



Universiteit
Leiden
The Netherlands

De inbedding van Europese procesrechtelijke normen in nationale procedures waarbij de overheid betrokken is

Barkhuysen, T.; Polak M.V.

Citation

Barkhuysen, T. (2010). De inbedding van Europese procesrechtelijke normen in nationale procedures waarbij de overheid betrokken is. In *Meijers-reeks* (pp. 59-68). Nijmegen: Ars Aequi Libri. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/14821>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/14821>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

4 De inbedding van Europese procesrechtelijke normen in nationale procedures waarbij de overheid betrokken is

T. Barkhuysen [▪]

1 INLEIDING

Centraal in deze bundel staat de vraag welke problemen kunnen rijzen bij de inbedding van Europese procesrechtelijke instrumenten in het Nederlandse procesrecht. In deze bijdrage zal een deelaspect van deze vraag worden behandeld. Aan de orde komt het thema van de inbedding van Europese (EVRM en EU-recht) procesrechtelijke normen in het nationale procesrecht dat geldt in procedures waarbij de overheid is betrokken. Daarbij zal het accent liggen op mogelijke bedreigingen voor de eenheid en coherentie van het recht als gevolg van de – verplichte – inbedding van dergelijke Europese procesrechtelijke normen.

Deze bijdrage zal bestaan uit een theoretisch en een meer praktisch deel. In het meer theoretische deel zal de stelling worden uitgewerkt dat naast de uniformerende werking die uitgaat van het Europese recht, de implementatie daarvan ook potentiële bedreigingen voor de eenheid en coherentie van het procesrecht met zich mee kan brengen. Welke potentiële bedreigingen zijn dit en wat zijn mogelijke oorzaken en oplossingen ter zake? Nu het hier gaat om een stelling die ik in mijn Leidse oratie reeds nader heb onderbouwd, zal daarop relatief kort worden ingegaan.¹ In het meer praktische gedeelte van deze bijdrage zal – conform de wens van de redactie van deze bundel – concreet worden nagegaan welke inbeddingsproblemen in de praktijk kunnen ontstaan en hoe daaraan het hoofd zou kunnen worden geboden. Dit aan de hand van een arrest van het Hof van Justitie van de EG (HvJ EG) in de zaak Varec waarvan de mogelijke implicaties worden geanalyseerd.²

Achtereenvolgens komen in deze bijdrage aan de orde: de potentiële bedreigingen voor de eenheid en de coherentie van het procesrecht (paragraaf 2), de oorzaken daarvan en mogelijke oplossingen (paragraaf 3), de feiten die aanleiding gaven tot de uitspraak van het Hof van Justitie in de zaak Varec (paragraaf 4), een analyse van de uitspraak in deze zaak (paragraaf 5), een confrontatie van de uitspraak van het Hof van Justitie met het geldende

[▪] Prof. mr. T. Barkhuysen is hoogleraar staats- en bestuursrecht aan de Universiteit Leiden en advocaat te Amsterdam bij Stibbe.

¹ T. Barkhuysen, *Eenheid en coherentie van rechtsbescherming in de veellagige Europese rechtsorde*, oratie Leiden, Deventer 2006.

² HvJ EG 14 februari 2008, C-450/06, *Varec SA t. België*, AB 2008, 341, m.nt. Widdershoven.

Nederlandse procesrecht ter zake (paragraaf 6) en de inbeddingsproblemen die deze confrontatie aan het licht brengt alsmede de mogelijke oplossingen daarvoor (paragraaf 7). Deze bijdrage zal worden afgesloten in paragraaf 8.

Nog één opmerking vooraf. Deze bijdrage moet niet worden gezien als een uitvoerige wetenschappelijke verhandeling over het onderhavige thema, maar meer als een eerste verkenning op basis van een lezing gegeven tijdens een studiedag over de inbedding van Europese procesrechtelijke instrumenten in het Nederlands procesrecht aan de Universiteit Leiden op 12 december 2008. Om deze reden is ook afgezien van uitvoerige verwijzingen naar jurisprudentie en literatuur.

