

**CBb 9 september 2008, LJN: BF0067, zaaknr. AWB 02/392, AWB 02/1824 en AWB 02/1853**

<http://www.rechtspraak.nl/lijn.asp?lijn=BF0067>

### **Noot**

1. Eén op mkz positief getest kalf, ruiming van meer dan 200 bedrijven, doding van meer dan 55.000 dieren (runderen), een – beperkt gecompenseerde - schade van 500 miljoen gulden, veel immateriële (emotionele) schade in een kleine, hechte dorpsgemeenschap en onvoldoende crisisbeheersing door LNV, mede als gevolg van eerdere verzelfstandiging/privatisering van onderzoekstaken (ID-Lelystad), resulterend in strafprocedures in verband met rellen en vernielingen (openbare orde), een Wob-procedure bij de ABRvS, een reeks procedures bij het CBb en een prejudiciële procedure bij het EU Hof van Justitie. Dat is de mkz-crisis Kootwijkerbroek.

Door de wijze van melding en monsterneming en de toegepaste onderzoeksmethode is bij betrokkenen steeds twijfel blijven bestaan over de juistheid van de mkz-diagnose van onderzoekslaboratorium ID-Lelystad. Vandaar de – olopemde - druk om mede uit een oogpunt van toetsing en bewijsgaring door betrokkenen de verlangde onderzoeksgegevens (labdossiers) beschikbaar te stellen. Dat is door de minister van LNV (ID-Lelystad) steeds geweigerd (Kamerstukken II 2002/2003, 27622, nrs. 119 en 126). Wel was hij bereid om een onafhankelijke (internationale) onderzoekscommissie in te stellen (idem nr. 126). Een Wob-procedure bij de Afdeling bestuursrechtspraak liep op niets uit, omdat ID-Lelystad geen bestuursorgaan is en naar de opvatting van de Afdeling evenmin als een “onder verantwoordelijkheid van een bestuursorgaan werkzame instelling, dienst of bedrijf” in de zin van art. 3, eerste lid, Wob is aan te merken (ABRvS 26 november 2003, JB 2004/100 m.nt. Timmermans en AB 2004/277 m.nt. Peters).

De hiervoor opgenomen uitspraak van het College van Beroep voor het bedrijfsleven (tevens gepubliceerd in: AB 2008/300 m.nt. Sewandono) sluit aan op zijn eerdere verwijzingsuitspraak van 18 januari 2005, met prejudiciële vragen aan het EU Hof van Justitie (CBb 18 januari 2005, JB 2005/90 m.nt. LJMT) en geeft mede toepassing aan 's Hof's arrest in de zaak Dokter e.a./minister van LNV van 19 januari 2006, zaaknr. C-28/05.

2. Voor de rechtsontwikkeling is deze uitspraak van groot belang. Met name uit een oogpunt van doorwerking in het nationale bestuursrecht van grondrechtelijke aanspraken als beginselen van gemeenschapsrecht (art. 6, tweede lid, EU), i.c. de rechten van de verdediging. Naar uit de argumentatie van het HvJ en a-g Maduro in zijn conclusie kan worden afgeleid, betreft de betekenis van 's Hof's arrest inzake de doorwerking van de communautaire grondrechtenbescherming, in het bijzonder van de rechten van de verdediging, het gehele bestuursrecht. Zie naast de uitwerking van dit grondrechtelijk rechtsbeginsel ook art. 41 van het Handvest van de grondrechten, dat een (grond)recht op behoorlijk bestuur vestigt. Ingevolge het tweede lid omvat dit recht met name: het recht van eenieder te worden gehoord voordat jegens hem een voor hem nadelige individuele maatregel wordt getroffen” (tweede streepje) en “het recht van eenieder om toegang te krijgen tot het dossier hem betreffende, met inachtneming van het gerechtvaardigde belang van de vertrouwelijkheid en het beroeps- en het zakengeheim” (derde streepje). Zie voorts art. 47 Handvest, het grondrecht op een doeltreffende voorziening in rechte en op een onpartijdig gerecht, dat niet de beperkingen in toepassingsbereik van art. 6 EVRM kent. Naar bekend krijgt het Handvest van de grondrechten met de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon (volgens de laatste planning 1 januari 2010) verbindende kracht. Thans heeft het Handvest belangrijke indirecte rechtswerking. Zie mijn artikel over het Handvest van de grondrechten en de grondrechtstoetsing aan het EVRM in de Koekkoekbundel. Genoemd arrest Dokter e.a./minister van LNV is wat het grondrechtelijk aspect betreft volledig in overeenstemming met het grondrechtelijke afwegingskader in het Handvest.

