

CONCLUSIE VAN ADVOCaat-GENERAAL
D. RUIZ-JARABO COLOMER

van 28 juni 2001 ¹

Inhoud

I — De toepasselijke nationale voorschriften en de feiten van het hoofdgeding	I - 9448
II — De toepasselijke bepalingen van gemeenschapsrecht	I - 9449
III — De prejudiciële vraag	I - 9450
IV — De ontvankelijkheid van de prejudiciële vraag — Het begrip rechterlijke instantie	I - 9450
1 — De rechtspraak van het Hof van Justitie inzake het begrip rechterlijke instantie	I - 9451
A — De geleidelijke afzwakking van de voorwaarde dat het om een onafhankelijke instantie dient te gaan	I - 9452
B — Relativiteit van het criterium van de procedure op tegenspraak	I - 9455
C — De onduidelijkheid omtrent het vereiste dat de procedure moet worden afgesloten met een beslissing die de kenmerken van een rechterlijke uitspraak vertoont	I - 9458
D — De vraag of scheidsgerechten rechterlijke instanties zijn	I - 9461
E — De uitbreiding van het begrip tot de overzeese gerechten, tot organen die geen deel uitmaken van de rechterlijke organisatie van een lidstaat, en tot internationale gerechten	I - 9462
2 — De dwingende noodzaak voor de rechtspraak om een andere richting in te slaan	I - 9463
A — De rechtsonzekerheid ten gevolge van de afwezigheid van een definitie van „rechterlijke instantie” en de onbeslistheid van de rechtspraak	I - 9463
B — De hoedanigheid van rechterlijke instantie van het nationale orgaan als voorwaarde van openbare orde die beslissend is voor de bevoegdheid van het Hof	I - 9464
C — De bij het Verdrag van Amsterdam ingevoerde wijzigingen inzake de algemene behandeling van prejudiciële vragen, inzonderheid met betrekking tot de nationale rechterlijke instanties die tot verwijzing mogen overgaan	I - 9465
D — De gevolgen van de ratificatie van het Verdrag van Nice en de toekenning van prejudiciële bevoegdheden aan het Gerecht van eerste aanleg	I - 9466
E — De opportuniteit van een uitsluitende prejudiciële bevoegdheid van het Hof van Justitie inzake de toepassing van het gemeenschapsrecht	I - 9467
F — De storende gevolgen van de inmenging van een administratief orgaan in de dialoog tussen rechters	I - 9468

1 — Oorspronkelijke taal: Spaans.

3 — Voorstel voor een nieuwe inhoudsbepaling van het begrip rechterlijke instantie in de zin van artikel 234 EG	I-9470
A — Het communautaire karakter van het begrip	I-9470
B — Algemene regel: alle instanties die deel uitmaken van de nationale rechterlijke organisatie, vallen onder dit begrip	I-9471
C — Uitzondering: ook bepaalde organen die niet tot de rechterlijke organisatie behoren maar in de nationale rechtsorde het laatste woord hebben, vallen onder dit begrip	I-9472
D — Voordelen van dit voorstel	I-9476
4 — Het Rechtsprekend college van het Brussels Hoofdstedelijk Gewest	I-9478
V — Onderzoek van de prejudiciële vraag	I-9483
1 — De vraag of het belastingreglement een discriminatie in het leven roept	I-9484
2 — Het reglement als belemmering van de vrijheid van dienstverrichting	I-9486
A — De aantasting van de vrijheid van dienstverrichting	I-9486
B — Het ontbreken van een rechtvaardiging	I-9486
VI — Conclusie	I-9489

1. Het Rechtsprekend college van het Brussels Hoofdstedelijk Gewest verzoekt het Hof van Justitie om uitlegging van artikel 49 EG en volgende, teneinde te bepalen of zij zich verzetten tegen een gemeentereglement waarbij een jaarlijkse belasting op schotelantennes is ingevoerd.

I — De toepasselijke nationale voorschriften en de feiten van het hoofdgeding

2. De gemeenteraad van Watermaal-Bosvoorde keurde op 24 juni 1997 een belas-

tingreglement goed, waarbij voor de aanslagjaren 1997 tot en met 2001 een jaarlijkse gemeentebelasting op schotelantennes² werd ingesteld (hierna: „belastingreglement”).³

2 — Vóór de vaststelling van dit belastingreglement had het gemeentebestuur op 27 februari 1997 een stedenbouwkundig reglement vastgesteld inzake de voorwaarden voor buitenantennes. In dat reglement is onder meer het volgende bepaald: op een geklasseerd gebouw mag geen zichtbare antenne worden geplaatst, de architectonische kenmerken van het gebouw moeten worden gerespecteerd, de antenne mag in geen geval op de voorgevel worden aangebracht en de diameter mag niet meer dan 1,20 m bedragen.

3 — Ingevolge niet-nakomingsprocedure nr. 98/4137, die de Commissie tegen België heeft ingeleid wegens de vaststelling van belastingreglementen inzake een heffing op schotelantennes, heeft het Brusselse Hoofdstedelijk Gewest een circulaire opgesteld waarin wordt gewezen op de onverenigbaarheid van de belasting met het EG-Verdrag, en waarin de gemeentebesturen wordt verzocht die belasting met ingang van 1 januari 1999 af te schaffen. Het gemeentebestuur van Watermaal-Bosvoorde heeft dit gedaan bij besluit van 21 september van dat jaar. Die afschaffing heeft evenwel geen gevolgen voor de onderhavige vraag, aangezien de klacht van De Coster gericht is tegen de heffing voor het aanslagjaar 1998.