2 POTENTIËLE BEDREIGINGEN VOOR DE EENHEID EN COHERENTIE VAN HET PROCESRECHT ALS GEVOLG VAN EUROPEESRECHTELIJKE VERPLICHTINGEN

Een eerste bedreiging voor de eenheid en coherentie van het procesrecht vloeit voort uit het feit dat het Europese recht ten aanzien van bepaalde claims bijzondere procesrechtelijke eisen stelt. Een voorbeeld daarvan biedt het arrest Köbler van het Hof van Justitie van de EG met betrekking tot onrechtmatige rechtspraak.³ Op grond van deze uitspraak moet op nationaal niveau ook vergoeding van schade kunnen worden verkregen die wordt veroorzaakt door schending van het gemeenschapsrecht door een nationale rechter. Deze uitspraak stelt ons nationale recht voor problemen. De Nederlandse jurisprudentie ten aanzien van onrechtmatige rechtspraak is tot nu toe namelijk zeer terughoudend. Slechts indien sprake is van een schending van zeer fundamentele rechtsbeginselen, zodanig dat niet meer zou kunnen worden gesproken van een eerlijke onafhankelijke behandeling van een geschil, wordt volgens vaste jurisprudentie aansprakelijkheid uit onrechtmatige rechtspraak aangenomen.⁴ Reden hiervoor is dat het met name vanwege de rechtszekerheid onwenselijk wordt geacht wanneer geschillen, nadat deze tot in hoogste instantie zijn uitgeprocedeerd, in het omhulsel van een onrechtmatige-daadsactie tegen de staat opnieuw aan de rechter zouden kunnen worden voorgelegd. Als gevolg van deze uitspraak komt de eenheid en coherentie van de rechtsbescherming onder druk te staan. Immers, ten aanzien van kennelijke schending van EG-recht door de nationale rechter moet aansprakelijkheid van de staat worden aangenomen, terwijl deze eis niet geldt ten aanzien van schending van zuiver nationaalrechtelijke bepalingen en van veel EVRM-bepalingen. De nationale rechter die beide aansprakelijkheidsregimes moet toepassen kan daarmee in een lastig parket terechtkomen. Hoe immers deze ongelijke behandeling te rechtvaardigen, zeker wanneer we bedenken dat het rechtsbelang beschermd

³ HvJ EG 30 september 2003, zaak C-244/01, *Köbler t. Oostenrijk*, AB 2003, 429, m.nt. RW.

⁴ Vgl. HR 3 december 1971, NJ 1972, 137, m.nt. GJS.

door een regel van EG-recht heel goed minder groot kan zijn dan het rechtsbelang beschermd door menige bepaling van nationaal recht of door het EVRM?