3. In de bestuursrechtspraak spelen de rechten van de verdediging als communautair rechtsbeginsel (beginsel van gemeenschapsrecht) geen specifieke rol. Weliswaar noemt het CBb

de bescherming van de rechten van de verdediging in zijn jurisprudentie als een van de beginselen die aan het nationale stelsel van rechtspraak ten grondslag liggen (o.m. CbB 9 november 2006, LJN: AZ2235), tot bovenstaande uitspraak heeft het college dit communautaire rechtsbeginsel, zoals uitgewerkt in de jurisprudentie van het HvJ, echter nog niet toegepast op de besluitvormingsprocedure in de Awb. De rechtbank Rotterdam hanteert dit beginsel ook, echter slechts als standaardoverweging met betrekking tot de aard van de procedure (al dan niet versneld) in mededingingszaken (bijv. Rb. Rotterdam 17 oktober 2008, LJN: BG0949).

In deze uitspraak is dat anders, in het verlengde van de specifieke aanwijzingen van het HvJ. Het CbB geeft hieraan uitvoering door dit rechtsbeginsel te incorporeren in art. 3:2 Awb. Daarmee transformeert het CbB grondrechtelijke waarborgen in bestuursrechtelijke zorgvuldigheidseisen. Het heeft iets van een gelegenheidsoplossing, met als voordeel dat het primaat van de Awb overeind gehouden wordt.

Een bestendige oplossing is dit echter niet. Met name niet omdat er rekening mee dient te worden gehouden dat via deze ingang geleidelijk aan meer beginselen van gemeenschapsrecht (c.q. grondrechtswaarborgen/-aanspraken in het Handvest) zullen moeten worden ingepast. En of dat allemaal in art. 3:2 Awb kan, is maar zeer de vraag.

Om die reden ligt de opnemings van een bijzondere grondslag voor dit type rechtsbeginselen in de Awb meer voor de hand, te beginnen met een nadere explicitering van de rechten van de verdediging. Die wens leeft trouwens breder, los van de hiervoor opgenomen uitspraak.

Een neveneffect van de door het CbB gekozen oplossing is, dat grondrechtelijke toetsing niet als zodanig kenbaar is. Zoals ik eerder in hiervoor genoemde studie heb beschreven, is dat laatste min of meer een kenmerk van de rechtspraak van het CbB. Soms kan het ook niet anders, omdat in de motivering vaak verwezen wordt naar arresten van het HvJ en vermelding van het soms specifieke grondrechtelijke karakter daarvan als regel niet voor de hand ligt.

Het aldus vervagen van de grondrechtelijke dimensie van uitspraken heeft echter ook nadelen. Naar 's Hofs arrest in deze zaak weer bevestigd is op Europees niveau sprake van een versterking van het grondrechtelijk toetsingskader, ook op het niveau van de lidstaten. Die dimensie dient zo enigszins mogelijk zichtbaar te zijn in de jurisprudentie van de nationale rechter, mede ter bevestiging van de normatieve betekenis hiervan.

4. Andere rechtsvragen in de door het CbB geëntameerde prejudiciële procedure betroffen de uitleg van richtlijn 85/511/EEG, zoals gewijzigd door richtlijn 90/423/EEG, in het bijzonder (a) de positie van het (nog) niet als exclusief nationaal onderzoekslaboratorium voor mkz op de bijlage opgenomen ID-Lelystad (art. 13 richtlijn 90/423 jo. art. 17 richtlijn 85/511) en (b) de afwijkingsbevoegdheid van de nationale gezondheidsautoriteiten van onderzoeksuitslagen van het laboratorium. In de voorliggende zaak geeft het CbB op deze punten toepassing aan de uitleg van het Hof. Daarbij komen nog enkele interessante kwesties aan de orde, zoals de betekenis van de hiervoor genoemde Wob-uitspraak van de ABRvS. Want in die uitspraak volgde de Afdeling de minister in zijn opstelling dat hij geen enkele zeggenschap had met betrekking tot ID-Lelystad, terwijl de minister zich in deze zaak uitputte om het CbB van het tegendeel te overtuigen, immers een vereiste om in het verlengde van de prejudiciële uitspraak van het Hof de positie hiervan als nationaal laboratorium in de zin van genoemde richtlijnbevestigingen aannemelijk te maken. Dit betekend dat deze uitspraak tevens "leermomenten" bevat voor de Wob-jurisprudentie van de Afdeling. Mede, omdat de minister van LNV na de beschikbaarstelling van de laboratoriumgegevens aan belanghebbenden, deze testgegevens alsnog openbaar gemaakt heeft.