3. Overeenkomstig artikel 2 van het belastingreglement bedroeg de belasting 5 000 BEF per antenne, onafhankelijk van de afmetingen ervan. De belasting is verschuldigd zodra de antenne is geïnstalleerd, ongeacht het tijdstip in het aanslagjaar waarop de installatie plaatsvindt.

4. Volgens artikel 3 diende de belasting voor het lopende aanslagjaar door de eigenaar van de antenne⁴ telkens op 1 januari te worden betaald.

5. Op 10 december 1998 diende De Coster een bezwaarschrift in tegen de heffing van de belasting voor dat aanslagjaar. Met een beroep op artikel 59 EG-Verdrag (thans artikel 49 EG) inzake de vrijheid van dienstverrichting en richtlijn 89/552/EEG van de Raad van 3 oktober 1989 (hierna: „richtlijn”)⁵ betoogde hij, dat het belastingreglement in strijd was met het recht op vrije ontvangst van televisie-uitzendingen uit andere lidstaten.

II — De toepasselijke bepalingen van gemeenschapsrecht

6. Volgens artikel 49 EG „zijn de beperkingen op het vrij verrichten van diensten

binnen de Gemeenschap verboden ten aanzien van de onderdanen der lidstaten die in een ander land van de Gemeenschap zijn gevestigd dan dat, waarin degene is gevestigd te wiens behoefte de dienst wordt verricht”.

7. Volgens artikel 50, eerste alinea, EG worden in de zin van het Verdrag als diensten beschouwd, de dienstverrichtingen welke gewoonlijk tegen vergoeding geschieden, voorzover de bepalingen betreffende het vrij verkeer van goederen, kapitaal en personen op deze dienstverrichtingen niet van toepassing zijn.

8. In de considerans van de richtlijn is overwogen, dat het uitzenden van televisieprogramma's, onder normale omstandigheden, een dienst is in de zin van het Verdrag, en dat het vrij verrichten van diensten in het gemeenschapsrecht geldt voor alle diensten die gewoonlijk tegen vergoeding geschieden, met inbegrip van diensten met een culturele inhoud, en zonder beperking ten aanzien van onderdanen van de lidstaten die in een ander land van de Gemeenschap zijn gevestigd dan dat waarin degene is gevestigd te wiens behoefte de dienst wordt verricht.

In de considerans heet het verder, dat het recht van vrije dienstverrichting, indien toegepast op het verzorgen van televisie-uitzendingen, een specifieke uiting in het gemeenschapsrecht is van de vrijheid van meningsuiting zoals neergelegd in artikel 10, lid 1, van het Europese Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, dat door alle lidstaten is geratificeerd. Gelet op

⁴ — In voorkomend geval, de medeëigenaars.

⁵ — Richtlijn betreffende de coördinatie van bepaalde wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen in de lidstaten inzake de uitoefening van televisieomroepactiviteiten (PB L 298, blz. 23), gewijzigd bij richtlijn 97/36/EG van het Europees Parlement en de Raad van 30 juni 1997 (PB L 202, blz. 60).

het voorgaande, wordt in de considerans gesteld dat de richtlijn de opheffing beoogt van alle beperkingen van de vrijheid om in de Gemeenschap omroepdiensten te verrichten, aangezien het Verdrag dit vereist.

9. Volgens artikel 2 van de richtlijn waarborgen de lidstaten de vrijheid van ontvangst en belemmeren zij niet de doorgifte op hun grondgebied van televisie-uitzendingen uit andere lidstaten om redenen die binnen de door de richtlijn gecoördineerde gebieden vallen.

III — De prejudiciële vraag

10. Op 9 december 1999 heeft het Rechtsprekend college van het Brussels Hoofdstedelijk Gewest de volgende prejudiciële vraag gesteld:

„Verdragen de artikelen 1 tot en met 3 van het door de gemeenteraad van Watermaal-Bosvoorde in openbare zitting van 24 juni 1997 vastgestelde belastingreglement, waarbij een belasting op schotelantennes is ingesteld, zich al dan niet met de artikelen 59 tot en met 66 EG-Verdrag?”

IV — De ontvankelijkheid van de prejudiciële vraag — Het begrip rechterlijke instantie

11. De Commissie vraagt zich af, of het Rechtsprekend college van het Brussels Hoofdstedelijk Gewest een „nationale rechterlijke instantie” is in de zin van artikel 234 EG. Ik zie mij dan ook verplicht de aard van de verwijzende instantie aan een grondig onderzoek te onderwerpen. Het gaat om een instantie die zowel naar oorsprong als naar structuur een aantal bijzondere kenmerken vertoont, die de classificatie ervan volgens de criteria van de rechtspraak van het Hof moeilijk maken.

12. In artikel 234 EG is bepaald, dat het Hof van Justitie bevoegd is bij wijze van prejudiciële beslissing een uitspraak te doen over de uitlegging van het Verdrag en de handelingen van de instellingen van de Gemeenschap. In de tweede alinea wordt daaraan toegevoegd: indien een vraag te dien aanzien wordt opgeworpen „voor een rechterlijke instantie van een der lidstaten, kan deze instantie, indien zij een beslissing op dit punt noodzakelijk acht voor het wijzen van haar vonnis, het Hof van Justitie verzoeken over deze vraag een uitspraak te doen”.