Een tweede potentiële bedreiging van de eenheid en coherentie van het procesrecht vloeit voort uit het gegeven dat er verschillen kunnen bestaan in de rechtsbescherming door hoogste nationale rechters en de rechtsbescherming bij de Europese rechters. Een voorbeeld daarvan zijn de verschillen in de wijze van toetsing in asielzaken tussen het Europese Hof van de Rechten van de Mens (EHRM) en de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State. De Afdeling toetst in deze zaken kort gezegd marginaal of de feitenvaststelling door de minister van Vreemdelingenzaken en Integratie door de beugel kan. Deze toetsing heeft een *ex tunc*-karakter. Dat wil zeggen dat er wordt gekeken naar de feitelijke omstandigheden zoals deze waren ten tijde van de uitspraak van de rechtbank (die overigens wel *ex nunc* mag toetsen). Verder houdt de Afdeling geen rekening met bewijsmateriaal dat de vreemdeling in een eerdere fase van de procedure naar voren had kunnen brengen maar niet heeft gedaan en kent ze overwegende waarde toe aan ambtsberichten van het ministerie van Buitenlandse Zaken.⁵ Het EHRM, daarentegen, kiest een voor het bestuur veel strengere benadering, wanneer het, zoals in veel asielzaken, gaat om een mogelijke schending van zeer fundamentele rechten als het recht op leven en het verbod van foltering. In dit soort zaken vindt een intensieve toets van de feitenvaststelling plaats. Verder is als een betrokken persoon niet is uitgezet sprake van een toetsing *ex nunc*, zodat ook feiten en omstandigheden van na de uitspraak van de rechtbank en Afdeling kunnen worden meegenomen in de beoordeling. Ten slotte schroomt het Straatsburgse Hof niet om kennis te nemen van diverse vormen van bewijsmateriaal, ongeacht of dit al dan niet eerder in de nationale procedure had kunnen worden ingebracht.⁶ De opstelling van het EHRM is vanuit de aard van het betrokken rechtsbelang goed te verdedigen, zoals ook de opstelling van de Afdeling te verdedigen is met het oog op het efficiënt afhandelen van zaken, maar er worden toch vragen door opgeroepen. Om te beginnen leidt een en ander tot een aantasting van de eenheid en coherentie van rechtsbescherming. Vanuit dat oogpunt ligt het namelijk juist voor de hand ervoor te zorgen dat op nationaal niveau op zijn minst hetzelfde niveau van rechtsbescherming wordt geboden als in Straatsburg. Dit betekent dat de Afdeling bestuursrechtspraak haar overigens door de Vreemdelingenwet 2000 ingegeven toetsing moet aanpassen aan de wijze waarop Straatsburg toetst of omgekeerd. In dat kader is voorts de vraag van belang of het Straatsburgse Hof zijn eigen mogelijkheden tot feitenvaststelling niet overschat, zeker wanneer het net als de nationale rechter jaarlijks vele duizenden vreemdelingenzaken inhoudelijk zou moeten gaan afhandelen.

5 Zie daarover met uitgebreide verwijzingen naar literatuur en jurisprudentie T.P. Spijkerboer & B.P. Vermeulen, *Vluchtelingenrecht*, Nijmegen 2005, p. 203-313.

6 Vgl. EHRM 5 juli 2005, *Said t. Nederland*, AB 2005, 369, m.nt. HBa en BPV; EHRM 11 januari 2007, *Salah Sheekh t. Nederland*, AB 2007, 76, m.nt. Vermeulen.

Een derde bron van bedreiging van de eenheid en coherentie van het procesrecht is de mogelijke tegenstrijdigheid tussen eisen op grond van het EU-recht en eisen op grond van het EVRM. De EU is namelijk formeel niet direct gebonden aan het EVRM en het Hof van Justitie is niet onderworpen aan de rechtsmacht van het EHRM. Daardoor ontstaat het gevaar van het uiteenlopen van het niveau van procesrechtelijke vereisten tussen Straatsburg en Luxemburg zodat het nationale procesrecht ook kan worden geconfronteerd met tegenstrijdige verplichtingen. De hierna te behandelen zaak *Varec* biedt daarvan mogelijk ook een voorbeeld.

Een vierde bron van bedreiging vormt het versnipperde stelsel van nationale rechtsbescherming. In het bestuursrecht zijn maar liefst vier hoogste rechters actief. Als gevolg daarvan is het risico groter dat binnen de nationale rechtsorde afhankelijk van het soort zaak en de daarvoor competente rechter verschillende uitleg en toepassing wordt gegeven aan nationale maar ook aan Europeesrechtelijke procesrechtelijke regels. Zo was bijvoorbeeld sprake van een verschillende benadering van het vraagstuk van de ambtshalve toetsing aan het EG-recht, waar de lijn van de Hoge Raad afweek van die van de Afdeling bestuursrechtspraak.⁷ De Centrale Raad van Beroep ging op zijn beurt anders dan de overige bestuursrechters in het verleden over tot ambtshalve toetsing aan het EVRM.⁸

Aan het lijstje potentiële bedreigingen van de rechtseenheid en coherentie van het recht kan in de vijfde en laatste plaats ook nog worden toegevoegd de op sommige punten onduidelijke Europese rechtspraak. Daardoor ontstaat het gevaar dat nationale rechters verschillende eisen afleiden uit het Europese recht, welk gevaar, zoals zojuist geschetst, in Nederland des te groter is vanwege het versnipperde stelsel van de nationale rechtsbescherming. Ook daarvan zou de hierna te behandelen *Varec*-zaak een voorbeeld kunnen bieden.