5. Of het Verdrag van Lissabon er nu wel of niet komt, de ontwikkeling van een constitutionele rechtsorde voor de EU gaat door, vooral via een dynamische rechtsontwikkeling door het Hof van Justitie op basis van huidig verdragsrecht. De grondrechten spelen daarin een belangrijke rol, als – normatief-instrumentele - grondslag van harmonisatie en integratie. Zie art. 6, tweede lid, EU in samenhang met het al genoemde Handvest van de grondrechten en de grondrechten in het EG-Verdrag. Zoals opgemerkt is het arrest Dokters e.a./minister van LNV weer een stap in dit proces. Het is verhelderend om de argumentatie van het Hof na te lopen.

In het arrest Tempelman en Van Schaijk/directeur van de RVV van 10 maart 2005 (zaaknr. C-96/03 en C-97/03) oordeelde het Hof op een verwijzingsbeslissing van het CBB, dat het aan de nationale rechter is om na te gaan: “of uit het onderzoek, tegen de achtergrond van het gemeenschapsrecht, van de omstandigheden waarin de in de hoofdgedingen omstreden besluiten tot doding zijn genomen, kan worden geconcludeerd dat daarbij het evenredigheidsbeginsel is geëerbiedigd” (ow. 49). Daaraan voorafgaand had het Hof vastgesteld dat het CBB aan dit rechtsbeginsel toetste “als in het gemeenschapsrecht gebeurt”, dus overeenkomstig de inhoud ervan als beginsel van gemeenschapsrecht.

In het verlengde hiervan concludeerde a-g Maduro in de zaak Dokter e.a./minister van LNV: “Volgens vaste rechtspraak moeten de onder het gemeenschapsrecht vallende nationale maatregelen verenigbaar zijn met de algemene beginselen daarvan, zoals het beginsel van de eerbiediging van de rechten van de verdediging. Dit staat ter beoordeling aan de nationale rechter” (ow. 36).

In het arrest Dokter e.a./minister van LNV gaat het Hof een stap verder dan de a-g in zijn conclusie en in het arrest Tempelman en Van Schaijk door de nationale rechter nadere aanwijzingen te geven hoe te oordelen op basis van (mede) een grondrechtelijk afwegingskader (ow. 79). Zie in het bijzonder de in de uitspraak van het CBB opgenomen overwegingen 71 t/m 76.

Het Hof stelt vast dat ingevolge vaste rechtspraak adressaten van besluiten die hun belangen aanmerkelijk beïnvloeden in beginsel in staat gesteld dienen te worden om hun standpunt naar behoren kenbaar te maken over hetgeen als grond voor de betreffende maatregelen tegen hen wordt ingebracht. Dit recht omvat derhalve het recht om vooraf kennis te kunnen nemen van feiten en documenten waarop deze maatregelen zijn gebaseerd. De (verplichte) hoorprocedure kent dus tevens een recht op toegang tot het dossier. Evenals andere grondrechten kan ook het grondrecht van de rechten van de verdediging onder omstandigheden wegens een prevalerend belang beperkt worden. De volksgezondheid is een belang dat onder omstandigheden een dergelijke beperking van horen en toegang tot gegevens kan rechtvaardigen (proportionaliteits- en subsidiariteitstoetsing). “Voorts is een dergelijke beperking slechts te beschouwen als een onevenredige en onduidelbare ingreep waardoor de rechten van de verdediging in hun kern worden aangetast, indien de belanghebbende niet nadien in een procedure tegen die maatregelen zouden kunnen opkomen, en in het kader daarvan naar behoren hun standpunt kenbaar maken”, aldus het Hof. De toegang tot de onderliggende documenten moet dus uiterlijk in de bezwaarprocedure geboden worden.