13. Het Verdrag geeft evenwel geen definitie van het begrip nationale rechterlijke instantie. Het Hof heeft het begrip evenmin gedefinieerd en heeft zich beperkt tot de vaststelling van indicatieve criteria, te weten de wettelijke grondslag, de onafhankelijkheid, het permanente karakter, de verplichte rechtsmacht, de procedure op

tegenspraak, een beslissing van jurisdictionele aard, en toepassing van regelen des rechts.⁶

14. Dit heeft geleid tot een al te elastische rechtspraak die coherentie mist en niet voldoet aan het vereiste van rechtszekerheid. De fundamentele tegenstellingen tussen de oplossingen die de advocaten-generaal in hun conclusies hebben voorgesteld en die waar het Hof in zijn arresten voor heeft geopteerd, wijzen erop dat het gebied niet naar behoren in kaart is gebracht, en men het spoor bijster dreigt te raken. Het is een zeer rekbare en weinig wetenschappelijke rechtspraak die enkel op het concrete geval van toepassing is, met dermate vage omtrekken dat Sancho Panza een prejudiciële vraag zou kunnen stellen als gouverneur van het eiland Barataria.⁷

6 — Zie, onder meer, arrest van 30 november 2000, Österreichischer Gewerkschaftsbund (C-195/98, Jurispr. blz. I-10497).

7 — Cervantes, in *El ingenioso caballero Don Quijote de La Mancha*, verhaalt de gerechtelijke ervaringen van Sancho Panza als gouverneur van het eiland Barataria in de hoofdstukken XLV, XLVII, XLIX en LI van het tweede deel. In laatstbedoeld hoofdstuk oefent Sancho Panza merkwaardig genoeg een prejudiciële bevoegdheid uit, de literaire voorloper van de bevoegdheid die het Hof thans heeft. Op een dag begon hij recht te spreken, en werd hem een vraag voorgelegd door vier rechters die een wet moesten toepassen, volgens welke de personen die een waterrijke rivier wilden oversteken, onder eed moesten verklaren wat het doel en de reden van hun tocht was. Indien zij de waarheid spraken, moest hun de vrije oversteek worden verleend, indien zij logen, konden zij enkel de dood verwachten aan de aldaar geplaatste galg. Toen een man zwoer dat hij aan de galg zou sterven, rees er een dilemma. Indien hij werd opgehangen, had hij immers de waarheid gesproken en verdiende hij vrij te zijn en de rivier over te steken, maar indien hij niet werd terechtgesteld, had hij gelogen en diende hij krachtens de wet te sterven. In zijn prejudicieel antwoord, waarin hij de raad volgde die hem door Don Quichotte was gegeven, verkoos Sancho Panza de regel toe te passen volgens welke een beroep moet worden gedaan op de barmhartigheid wanneer het recht in twijfel staat.

15. Ik zal hierna trachten uit te leggen welke weg het Hof heeft afgelegd van het arrest Vaassen-Göbbels⁸ tot het arrest Österreichischer Gewerkschaftsbund⁹, en vervolgens zal ik een mijns inziens onontbeerlijke koerswijziging voorstellen. Ik stel dan ook voor dat in deze zaak het voltallige Hof beslist.

1. De rechtspraak van het Hof van Justitie inzake het begrip rechterlijke instantie

16. Het is allemaal begonnen met de zaak Vaassen-Göbbels. In deze zaak was de prejudiciële vraag voorgelegd door een scheidsgerecht dat niet tot de Nederlandse rechterlijke organisatie behoorde, maar dat bevoegd was om uitspraak te doen over beroepen tegen besluiten van een socialezekerheidsorgaan. Het Hof van Justitie stelde voor het eerst vijf van de criteria vast die zijns inziens bepalen of een orgaan een rechterlijke instantie is: wettelijke grondslag, permanent karakter, procedure op tegenspraak, verplichte rechtsmacht en toepassing van regelen des rechts.¹⁰

8 — Arrest van 30 juni 1966 (61/65, Jurispr. blz. 257).

9 — Aangehaald in voetnoot 6.

10 — Het Hof merkte in dat arrest op, dat het scheidsgerecht een permanente instantie was die naar Nederlands recht regelmatig was ingesteld en die belast was met de kennisneming van door de wet omschreven geschillen, in procedures op tegenspraak als die welke gelden voor de gebruikelijke rechtspleging. De leden ervan werden door de minister benoemd en waren verplicht naar recht te oordelen. Bovendien waren de belanghebbenden ten aanzien van de geschillen welke tussen hen en hun verzekeraar ontstonden, gehouden zich te wenden tot het scheidsgerecht als de voor deze geschillen bevoegde rechter.

17. Sedert dat arrest heeft het Hof telkens onderzocht of de vereiste voorwaarden waren vervuld, waarbij het die criteria verfijnde en aanvulde en er andere aan toevoegde, zoals het criterium van de onafhankelijkheid, dat voor het eerst ter sprake is gekomen in het arrest Pretore di Salò¹¹ en definitief is aangenomen in het arrest Corbiau.¹² Het is veelzeggend, dat tot 1987 moest worden gewacht vóór het criterium van de onafhankelijkheid — dat het eerste kenmerk van een rechter moet zijn — in een arrest van het Hof werd genoemd.

18. Wat bepaalde voorwaarden betreft, met name de wettelijke grondslag, het permanente karakter en de uitspraak naar recht, is de rechtspraak ongewijzigd gebleven. Andere voorwaarden daarentegen, met name de voorwaarden die het meest kenmerkend zijn voor een rechterlijke instantie, zoals de onontbeerlijke onafhankelijkheid, de procedure op tegenspraak of de jurisdictionele aard van de beslissing, zijn evenwel op zijn minst op onduidelijke en bijwijlen verwarrende wijze uitgelegd.

A — De geleidelijke afzwakking van de voorwaarde dat het om een onafhankelijke instantie dient te gaan

19. Hoewel het Hof in de zaak Pretore di Salò de onafhankelijkheid reeds had vermeld als één van de voorwaarden waaraan een instantie moet voldoen om als een rechterlijke instantie in de zin van arti-

kel 234 EG te worden aangemerkt, werd aan dit begrip pas een eigen inhoud verleend in het arrest Corbiau, waarin het Hof als voorwaarde stelde, dat de verwijzende instantie die de prejudiciële vraag stelt, de hoedanigheid van derde¹³ heeft ten opzichte van de instantie die het besluit heeft vastgesteld waartegen het beroep is gericht.¹⁴

20. Het Hof van Justitie nam een even categoriek standpunt in in de zaak Strafgedingen tegen X¹⁵, waarin de Procura della Repubblica een prejudiciële vraag had gesteld. Het Hof verklaarde zich onbevoegd, omdat het Openbaar Ministerie niet voldeed aan de voorwaarde van onafhankelijkheid.