Uit het voorgaande kan om te beginnen worden afgeleid dat de rechtsgelijkheid in het geding is. Immers het Europese recht eist soms een voorkeursbehandeling voor zichzelf op. Daarnaast is ook de rechtszekerheid in het geding, bijvoorbeeld daar waar het Hof van Justitie een lagere aansprakelijkheidsdrempel introduceert voor onrechtmatige rechtspraak. Ook is de doorzichtigheid van het recht in het geding nu er een zeer complex systeem van rechtsbescherming is ontstaan. Ten slotte kan ook op een efficiencyprobleem worden gewezen, bijvoorbeeld als gevolg van het feit dat partijen worden aangemoedigd om door te procederen na een uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak en vreemdelingenzaken nu het Europese Hof een voor deze groep gunstigere toetsingsmethode hanteert.

7 Vgl. HR 7 april 1996, *RAwb* 1996, 76; Vz. ABRvS 17 februari 1998, *RAwb* 1998, 99.

8 CRvB 25 februari 1998, *JB* 1998, 61.

3 OORZAKEN VAN DEZE BEDREIGINGEN VOOR DE EENHEID EN COHERENTIE VAN HET PROCESRECHT EN MOGELIJKE OPLOSSINGEN

In mijn al aangehaalde oratie heb ik uitvoerig onderzocht welke oorzaken mogelijk ten grondslag liggen aan deze bedreigingen voor de eenheid en coherentie van het procesrecht en heb daaraan ook een aantal mogelijke oplossingen gekoppeld. Daaruit blijkt dat in de eerste plaats de eenzijdige gerichtheid van de Europese instanties op het verzekeren van de effectieve doorwerking van het Europese recht een belangrijke oorzaak is. Als gevolg daarvan worden, zoals geschetst, namelijk bijzondere eisen gesteld ten aanzien van bepaalde claims als gevolg waarvan processuele ongelijkheden kunnen ontstaan die moeilijk te rechtvaardigen zijn. Daarnaast is er vanuit de Europese instanties mogelijk te weinig oog voor het feit dat het EVRM het EU-recht en het nationale recht één samenhangend systeem vormen en dat de verschillende normen niet los van elkaar kunnen worden gezien, omdat ze ook niet los van elkaar worden toegepast in een nationale procedure. Een vergelijkbaar verwijt kan de nationale instanties worden gemaakt waar zij nationale procesregels ontwikkelen en daarbij soms te weinig oog hebben voor het feit dat deze regels moeten functioneren in een rechtsorde waarin ook EVRM-recht en EU-recht van toepassing is. Verder kan worden gewezen op het feit dat tot op heden een juridisch kader ontbreekt waarmee knellende processuele ongelijkheden kunnen worden weggenomen. Noch uit de huidige Europese rechtspraak noch uit de nationale rechtspraak volgt een verplichting om dergelijke ongelijkheden op te heffen ook niet waar er daarvoor geen goede rechtvaardiging is te geven. Vervolgens kan worden gewezen op het feit dat er, althans tot op heden, sprake is van een duidelijke keuze voor het in stand houden van de huidige versnipperde nationale rechtsbescherming.⁹ In het verlengde daarvan kan ook worden geconstateerd dat zowel tussen de nationale rechters onderling, tussen de Europese rechters onderling als tussen de Europese- en nationale rechters onderling nog te weinig sprake is van goed functionerende afstemmingsmechanismen om daarmee bedreigingen voor de eenheid en coherentie van het recht te voorkomen. Een mogelijke oorzaak voor dergelijke bedreigingen is ook het feit dat de Europese rechters nogal eens kiezen voor een casuïstische benadering en daarmee vaker onduidelijkheid laten bestaan over de uitleg van Europese regels en toepassing daarvan in de nationale rechtsorde. Ten slotte kan worden gewezen op de relatief beperkte aandacht voor de hiervoor geschetste problematiek in de opleiding en doctrine.

