliggende testinformatie op te vragen bij het laboratorium.<sup>65</sup> Nu vormt dit een discretionaire bevoegdheid waar de bestuursrechter ook uit eigen beweging gebruik van kan maken. Bij die afweging zal de bestuursrechter de rechtspraak rond het doeltreffendheidsbeginsel moeten betrekken. Verkeert de belanghebbende in een vrijwel onmogelijke bewijspositie, waardoor hij een potentiële schending van het Unierecht niet effectief aan de orde kan stellen, dan is de rechter op basis van Europese jurisprudentie verplicht van zijn inlichtingenbevoegdheid gebruik te maken.<sup>66</sup> Immers, bij een dreigende schending van het doeltreffendheidsbeginsel dient de nationale rechter gebruik te maken van alle procedurele middelen die hem door het nationale recht ter beschikking staan. Zijn discretionaire onderzoeksbevoegdheden veranderen dan in onderzoeksplichten.<sup>67</sup> Overigens zou dat ambtshalve onderzoek in de zaak Unitrading waarschijnlijk tot weinig

---

lege overgelegd. Het betreft de laboratoriumuitslagen van ID-Lelystad B.V., alsmede – onverplicht – [cursiv. MH & YS] de bij brief van 12 februari 2004 overgelegde monsterbegeleidings-formulieren, bloedtaplijsten, een rapport tracersing bedrijf en een overzicht uit het LMS-computersysteem van ID-Lelystad B.V. (...).”

65 Gerechtshof Amsterdam 10 mei 2012, ECLI:NL:GHAMS:2012:BW6137, met verwijzingen naar de rechtbankuitspraak.

66 Zie ook E. Steyger in haar annotatie onder HvJ EG 7 september 2006, zaak C 526/04, Laboratoires Boiron, ECLI:EU:C:2006:528, AB 2006/355.

67 A-G Van Hilten lijkt dat anders te zien, waar zij meent dat de rechter niet verplicht kan worden van zijn onderzoeksbevoegdheden uit de Awb gebruik te maken, ECLI:NL:PHR:2015:794, par. 10.4.6.

hebben geleid, was de rechter daartoe al gehouden geweest. Artikel 8:45 Awb legt in de leden 2 en 3 op bestuursorganen en op de werkgevers van partijen de plicht om aan het informatieverzoek te voldoen. Andere derden, die niet bereid zijn om mee te werken, kunnen daartoe niet door de rechter worden gedwongen. Bij een laboratorium dat onder de rechtsmacht van een andere staat valt, is dat uiteraard nog problematischer. Maar, in meer reguliere bestuursrechtelijke zaken heeft de rechter op grond van de Awb de nodige onderzoeksbevoegdheden, waarmee hij invulling kan geven aan zijn unierechtelijke plicht bij een dreigende schending van het doeltreffendheidsbeginsel.

Het bestuursorgaan dat onderzoek door middel van monsterneming aan zijn besluit ten grondslag legt, doet er voorts verstandig aan om zichzelf wat meer plichten op te leggen dan artikel 5:18 Awb doet. Volgens de leden 3 en 6 van dat artikel hoeft het bestuursorgaan de belanghebbende alleen zo spoedig mogelijk in kennis te stellen van de resultaten van de monsterneming en een submonster te nemen indien de belanghebbende daartoe verzoekt.<sup>68</sup> Laat het bestuursorgaan deze handelingen achterwege, bijvoorbeeld omdat er geen verzoek ligt, dan kan het later vrijwel onmogelijk worden om de bevindingen inhoudelijk te bestrijden. Het bestuursorgaan draagt in dat geval in grote mate bij aan een latere zeer lastige bewijspositie voor de belanghebbende. Daarmee werkt het bestuursorgaan een mogelijke schending van

het doeltreffendheidsbeginsel in beroep in de hand.<sup>69</sup>

## 6. Conclusie

In dit artikel onderzochten we de mate waarin en de wijze waarop het Unierecht een kader geeft voor het gebruik van geheim bewijsmateriaal in het nationale bestuursrecht. Concrete aanleiding hiertoe vormde het arrest *Unitrading*. De inhoudelijke les daaruit is dat artikel 47 Handvest weliswaar vergt dat een belanghebbende kennis kan nemen van de essentie van de redenen van een besluit, maar geen recht toekent op verificatie van bewijsmateriaal dat ten grondslag ligt aan (bewijs)stukken en aan de rechter voorgelegde opmerkingen. Alleen als een belanghebbende wegens het niet kunnen verifiëren van bewijsmateriaal zijn Unierechten niet of nauwelijks kan effectueren, is het aan de nationale rechter om de zaken bij te sturen via het nationale procesrecht. De vrij gemakkelijke acceptatie van vertrouwelijk materiaal past bij de benadering van het Hof op andere materiële rechtsgebieden als het mededingingsrecht, waar vertrouwelijkheid essentieel is om een eerlijke concurrentie te kunnen borgen. Wel valt op dat het Hof in *Unitrading* in vergelijking met eerdere jurisprudentie weinig eisen stelt aan de informatiepositie van de nationale rechter en niet verlangt dat de rechter alle relevante informatie tot zich kan nemen. Bij de verdere duiding van *Unitrading* dient te worden bedacht dat het Hof van Justitie in het douanerecht traditiegetrouw terughoudend is in het lezen van bewijsregels in het communautair douanewetboek. De snelle verwijzing naar het nationale procesrecht past daarbij en het zou dus kunnen dat het Hof op een ander materieel rechtsgebied meer sturing geeft.