Het CBB leidt uit deze overwegingen af, dat de directeur RVV weliswaar op grond van het bericht van besmetting van ID-Lelystad gehouden was om onverwijld maatregelen te treffen, dus zonder belanghebbenden voorafgaand te horen, “doch dat het beginsel van eerbiediging van de rechten van de verdediging met zich brengt dat appellanten in het kader van de behandeling van hun tegen die maatregelen ingediende bezwaarschriften die gelegenheid alsnog dienden te krijgen” (ow. 4.5). Nu appellanten niet in de gelegenheid zijn gesteld kennis te nemen van de laboratoriumgegevens, die weliswaar bij ID-Lelystad aanwezig waren, doch waarover de minister de beschikking had kunnen krijgen, is het college van oordeel dat de minister bij de voorbereiding van de bestreden besluiten op bezwaar in strijd met art. 3:2 Awb niet de nodige kennis omtrent relevante feiten en af te wegen belangen heeft vergaard, waarbij deze kennis zowel de laboratoriumgegevens als de gemotiveerde reactie daarop van appellanten betreft.

6. In deze uitspraak gaat het CBB volledig voorbij aan de eerdere – nauwelijks inhoudelijk gemotiveerde - Wob-uitspraak van de ABRvS, met name op het punt van zeggenschap van de minister van LNV over ID-Lelystad. Anders dan de Afdeling constateert het college dat daarvan sprake is, gebaseerd als deze is op de overwegende overheidsinvloed van de minister op de Stichting DLO (statutaire benoemingsbevoegdheid, goedkeuringsbevoegdheid statuten en reglementen, regelings- en inlichtingenbevoegdheden, subsidieregeling en subsidieovereenkomsten) en het feit dat de medewerkers van het laboratorium van ID-Lelystad in dienst zijn van deze stichting (detacherings-constructie).

Het CBb concludeert dan ook terecht dat ondanks de gecompliceerde stichtingenstructuur, voldoende duidelijk is dat de minister ten tijde van het uitvoeren van de betreffende onderzoeken (nog steeds) wezenlijke invloed kon uitoefenen op de wijze waarop het onderzoekslaboratorium werkzaamheden verrichtte (o.w. 4.2.4).

De juistheid van dit oordeel is nadien bevestigd door de snelheid waarmee de minister de beschikking over de testgegevens kreeg.

7. Niet alleen heeft de minister van LNV deze testgegevens beschikbaar gesteld aan belanghebbenden in Kootwijkerbroek, maar heeft zij deze tevens openbaar gemaakt via aanbidding bij brief van 30 september aan de Tweede Kamer (Kamerstukken II 2008/2009, 29683, nr. 20).

Het komt meer voor dat de weigering van openbaarmaking op grond van de Wob bij de Afdeling met kracht wordt verdedigd - dikwijls met succes -, openbaarmaking echter kort nadien alsnog plaatsvindt, in de regel via de kamerstukken. Een recent voorbeeld is de openbaarmaking van het rapport-Fijnaut. Vergelijk de uitspraak van de ABRvS van 14 mei 2008, JB 2008/142 m.nt. dzz., in het bijzonder de opstelling van de minister van Justitie, met de brief van diezelfde minister van 18 augustus 2008, Kamerstukken II 2007/2008, 29754, nr. 134, waarbij het betreffende - geschoonde - rapport alsnog zonder vertrouwelijkheidsverplichting aan de Tweede Kamer werd toegezonden. Dat is geen gelukkige ontwikkeling. In de eerste plaats omdat hierdoor twijfel wordt gewekt aan de geloofwaardigheid van de opstelling van het bestuursorgaan in een Wob-procedure bij de Afdeling. En voorts omdat dit zou illustreren dat de Afdeling te weinig kritisch is waar het gaat bij de toetsing van weigeringsbesluiten op grond van de Wob.

8. Nog op een ander punt is hiervoor gepubliceerde uitspraak van belang voor de Wob-praktijk. Zoals bekend wordt de Wob gebruikt als middel van bewijsverkrijging in procedures tegen de overheid. Dat is niet zonder frustraties omdat de Afdeling een zodanige invulling aan de weigeringsgrond van art. 10, tweede lid, sub g, Wob (onevenredige benadeling) geeft, dat het bestuursorgaan de gevraagde documenten mede mag weigeren met een beroep op zijn procespositie. Zie o.m. ABRvS 9 april 2008, JB 2008/124 m.nt. dzz. (aanbesteding bouw stadskantoor Middelburg).