9 Daarbij past de kanttekening dat zowel de Tweede als de Eerste Kamer steeds kritischer wordt en aandringt op heropening van de discussie over de derde fase van de herziening van de rechterlijke organisatie. Daarin is voorzien in een oplossing voor dit probleem met de rechtseenheid door volledige integratie van de bestuursrechtspraak in de gewone rechterlijke macht. Daarmee zou de Hoge Raad de hoogste rechter worden in alle bestuursrechtzaken. Vgl. *Kamerstukken I 2009/09*, 30 585. B.

Om de bedreigingen van de eenheid en coherentie van het procesrecht het hoofd te bieden is het daarom belangrijk dat de betrokken actoren ervan uitgaan dat Europese en nationale procesregels in één samenhangend systeem moeten functioneren. Dit impliceert dat verschillen tussen dergelijke procesregels alleen worden toegestaan als er daarvoor een goede rechtvaardiging is te geven. Differentiatie mag natuurlijk wel maar behoeft legitimatie. Dat is primair een taak voor de Europese en nationale wetgever, maar ook daar waar de Europese en nationale rechters procesrechtelijke regels vormgeven zou met deze uitgangspunten rekening moeten worden gehouden. Mocht het dan toch nog misgaan, dan is het zaak dat er een juridisch kader bestaat om knellende processuele ongelijkheden op te heffen, bijvoorbeeld doordat voor de nationale rechter of voor de Europese rechter met succes een beroep kan worden gedaan op het gelijkheidsbeginsel om een dergelijke ongelijkheid uit de wereld te helpen. Voorts verdient het aanbeveling dat de Europese rechters daar waar mogelijk afzien van een casuïstische benadering en ervoor zorgen dat de uitleg van onduidelijke Europeesrechtelijke regels in algemene zin zoveel mogelijk uniform kan geschieden. Een rechtseenheidsvoorziening is hier gewenst. Aan dit alles, zou, ten slotte, kunnen bijdragen het vergroten van de aandacht voor de onderhavige problematiek in de opleiding en doctrine.

4 HVJ EG VAREC: DE CASUS

Na deze schets van de theoretische problemen die kunnen ontstaan bij de inbedding van Europese procesrechtelijke regels en mogelijke oplossingen, is het tijd om het aangekondigde voorbeeld van de zaak Varec te gaan bestuderen. Het betreft een aanbestedingszaak. Het bedrijf Varec verliest een aanbestedingsprocedure over de kettingschakels van tanks. Daarna stelt Varec beroep in tegen het besluit tot gunning van de opdracht aan haar concurrent Diehl. In het kader van deze procedure verzet Diehl zich tegen de toevoeging van haar technische plannen met betrekking tot de schakels aan het rechterlijk dossier. Als gevolg van een dergelijke toevoeging kunnen derdepartijen, zoals concurrent Varec, er immers kennis van nemen terwijl het gaat om gegevens die bedrijfsgeheimen vertegenwoordigen en waaraan een aanzienlijke commerciële waarde is verbonden. De advocaat-generaal komt in deze nationale procedure naar aanleiding van de stelling van Diehl tot een opmerkelijke conclusie. Hij is van mening dat nu Diehl niet loyaal meewerkt aan een behoorlijke rechtsbedeling en een eerlijk proces, het gunningsbesluit moet worden vernietigd. De eveneens in de procedure betrokken Belgische staat verzet zich tegen deze conclusie hetgeen voor de rechter aanleiding is om een prejudiciële vraag aan het Hof van Justitie voor te leggen. Kort gezegd, houdt deze vraag in of de nationale rechter gelet op de aanbestedingsrichtlijnen (89/665/EEG, 93/36/EEG en 2004/18) in casu de vertrouwelijkheid van de stukken moet garanderen terwijl hij zelf wel van deze stukken kennis kan nemen en deze

in zijn beschouwingen kan betrekken en mede op basis daarvan uitspraak kan doen.