21. In de zaak Dorsch Consult¹⁶ verlangde het Hof niet dat de verwijzende instantie een derde is ten aanzien van de instantie die het besluit vaststelt, maar wel dat die

13 — De voorwaarde van de hoedanigheid van derde ten aanzien van de instantie die het besluit heeft vastgesteld waartegen beroep wordt ingesteld, is een noodzakelijke maar onvoldoende voorwaarde voor onafhankelijkheid (zie mijn overwegingen in de punten 92 en 93 infra).

14 — In dat arrest was het Hof van oordeel, dat de Luxemburgse directeur des contributions directes et des accises, die door de Conseil d'État als rechterlijke instantie was erkend (zie de conclusie van advocaat-generaal Darmon, punt 4), niet de hoedanigheid van derde had. Als hoofd van die belastingdienst had de directeur onmiskenbaar een organieke band met de afdelingen die de bestreden belasting hadden vastgesteld waartegen het bezwaar was gericht dat tot de prejudiciële vraag had geleid. Bovendien was de directeur bij een eventueel beroep bij de Conseil d'État partij in het geding.

15 — Arrest van 12 december 1996 (C-74/95 en C-129/95, Jurispr. blz. I-6609).

16 — Arrest van 17 september 1997 (C-54/96, Jurispr. blz. I-4961).

11 — Arrest van 11 juni 1987 (14/86, Jurispr. blz. 2545).

12 — Arrest van 30 maart 1993 (C-24/92, Jurispr. blz. I-1277).

instantie haar taken „onafhankelijk”¹⁷ en „onder eigen verantwoordelijkheid”¹⁸ vervult. Aldus kon het de Duitse federale commissie van toezicht op de gunning van overheidsopdrachten als een rechterlijke instantie aanmerken, hoewel die commissie verbonden is met de organisatiestructuur van het Bundeskartellamt en het ministerie van Economische zaken.¹⁹

22. Voor het Hof van Justitie was beslissend, dat de essentiële bepalingen van het statuut van de Duitse magistratuur inzake nietigverklaring of intrekking van benoemingen en inzake onafhankelijkheid en afzetbaarheid, van overeenkomstige toepassing waren op de leden van de federale commissie.²⁰

23. Het arrest Köllensperger en Atzwanger²¹ ging verder op dezelfde weg. In die zaak onderzocht het Hof of het Tiroler Landesvergabeamt (dienst overheidsopdrachten van de deelstaat Tirol) als een rechterlijke instantie kon worden aangemerkt. Hoewel het Hof meende dat de desbetreffende wet een te vage uitdrukking over de afzetting van de leden en geen specifieke bepalingen over de wraking of verschoning van de

leden van het Tiroler Landesvergabeamt bevatte²², was het van oordeel, dat de onafhankelijkheid van die instantie gegarandeerd was omdat de algemene wet inzake administratieve procedures zeer precieze bepalingen bevat over de verschoning van leden van administratieve organen en omdat zij een uitdrukkelijk verbod behelst op het geven van aanwijzingen aan de leden van het Tiroler Landesvergabeamt bij de uitoefening van hun functies.²³

24. In dit arrest liet het Hof niet alleen het criterium van de hoedanigheid van derde van de betrokken instantie vallen, maar ging het bovendien voorbij aan de afwezigheid van specifieke regels ter verzekering van de onafhankelijkheid van de leden van de betrokken instantie²⁴, en nam het genoegen met de algemene bepalingen ter verzekering van de onpartijdigheid of, in voorkomend geval, van de onafhankelijkheid van de leden van rechterlijke instanties.

25. Deze zienswijze overtuigt mij niet. Een algemeen beginsel van niet-inmenging in de werkzaamheden van de administratieve organen van de staat, in samenhang met een verschoningsplicht, kan niet volstaan om de onafhankelijkheid te waarborgen van degene die het geschil moet beslechten.

17 — Dit is een tautologie: onafhankelijk is degene die onafhankelijk handelt.

18 — Punt 35 van het arrest.

19 — In de arresten van 4 maart 1999, *Hospital Ingenieure* (C-258/97, Jurispr. blz. I-1405), en 18 november 1999, *Unitron Scandinavia en 3-S* (C-275/98, Jurispr. blz. I-8291), liet het Hof prejudiciële vragen toe van instanties die belast zijn met het toezicht op aanbestedingen.

20 — Zoals advocaat-generaal Tesauro in zijn conclusie heeft opgemerkt, komen die garanties niet overeen met die voor de rechters, aangezien de duur van het mandaat van de leden niet is vastgesteld. Zij hebben geen enkele garantie met betrekking tot de onafzetbaarheid, laat staan met betrekking tot een vooraf bepaalde ambtstermijn. De leden kunnen te allen tijde bij een louter interne organisatorische maatregel van hun bevoegdheden worden ontheven.

21 — Arrest van 4 februari 1999 (C-103/97, Jurispr. blz. I-551).

22 — Op die grond gaf advocaat-generaal Saggio in overweging de prejudiciële vraag niet-ontvankelijk te verklaren.

23 — Deze bepaling komt overeen met artikel 20 van de Oostenrijkse federale Grondwet betreffende de onafhankelijkheid van de leden van colleges met de kenmerken van een rechtsprekende instantie.