Uit het arrest Dokter e.a./minister van LNV van het HvJ blijkt, dat de rechten van de verdediging zoals ontwikkeld in de jurisprudentie van het Hof, in het bijzonder het recht van toegang tot het dossier, tevens gelding heeft op besluitvormingsprocedures op nationaal niveau, mits sprake is van een - indirecte - communautaire grondslag. Zoals uit bovenstaande uitspraak blijkt correspondeert dit verdedigingsbeginsel onder omstandigheden zelfs met een garingsplicht van het bestuursorgaan. Daarmee is dit rechtsbeginsel een belangrijk alternatief voor oneigenlijk en frustrerend Wob-gebruik door belanghebbenden met een specifiek belang.

9. Deze uitspraak verdient tevens aandacht tegen de achtergrond van het bestuurlijk organisatierecht. In de eerste plaats wordt duidelijk wat de risico's zijn van een dergelijke stichtingenstructuur als door LNV gecreëerd. Niet alleen in communautair verband, zoals deze casus illustreert, maar ook door de ruis en conflictgevoeligheid die aan dit type constructies inherent zijn. In dit geval kwam het de minister bijzonder goed uit dat Hof en CBb door de formele structuur van juridische entiteiten heenkeken en afgingen op de feitelijke zeggenschapsrelaties. Tegelijkertijd illustreert deze casus de organisatorische complexiteit als gevolg van verzelfstandiging/privatisering van uitvoeringstaken (zie ook de noten van Timmermans en Peters bij de hiervoor genoemde Wob-uitspraak) en de kloof tussen schijn en werkelijkheid in zeggenschapsverhoudingen. Met Timmermans en anders dan Peters meen ik dat het onttrekken van activiteiten aan openbaarheidsverplichtingen ingevolge de Wob mede een factor is om voor onderbrenging van uitvoerings- en/of onderzoekstaken in een stichting als zelfstandige juridische entiteit te opteren. Wat ID-Lelystad betreft is dat in ieder geval een bepalende factor geweest. Met deze uitspraak is duidelijk geworden dat de keuze voor een stichtingsvorm die "bescherming" niet altijd biedt.

Het is te hopen dat deze uitspraak, mede in samenhang met de lopende reorganisatie van de rijksdienst, tot enige bezinning en heroverweging op de inrichting van de departementale uitvoeringsorganisatie leidt, niet alleen die van LNV. Een deugdelijke uitvoering van overheidstaken is niet gebaat bij dit type “concern”-constructies, met het risico van frustreren van zeggenschaps- en verantwoordingslijnen.

10. Kan met deze uitspraak van het CBb het boek mkz-crisis dicht? De minister van LNV meent van wel. Inmiddels heeft de minister uitvoering gegeven aan deze uitspraak van het CBb door de laboratoriumgegevens aan de betreffende veehouders beschikbaar te stellen. In samenhang daarmee is een persbericht uitgegeven met de intro dat deze testgegevens herbevestigen dat in 2001 in Kootwijkerbroek het MKZ-virus is aangetroffen, een bericht dat in een groot aantal kranten is overgenomen. Nogal voorbarig, omdat hiermee wordt voorbijgegaan aan het functie van de beschikbaarstelling van deze gegevens aan betrokkenen, te weten het met behulp van deskundigen kunnen onderzoeken van de juistheid van de mkz-diagnose van ID-Lelystad van het betreffende kalf en het eventueel betwisten daarvan voor de rechter. De Stichting Onderzoek MKZ Crisis Kootwijkerbroek, die een belangrijke rol heeft gespeeld in deze affaire, heeft dit nadere onderzoek al aangekondigd. Afgaande op een passage in de aanbiedingsbrief van de directie van ID-Lelystad aan de minister van LNV van 18 september 2008 (bijlage bij Kamerstukken II, 2008/2009, nr. 20) houd ik er rekening mee dat er nog een vervolg komt. Het is duidelijk dat in deze zaak grote financiële belangen op het spel staan. Niet alleen van de betreffende veehouders, die qua schadevergoeding slechts ten dele gecompenseerd zijn, maar vooral ook van de Staat. Ik denk dat de krampachtige opstelling van LNV mede hieruit te verklaren is. Dat deze uitspraak van het CBb daar verbetering in brengt is nog maar de vraag. Het persbericht doet anders vermoeden.

M.O-V

Prof.mr. G. Overkleeft-Verburg  
hgl. Staats- en Bestuursrecht EUR