5 HvJ EG VAREC: DE UITSPRAAK

Het Hof van Justitie komt tot een eveneens opmerkelijk antwoord op deze prejudiciële vraag. Naar zijn mening moet de nationale rechter zijn oordeel kunnen baseren op vertrouwelijke gegevens, ook in een situatie waarin de wederpartij (in casu Varec) de betreffende stukken niet kent en geen toestemming verleent om de stukken desalniettemin in de rechterlijke beoordeling te betrekken. In zijn motivering stelt het Hof van Justitie de effectieve werking van het EG-aanbestedingsrecht voorop. Om de effectieve werking daarvan te verzekeren is een dergelijke geheimhouding soms nodig, aldus het Hof. Verder is het Hof van mening dat het gebruik van vertrouwelijke gegevens door de rechter zonder toestemming van de wederpartij die de stukken niet kent ook niet in strijd is met het recht op een eerlijk proces en de eisen van hoor- en wederhoor zoals die volgen uit artikel 6 EVRM. Daartoe verwijst het Hof naar jurisprudentie van het EHRM waaruit dit zou volgen.¹⁰ Beperking van deze rechten is naar het oordeel van het Hof van Justitie mogelijk in verband met andere zwaarwegende belangen namelijk bedrijfsbelangen als beschermd door artikel 8 EVRM en het EG-beginsel van de bescherming van zakengeheimen en eerlijke mededinging. Ten slotte wijst het Hof er op dat de eisen van effectieve rechtsbescherming en effectieve werking van het EG-recht impliceren dat de rechter beschikt over vertrouwelijke gegevens indien dat nodig is om met volledige kennis van zaken uitspraak te kunnen doen. Een dergelijk oordeel had het Hof reeds eerder gegeven in de zaak Mobistar uit 2006.¹¹ Een vergelijkbare eis wordt door het EHRM afgeleid uit artikel 6 EVRM. Op basis daarvan moet de nationale rechter met 'full jurisdiction' in een geschil over burgerlijk rechten en verplichtingen kunnen beslissen en in dat kader beschikken over alle relevante stukken.

6 DE VAREC-REGEL IN CONFRONTATIE MET DE NEDERLANDSE PROCESRECHTELIJKE REGELING OVER DE OMGANG MET VERTROUWELIJKE GEGEVENS

Wanneer we de Varec-regel vergelijken met het geldende Nederlandse recht ter zake van de omgang met vertrouwelijke gegevens blijkt een duidelijke spanning. De regeling voor het bestuursrecht is te vinden in artikel 8:29 van de Algemene wet bestuursrecht (Awb). Uit deze bepaling vloeit – kort gezegd –

¹⁰ Het gaat om de EHRM uitspraken *Rowe en Davis t. Verenigd Koninkrijk* uit 2000 (nr. 28901/95) en *V. t. Finland* uit 2007 (nr. 40412/98).

¹¹ HvJ EG 13 juli 2006, zaak C-438/04, *Mobistar NV t. BIPT*.

voort dat het niet is toegestaan dat stukken die als vertrouwelijk kunnen worden aangemerkt zonder toestemming van de partij die de stukken niet kent door de rechter worden gebruikt. Het recht op een eerlijk proces en het beginsel van hoor- en wederhoor op grond van artikel 6 EVRM staan daaraan volgens de Nederlandse wetgever en de jurisprudentie in de weg. In de praktijk wordt een dergelijke toestemming door de wederpartij overigens meestal gegeven nu de gevolgen van een weigering tot instemming in beginsel voor haar rekening komen. De weigering om in te stemmen met vertrouwelijke kennisname door de rechter leidt in veel gevallen namelijk tot het verlies van de procedure voor de partij die weigert met een dergelijke kennisname door de rechter akkoord te gaan.¹² Het burgerlijk procesrecht kent overigens een vergelijkbare regeling. Deze volgt uit de artikelen 21 en 22 van het Wetboek van burgerlijke rechtsvordering en de jurisprudentie van de Hoge Raad daarover.¹³