24 — Die, in de vorm van een verwijzing naar het statuut van de rechters, bestonden in de zaak *Dorsch Consult*.

ten.²⁵ Deze voorwaarde, die essentieel is om een orgaan als een rechterlijke instantie te kunnen aanmerken, moet daarentegen worden gewaarborgd door bepalingen waarin duidelijk en precies de gronden voor verschoning, wraking en afzetbaarheid van de leden worden aangegeven.²⁶

26. De geleidelijke afzwakking van de voorwaarde van onafhankelijkheid in de rechtspraak van het Hof, bereikte haar hoogtepunt in het arrest *Gabalfria e.a.*²⁷, waarin het Hof diende te beoordelen of de Spaanse *Tribunales Económico-Administrativos* rechterlijke instanties zijn. Deze *Tribunales* behoren niet tot de rechterlijke macht, maar maken organiek deel uit van het ministerie van Economische zaken en Financiën, met andere woorden, van de administratie die instaat voor de handelingen die zij moeten beoordelen.

27. Niettegenstaande de in de rechtsleer²⁸ geformuleerde opvattingen en de zienswijze van de advocaat-generaal, oordeelde het Hof dat deze *Tribunales* rechterlijke instanties van een lidstaat waren. Dienaangaande was volgens het Hof beslissend, dat er een scheiding van taken was tussen enerzijds de met het beheer, de invordering en de vaststelling van de belastingen belaste diensten, en anderzijds de *Tribunales Económico-Administrativos*, die op de klachten tegen beschikkingen van die diensten beslisten zonder aanwijzingen te ontvangen.

28. Zoals advocaat-generaal Saggio eens te meer onderstreepte, kan uit die omstandigheden geen voldoende waarborg van onafhankelijkheid worden afgeleid. De leden van de *Tribunales Económico-Administrativos* zijn door de minister benoemde

25 — Zie de conclusie van advocaat-generaal Saggio bij het arrest van 6 juli 2000, *Abrahamsson en Anderson* (C-407/98, Jurispr. blz. I-5532). Het Hof oordeelde dat een administratief orgaan (Överklagandenämnden för Högskolan — college van beroep voor het hoger onderwijs in Zweden) een rechterlijke instantie was, omdat het geen instructies ontving en in volledige onpartijdigheid uitspraak deed. In de ogen van het Hof verleenden die waarborgen het Överklagandenämnden de hoedanigheid van derde alsmede de nodige onafhankelijkheid ten opzichte van de instanties die het besluit hadden vastgesteld waartegen het beroep was gericht. De advocaat-generaal daarentegen had in zijn conclusie voorgesteld de prejudiciële vraag niet-ontvankelijk te verklaren bij gebreke van onafhankelijkheid van het verwijzende college, aangezien er geen specifieke bepalingen bestonden inzake de voorwaarden en modaliteiten van intrekking van de benoemingen van de leden ervan.

26 — Voor ogen moet worden gehouden, dat het Hof in de arresten *Pretore di Salò*, aangehaald in voetnoot 11, punt 7, en *Corbiau*, aangehaald in voetnoot 12, punt 13, alsmede in het arrest van 27 april 1994, *Almelo e.a.* (C-393/92, Jurispr. blz. I-1477), punt 21, opmerkte, dat het gemeenschapsrechtelijk begrip rechterlijke instantie overeenkomstig de gemeenschappelijke juridische tradities van de lidstaten inhoudt, dat de bepalingen inzake de samenstelling en de werking van elke rechtsprekende instantie de grootst mogelijke garanties moeten bieden inzake onafhankelijkheid en onpartijdigheid van haar leden. Dit geldt inzonderheid voor de bepalingen die de administratie de bevoegdheid verlenen om de leden van de betrokken instantie af te zetten.

27 — Arrest van 21 maart 2000 (C-110/98—C-147/98, Jurispr. blz. I-1577).

28 — Alonso García, R., *Derecho comunitario. Sistema constitucional y administrativo de la Comunidad Europea*, Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Madrid, 1994, blz. 330 en 331. Ruiz-Jarabo, D., *El juez nacional como juez comunitario*, Civitas, Madrid, 1993, blz. 81 en 82. Le Barbier-Le Bris, M., *Le juge espagnol face au droit communautaire*, Apogée (Publications du Centre de Recherches Européennes Université Rennes I), Rennes, 1998, blz. 347-350. Boulouis, J., Darmon, M., Huglo, J.-G., *Contentieux communautaire*, Dalloz, 2e uitgave, Parijs, 2001, blz. 16, hebben op dit punt de nadruk gelegd. Banacloche, J., schrijft in *Los Tribunales Económico-Administrativos*, artikel verschenen in het tijdschrift „Impuestos, revista de doctrina, legislación y jurisprudencia”, XVIIe jaargang, nr. 2, januari 2001, blz. 1-8, het volgende: „Om te beginnen zou het Hof van Justitie zich bewust moeten zijn” van de hiërarchie afhankelijkheid van de *Tribunales Económico-Administrativos* van de administratie. Eerder in het artikel verklaarde hij, dat deze organen vroeger misschien als rechterlijke instanties konden worden aangemerkt, maar dat deze stelling thans vanuit grondwettelijk oogpunt moest worden afgewezen. „Het traditionele onderscheid in economisch-administratieve aangelegenheden tussen beleidsorganen en organen voor geschillenbeslechting heeft dikwijls geleid tot de verkeerde opvatting, dat de organen voor geschillenbeslechting [...] quasi-rechterlijke instanties zijn, hoewel het duidelijk is, dat die scheiding enkel is ingegeven [...] door een streven naar arbeidsverdeling en specialisatie, die geen grotere onafhankelijkheid inhoudt dan in eender welk ander [administratief] domein”. Hij voegt daaraan toe, dat de *Tribunales Económico-Administrativos* deel uitmaken van de uitvoerende macht, die rechter en partij is in de procedure tot betwisting van haar eigen handelingen, en dat de *Tribunales* haar uitleggingscriteria niet zelden overnemen.

ambtenaren van de administratie. De minister kan de leden afzetten zonder dat hij zich daarbij hoeft te houden aan criteria die in de wet op duidelijke en beperkende wijze zijn opgesomd. Daarom kan niet worden gesteld, dat de regels inzake de werking van het orgaan de onafzetbaarheid van de leden waarborgen, zodat het onzeker is dat dit orgaan een onafhankelijkheid geniet die het in staat stelt het hoofd te bieden aan eventuele inmenging en onrechtmatige druk van de uitvoerende macht.