68 Over de toepassing van deze bepalingen bestaat maar weinig rechtspraak. Zie voor een uitzondering CBb 3 september 2006, ECLI:NL:CBB:2006:AY9279. "Gelet op artikel 5:18, derde lid, Awb had appellant direct om het nemen van een tweede monster kunnen en moeten vragen. Dat het vervolgens niet mogelijk is geweest om een contra-expertise uit te voeren, maakt niet dat in dit geval van een eerlijke procesvoering geen sprake is", r.o. 5.6.1.

69 Sector specifieke verordeningen en richtlijnen kunnen voor bestuursorganen een plicht tot mededeling en submonsterneming bevatten, zie HvJ EG 10 april 2003, zaak C-276/01, Steffensen, ECLI:EU:C:2003:228 en AB 2003/310, m.nt. AdMvV.



De consequentie van de keuze van het Hof om bewijsregels in hoofdzaak aan de nationale procedurele autonomie over te laten, is dat ze nog moeten worden getoetst aan de bekende *Rewe-criteria*: gelijkwaardigheid en doeltreffendheid. Bij het beantwoorden van de vraag of nationale bewijsregels voldoen aan het doeltreffendheidsbeginsel (het gelijkwaardigheidsbeginsel speelt nauwelijks een rol), beziet het Hof van Justitie het effect van de bewijsregels op de werking van het Unierecht in het licht van het nationale procesrecht in zijn geheel. Het lijkt daarbij alleen in te grijpen als een belanghebbende een vermeende schending van het Unierecht uiterst moeilijk aannemelijk kan maken of vrijwel onmogelijk op zinvolle wijze kan reageren op het bewijsmateriaal van het bestuursorgaan. Bij de beoordeling van de bewijspositie kan het Hof meenemen of de belanghebbende het bewijsrisico draagt, de mate waarin de eigen procesvoering van invloed is geweest op de bewijsnood en de mate waarin de bewijsnood het financiële belang van de Unie in gevaar brengt. Dreigt een schending van het doeltreffendheidsbeginsel dan beziet het Hof of de bestuursrechter op grond van het nationale procesrecht de benodigde compensatie kan bieden. Of de nationale rechter dat kan, beoordeelt primair die nationale rechter.

Het Nederlandse bestuursprocesrecht heeft als systeem goede kaarten in handen om de doeltreffendheidstoets te doorstaan. Met de vrijbewijsleer en de vele discretionaire onderzoeksbevoegdheden in hoofdstuk 8 van de Awb heeft de bestuursrechter veel armslag om onmogelijke bewijsposities van belanghebbenden te compenseren. De rechter moet daar in de praktijk dan natuurlijk wel toe overgaan. Bij een dreigende schending van het doeltreffendheidsbeginsel kan de onderzoeksbevoegdheid van de rechter veranderen in een unierechtelijke plicht. Van de zijde van het bestuursorgaan is oplettendheid vereist bij het toepassen van artikel 5:18 Awb. Het te afwachtend varen op het al of niet komen van een verzoek van een belanghebbende om submonsterneming, kan

bijdragen aan het bemoeilijken van diens bewijspositie en daarmee aan een schending van het doeltreffendheidsbeginsel.

Er volgt ook een meer conceptuele les uit *Unitrading*. In zaken die in wezen om een Uniebelang draaien, speelt artikel 47 Handvest een minder grote rol dan men wellicht zou verwachten op grond van de toenemende rol van het Handvest. Anders dan de Hoge Raad in dit geval, en anders ook dan het Hof van Justitie eerder deed in de zaak ZZ, stelt het Hof in *Unitrading* geen grondrechtenperspectief centraal. Een blik op de feiten van de zaak maakt het heel goed voorstelbaar dat het Hof van Justitie die eenvoudigweg niet ernstig genoeg vond. Anders dan de zich in een precaire situatie bevindende vreemdeling ZZ had de professionele knoflookbollenimporteur *Unitrading* wel degelijk in zage in het tegen hem gebruikte bewijs en werd hem alleen de mogelijkheid onthouden om dat bewijs tot achter de komma te verifiëren. Tegelijkertijd bevindt ook *Unitrading* zich in een gerechtelijke procedure met een unierechtelijke dimensie en staat in de zaak bovendien de precieze inhoud van het door het communautair douanewetboek toegekende recht op toegang tot de rechter centraal. Dit maakt het begrijpelijk dat de Hoge Raad zijn vragen over de band van artikel 47 Handvest heeft ingestoken. Dat dat artikel toch een wat marginale rol speelt in de beantwoording van de vragen door het Hof zou ook kunnen worden verklaard door het feit dat in *Unitrading* de Unie zelf belang heeft bij het voorkomen van de import van Chinese knoflookbollen tegen Pakistaanse tarieven. Anders gezegd, de zaak draait niet zozeer om het individuele belang bij effectieve rechtsbescherming, als wel om het unierechtelijke belang bij de bescherming van de effectiviteit van het douanerecht. Zo beschouwd, laat het Hof in *Unitrading* zien dat de Europese Unie, ook na het neerleggen van de 'waarden van de Unie' in een Handvest, nog altijd ook een douane-unie is waarvan de effectieve werking dient te worden verzekerd. In de huidige Handvest-tijden is dat misschien een wat onverwachte boodschap.