Daarbij leidt de Varec-regel – ondanks de geruuststellende motivering van het Hof van Justitie – mogelijk ook tot spanning met de eisen die voortvloeien uit artikel 6 EVRM. Nadere bestudering van de door het Hof van Justitie genoemde EHRM-zaken Rowe en Davis tegen het Verenigd Koninkrijk en V. tegen Finland leert namelijk dat deze niet geheel vergelijkbaar zijn met zaken als die waarin een aanbestedingsprocedure aan de orde is. In deze zaken ging het namelijk om strafprocedures en werd door het EHRM de eis gesteld dat de vertrouwelijkheid strikt noodzakelijk is en er voor de wederpartij voldoende procedurele compensatie plaatsvindt. Anderzijds is ook weer niet uitgesloten dat over deze kwestie afstemming heeft plaatsgevonden tussen het Hof van Justitie en het Europese Hof voor de Rechten van de Mens. Nadere jurisprudentie moet leren hoe het Straatsburgse Hof precies denkt over de door het Hof van Justitie gehanteerde Varec-regel.

7 INBEDDINGSPROBLEMEN EN MOGELIJKE OPLOSSINGEN NAAR AANLEIDING VAN DE ZAAK VAREC

De Varec-zaak laat zien dat de in de meer theoretische paragrafen geschetste inbeddingsproblemen en risico's voor de eenheid en coherentie van het procesrecht zich in de praktijk ook daadwerkelijk voordoen. Met een beroep op de effectieve doorwerking van EU-(aanbestedings)recht worden immers bijzondere procesrechtelijke vereisten gesteld die afwijken van het normaal geldende nationale regime. Dit roept de vraag op of dit kan worden gerechtvaardigd en of nationale rechters en wetgevers erdoor niet in een te lastig parket terechtkomen. Ook laat de uitspraak in de zaak Varec een voorbeeld zien van een

12 Vergelijk M. Schreuder-Vlasblom, *Rechtsbescherming en bestuurlijke voorprocedure*, Alphen aan den Rijn 2008, p. 59 en p. 382-387.

13 HR 20 december 2002, NJ 2004, 4, m.nt. JBMV (Lightning casino/Nederlandse Antillen) en HR 11 juli 2008, LJN BC8421 (Telegraaf/Staat).

mogelijk conflict tussen EU-eisen en EVRM-eisen en de daarmee gepaarde rechtsonzekerheid. Ten slotte illustreert de uitspraak ook dat de Europese rechtspraak niet altijd uitblinkt in helderheid nu niet meteen duidelijk is of het Hof van Justitie de procesrechtelijke regel alleen voor het aanbestedingsrecht wil doen gelden of ook daarbuiten.

Hoe moet de Varec-uitspraak nu in Nederland worden ingebed? Daarbij zijn grosso modo twee hoofdvragen relevant.

Een eerste belangrijke vraag op dit punt is dan voor welke rechtsterreinen de Varec-regel geldt. Uit de annotatie van Widdershoven bij deze zaak¹⁴ kan worden afgeleid dat de Varec-regel zeker geldt op het terrein van de aanbesteding, waarover in Nederland voor de civiele rechter wordt geprocedeerd, alsmede op het terrein van de telecom. Op dit laatste terrein is de bestuursrechter in Nederland competent. Widdershoven geeft in zijn genoemde annotatie echter aan dat de Varec-regel mogelijk ook buiten deze rechtsgebieden geldt. Dit omdat het Hof van Justitie een algemeen geldend 'full jurisdiction-achtig' vereiste vooropstelt bij de introductie van de Varec-regel en deze eis ook voortvloeit uit artikel 6 EVRM. Hier zal een keuze moeten worden gemaakt tussen de minimale optie (toepassing alleen voor het aanbestedingsrecht en het telecomrecht), een tussenoptie (toepassing voor het EU-recht) en de maximale optie (toepassing over de volle breedte van het recht, dus ook waar geen EU-recht in het geding is). Voordeel van deze laatste optie zou zijn dat daarmee de eenheid en coherentie van het procesrecht beter gewaarborgd is. Een nadeel is echter dat in dat geval een regel die ongunstig is voor de wederpartij die de stukken niet kent nog bredere toepassing zou krijgen. Hierover zou ook nadere jurisprudentie kunnen worden afgewacht.

Een tweede vraag is wat er moet worden gedaan op de terreinen waarop de Varec-regel van toepassing is, nu naar nationaal procesrecht thans een ander rechtsregime geldt. Een drietal opties dient zich aan.