Een andere omstandigheid die de administratieve aard van hun functie bevestigt, is de omstandigheid dat het verzuim van die organen om een beslissing te nemen, ertoe leidt dat de theorie van het stilzwijgen van de administratie wordt toegepast. Deze fictie is door de wetgever in het leven geroepen om te vermijden dat het stilzitten van de administratie de betrokkenen de toegang tot de rechter ontzegt. Indien de *Tribunales Económico-Administrativos* geen uitspraak doen binnen een jaar na indiening van de klacht, wordt de klacht geacht te zijn afgewezen, en kan de particulier zich onmiddellijk tot de administratieve rechter wenden.

De functie van de *Tribunales Económico-Administrativos* kan niet als een „rechtsprekende” functie worden aangemerkt. De klachten die bij de *Tribunales* worden ingediend, bezitten integendeel de kenmerken die eigen zijn aan een administratief beroep, een nieuw onderzoek door de administratie zelf op verzoek van een partij. De beslissingen van de *Tribunales* zijn bovendien zonder uitzondering vatbaar voor beroep bij de gewone administratieve rechter (waardoor de uniforme toepassing van het gemeenschapsrecht wordt gegarandeerd, want de gewone administratieve rechter kan een beslissing nemen over de noodzaak van een prejudiciële verwijzing naar het Hof).

Bovendien kan het *Tribunal Económico-Administrativo Central* zaken die het belangrijk acht of waarvan het bedrag bijzonder hoog is, uit handen geven en de beslissing overlaten aan de minister van Financiën. Na het arrest *Gabalfrisa e.a.* rijst derhalve de vraag, of ook de minister in zaken waarin hij een beslissing moet nemen, prejudiciële vragen mag stellen.²⁹

B — Relativiteit van het criterium van de procedure op tegenspraak

De economisch-administratieve klacht heeft derhalve de — voor administratieve beroepen kenmerkende — functie, dat zij de administratie in staat stelt om door middel van een procedure op tegenspraak met de betrokkenen, haar definitieve beslissing vast te stellen, waarna de weg openstaat voor een beroep bij de administratieve rechter.

29. Niet alleen moet de rechterlijke instantie onafhankelijk zijn en in die zin handelen, maar zij moet haar beslissing nemen nadat voor haar een debat op tegenspraak

29 — Ik vraag mij af wat Montesquieu van deze verwarring tussen administratieve en rechterlijke organen zou denken.

is gevoerd, waarin de partijen hun rechten en rechten beschermde belangen kunnen aanvoeren. Aan de draagwijdte van de in het arrest Vaassen-Göbbels³⁰ geformuleerde voorwaarde van een procedure op tegenspraak, zijn evenwel gaandeweg beperkingen gesteld.

vant dat de procedure waarin de vraag rijst, een niet-contradictoire procedure is.³³

30. In de arresten Politi³¹ en Birra Dreher³² werd bevestigd, dat artikel 234 EG voor de verwijzing van een prejudiciële vraag niet vereist dat de procedure op tegenspraak geschiedt, en dat het derhalve mogelijk is een prejudiciële vraag te stellen buiten het kader van een geschil. Beslissend is derhalve, dat degene die het Hof om bijstand verzoekt, met rechtspraak is belast en dat hij een uitlegging van het gemeenschapsrecht noodzakelijk acht voor het geven van zijn beslissing. Daarbij is irrele-

31. In de arresten Simmenthal³⁴ en Ligur Carni e.a.³⁵ verklaarde het Hof evenwel, dat het in voorkomend geval in het belang van een goede rechtsbedeling kan zijn eerst tot verwijzing over te gaan wanneer de wederpartij is gehoord. Deze precisering heeft het Hof evenwel niet van zijn vroegere standpunt doen terugkomen, omdat zijns inziens enkel de nationale rechter over de noodzaak daarvan heeft te oordelen.³⁶

30 — Aangehaald in voetnoot 8.

31 — Arrest van 14 december 1971 (43/71, Jurispr. blz. 1039). De vraag was gesteld door de president van het Tribunale di Torino in het kader van een sommiere procedure („bevel tot betaling”) waarin de beslissing wordt genomen zonder dat de verweerder wordt gehoord. Het is interessant op te merken, dat wegens het specifieke karakter van de procedure de hoedanigheid van rechterlijke instantie ter discussie stond van een orgaan dat deel uitmaakte van de rechterlijke organisatie van een lidstaat.

32 — Arrest van 21 februari 1974 (162/73, Jurispr. blz. 201). De vraag was gesteld in het kader van een Italiaanse sommiere procedure, waarin de rechter, die uitsluitend op basis van de verklaringen van de verzoekende partij uitspraak doet, de andere partij kan veroordelen zonder deze in staat te hebben gesteld haar opmerkingen te maken, hoewel deze daarna wel tegen de uitspraak kan opkomen. Het Hof had reeds verschillende prejudiciële verwijzingen in het kader van sommiere procedures aanvaard (arresten van 12 november 1969, Stauder, 26/69, Jurispr. blz. 419; 17 december 1970, SACE, 33/70, Jurispr. blz. 1213, en 26 oktober 1971, Eunomia, 18/71, Jurispr. blz. 811).