In de eerste plaats zou er voor kunnen worden gekozen in een concrete procedure de Varec-regel toe te passen en het daarmee strijdige nationale procesrecht buiten toepassing te laten. Een daardoor eventueel gedupeerde wederpartij (de partij die de betreffende stukken niet kent terwijl de rechter wel op basis daarvan uitspraak doet) kan dan eventueel het Europese Hof voor de Rechten van de Mens adieren met een klacht over het ontbreken van een eerlijk proces. Mocht dit laatste Hof van mening zijn dat er inderdaad geen sprake is van een eerlijk proces, dan ontstaat overigens mogelijk een conflicterende verplichting voor de betrokken nationale instanties, hoewel het voor de hand ligt dat het Hof van Justitie van de EG zich dan uiteindelijk zou richten naar de eisen van het EHRM. Mocht het EHRM in een dergelijk geval geen problemen hebben met de Varec-regel, dan zou uiteindelijk de wetgever kunnen besluiten tot aanpassing van de desbetreffende wetgeving.

14 AB 2008, 341.

Een tweede optie zou kunnen zijn het vormgeven van een tussenoplossing. Net als in de sociale zekerheidsrechtspraak (Pemba-zaken) van de Centrale Raad van Beroep zou ervoor kunnen worden gekozen om de partij die de stukken niet kent een vertrouwensraadsman te laten aanwijzen die zonder daarover met zijn cliënt te mogen communiceren wél van de vertrouwelijke stukken kennis zou kunnen nemen.¹⁵ In deze rechtspraak van de Centrale Raad is artikel 8:32 lid 2 Awb daarvoor de basis maar dat ziet alleen op situaties waarin kennisname van stukken door alle partijen de ‘persoonlijke levenssfeer’ van een andere partij onevenredig zou schaden, hetgeen in Varec-achtige gevallen in ieder geval niet evident aan de orde is. Vervolgens zou er moeten worden gezien of het Hof van Justitie en daarna mogelijk het Straatsburge Hof een dergelijke oplossing al dan niet zou accepteren.

Een derde en laatste optie zou kunnen zijn om de huidige Nederlandse praktijk op grond van de Awb en Rechtsvordering voort te zetten en dus vertrouwelijke gegevens alleen door de rechter te laten gebruiken wanneer de wederpartij daarmee instemt. Te zijner tijd zouden dan nieuwe prejudiciële vragen kunnen worden gesteld over de verenigbaarheid van deze praktijk met het EU-recht. Een rechtvaardiging daarvoor zou kunnen zijn dat op dit moment onvoldoende zeker is wat de juiste uitleg van het arrest van het Hof van Justitie in de zaak Varec is om het geldende recht opzij te zetten. Een vraag die zich hier overigens wel aandient is waarom Nederland niet intervenieerde in de procedure in de zaak Varec alsmede in de eerdere zaak Mobistar.

8 SLOTOPMERKING

Uit het voorgaande volgt dat het Europese recht behalve uniformerende werking op het Nederlandse procesrecht ook een tegenovergestelde werking kan hebben. De verplichte inbedding van Europese procesrechtelijke regels kan leiden tot een bedreiging van de eenheid en coherentie van het in Nederland geldende procesrecht. Daarmee zouden rechtsgelijkheid, de rechtszekerheid, de doorzichtigheid van de Nederlandse rechtsbescherming en de efficiëntie daarvan in het geding kunnen zijn. Dat dit niet slechts een theoretisch probleem is, is gebleken bij de analyse van de uitspraak in de zaak Varec van het Hof van Justitie van de EG. Europese procesrechtelijke eisen zorgen dus voor inbeddingproblemen in het Nederlandse procesrecht die bijzondere aandacht vereisen op Europees en nationaal niveau. Het zou aanbeveling verdienen om daarnaar een meer omvattend onderzoek te doen. In dat kader kan tevens worden gezien in hoeverre de in deze bijdrage gedane voorstellen om inbeddingproblemen te voorkomen en op te lossen daadwerkelijk van nut kunnen zijn.

15 Vgl. CRvB 20 juli 2001, AB 2001, 252, m.nt. FP.