33 — Volgens advocaat-generaal Lenz, in punt 6 van zijn conclusie bij het arrest van 22 september 1988, Pretura unificata di Torino (228/87, Jurispr. blz. 5099), heeft het Hof sinds het arrest Birra Dreher het element „procedure op tegenspraak” laten vallen.

34 — Arrest van 28 juni 1978 (70/77, Jurispr. blz. 1453). In deze zaak was de prejudiciële vraag gesteld door de Pretore di Alessandria in het kader van een dwangbevelprocedure, waarin de rechter uitsluitend op grond van de argumenten van de verzoekende partij kon beslissen.

35 — Arrest van 15 december 1993 (C-277/91, C-318/91 en C-319/91, Jurispr. blz. I-6621). De vragen waren gesteld door de president van het Tribunale di Genova in het kader van een procedure ter verkrijging van voorlopige maatregelen.

36 — In mijn conclusie van 5 april 2001 in de zaak Gottardo (C-55/00), waarin nog geen arrest is gewezen, heb ik de aandacht gevestigd op de gevaren die verbonden zijn met de passieve houding van het Hof ten aanzien van de bewoordingen waarin de vragen in het kader van een prejudiciële verwijzing worden geformuleerd. Ik stelde dienaangaande, dat „het Hof, in zijn hoedanigheid van gekwalificeerde uitlegger van het gemeenschapsrecht, het probleem in een ruimere context en met meer flexibiliteit zou moeten onderzoeken, teneinde de nationale rechter die de zaak bij het Hof aanhangig heeft gemaakt en de andere rechters van de Europese Unie een nuttig antwoord te geven tegen de achtergrond van de geldende gemeenschapsrechtelijke regels. Anders zou de verwijzende rechter een al te grote invloed kunnen hebben op de door artikel 234 EG nagestreefde dialoog tussen rechterlijke instanties, omdat hij door de formulering van de vraag die hij aan het Hof stelt, het prejudiciële antwoord van het Hof in een bepaalde richting zou kunnen sturen, zoals het geval is geweest in de zaken die ik zonet heb onderzocht” (punt 36). Dit geldt ook voor de beoordeling van de relevantie van het stellen van een prejudiciële vraag in het kader van een niet-contradictoire procedure. Het staat uiteraard aan de nationale rechter om te oordelen over de noodzaak van een uitlegging van het gemeenschapsrecht voor de oplossing van het bij hem aanhangige geding, maar de toetsing aan de criteria die bepalend zijn voor de ontvankelijkheid van de prejudiciële verwijzing, komt aan het Hof toe.

32. Het contradictoire karakter is voor het Hof derhalve geen voorwaarde voor ontvankelijkheid van de prejudiciële verwijzing. Een vraag die rijst in een niet-contradictoire procedure of in een niet-contradictoire fase van een contradictoire procedure kan ontvankelijk zijn. Het Hof benadrukte in de arresten Birra Dreher en Simmenthal wat het reeds in het arrest Politi had verklaard, met name dat de prejudiciële verwijzingsprocedure openstaat voor iedere rechtsprekende instantie van de lidstaten, ongeacht de stand van de procedure in de hoofdzaak.

33. De voorwaarde van een procedure op tegenspraak heeft gaandeweg haar belang verloren. In de zaken Pretore di Cento³⁷ en Pretura unificata di Torino³⁸ had het Hof niet eens twijfels over de ontvankelijkheid van prejudiciële vragen die waren gerezen in procedures zonder partijen.³⁹ In het arrest Fratelli Pardini⁴⁰ gaf het een antwoord op vragen van de Pretore di Lucca in een procedure inzake voorlopige maatregelen.⁴¹

34. Tot dat ogenblik hechtte het Hof steeds minder belang aan de voorwaarde van de procedure op tegenspraak, zonder ze volledig te laten vallen. Bij nader onderzoek van de feiten blijkt evenwel, dat deze voorwaarde niet was weggefallen, maar dat het enkel om een accentverschuiving ging⁴²; de afwezigheid van het contradictoire karakter werd hoe dan ook gecompenseerd door de volledige onpartijdigheid van de rechter en door zijn onafhankelijkheid ten aanzien van het geding en de betrokken partijen.⁴³

35. In enkele arresten van latere datum lijkt het Hof evenwel afstand te hebben genomen van deze benadering. Het heeft helaas prejudiciële vragen aanvaard en beantwoord die waren gerezen in procedures waarin de afwezigheid van het contradictoire karakter niet werd gecompenseerd door de absolute onafhankelijkheid van de verwijzende instantie.

36. In het arrest Dorsch Consult⁴⁴ aanvaardde het Hof immers prejudiciële vragen van een administratief orgaan⁴⁵ in het kader van een niet-contradictoire procedure.⁴⁶

37 — Arrest van 5 mei 1977 (110/76, Jurispr. blz. 851).

38 — Aangehaald in voetnoot 33.

39 — Het ging om strafzaken tegen onbekenden. Er zij aan herinnerd, dat de Pretore een bijzondere instelling van de Italiaanse rechterlijke organisatie is, die functies van het openbaar ministerie en van de onderzoeksrechter in zich verenigt.

40 — Arrest van 21 april 1988 (338/85, Jurispr. blz. 2041).

41 — Deze zaak was bijzonder, omdat de Pretore, toen hij de prejudiciële vraag stelde, tegelijk ook de voorlopige maatregel gelastte die het enige voorwerp van de procedure was. Eerst overwoog het Hof, dat het niet bevoegd is om kennis te nemen van een prejudicieel verzoek wanneer de procedure voor de verwijzende rechter reeds is afgesloten, maar daarna verklaarde het de vraag toch ontvankelijk omdat de vastgestelde maatregelen na tussenkomst van de partijen konden worden bevestigd, gewijzigd of herroepen.

42 — Dat is het geval in de zaak Fratelli Pardini, reeds aangehaald.

43 — Zie de punten 7 en 26 van de conclusie van advocaat-generaal Darmon in de zaak Corbiau, aangehaald in voetnoot 12. Zie ook punt 14 van de conclusie van advocaat-generaal Saggio in de zaak Gabalfrisa e.a., aangehaald in voetnoot 27.

44 — Aangehaald in voetnoot 16.

45 — De commissie die in Duitsland is opgericht om te beslissen op beroepen tegen de beschikkingen van de organen die belast zijn met de controle op de gunning van overheidsopdrachten.

46 — Het Hof herinnerde eraan, dat het vereiste van een procedure op tegenspraak geen absoluut criterium is, en het wees erop, dat de partijen, hoewel zij niet door de commissie worden gehoord, wel worden gehoord door het controleorgaan.

37. In het arrest *Gabalfrisa e.a.*⁴⁷ oordeelde het Hof, dat de procedure voor de Spaanse *Tribunales Económico-Administrativos*⁴⁸ een contradictoire procedure is, aangezien de belanghebbenden memories kunnen indienen, bewijs kunnen aanbieden tot staving van hun vorderingen en om een openbare behandeling kunnen verzoeken. Indien het *Tribunal Económico-Administrativo* zich bovendien wenst uit te spreken over punten die de belanghebbenden niet aan de orde hebben gesteld, dient het deze daarvan in kennis te stellen en hun een termijn van veertien dagen te verlenen om een standpunt te bepalen.

38. Zoals advocaat-generaal Saggio in zijn conclusie evenwel opmerkte, kan de procedure ten aanzien van de belanghebbenden in feite slechts ten dele als contradictoir worden aangemerkt, wegens de beperkte aard van de toegestane memories en bewijsmiddelen en omdat de instantie zelf op discretionaire wijze beslist over de openbare behandeling, zonder mogelijkheid van beroep.⁴⁹

47 — Aangehaald in voetnoot 27.

48 — Ik heb de hoedanigheid van rechterlijke instantie van deze *Tribunales* reeds besproken.

49 — In het arrest van 15 januari 1998, *Mannesmann Anlagenbau Austria e.a.* (C-44/96, Jurispr. blz. I-73) verklaarde het Hof de prejudiciële vragen van het Oostenrijkse Bundesvergabeamt — de instantie die kennis neemt van geschillen betreffende overheidsopdrachten — ontvankelijk zonder te onderzoeken of het om een rechterlijke instantie ging. Advocaat-generaal Léger, die de vraag wél had onderzocht, uitte enige twijfel over het contradictoire karakter van de procedure, hoewel hij uit de verwijzingsbeschikking afleidde dat in de procedure in de hoofdzaak een debat op tegenspraak had plaatsgevonden zoals voor een rechterlijke instantie. In de arresten van 24 september 1998, *Tögel* (C-76/97, Jurispr. blz. I-5357) en *EvoBus Austria* (C-111/97, Jurispr. blz. I-5411) heeft het Hof de ontvankelijkheid erkend van verschillende prejudiciële vragen van het Bundesvergabeamt.

C — De onduidelijkheid omtrent het vereiste dat de procedure moet worden afgesloten met een beslissing die de kenmerken van een rechterlijke uitspraak vertoont

39. Terwijl de criteria van onafhankelijkheid en een contradictoire procedure zijn afgezwakt, is het vereiste dat de verwijzende instantie een beslissing moet geven met de kenmerken van een rechterlijke uitspraak steeds vaag geweest. Dat kan moeilijk anders: zeggen dat elke instantie die een rechterlijke uitspraak doet een rechterlijke instantie is, is zoveel als niets zeggen. Dit kenmerk kan niet worden teruggebracht tot de toepassing van rechtsnormen, omdat dit geen exclusief voorrecht is van instanties met een rechterlijke bevoegdheid. De administratieve instellingen handelen met inachtneming van het legaliteitsbeginsel⁵⁰, zodat ook zij het recht toepassen.⁵¹

40. Om te bepalen of een beslissing de kenmerken van een rechterlijke uitspraak vertoont, zag het Hof zich genoodzaakt om onrechtstreeks beroep te doen op andere kenmerken van een rechterlijke instantie: meestal de „conflictuele” aard van de procedure waarin de beslissing wordt genomen, soms het feit dat de instantie die de beslissing neemt deel uitmaakt van de rechterlijke organisatie.

41. Zo was het Hof in de zaak *Borker*⁵² van oordeel, dat de Raad van de Orde van Advocaten bij het Hof van Parijs niet als een rechterlijke instantie kon worden aan-

50 — Artikel 103, lid 1, van de Spaanse Grondwet van 1978 bepaalt: „De overheid [...] dient zich volledig te houden aan de wet en het recht”.

51 — En zij leggen het recht uit alvorens het toe te passen.

52 — Beschikking van 18 juni 1980 (138/80, Jurispr. blz. 1975).

gemerkt, omdat de Raad geen geding moest oplossen, doch enkel om een verklaring werd verzocht betreffende een geschil tussen een lid van de balie en een rechterlijke instantie van een andere lidstaat.⁵³ Op grond van soortgelijke overwegingen heeft het Hof niet als een rechterlijke instantie aangemerkt: in de zaak Greis Unterweger⁵⁴, een commissie van advies inzake overtredingen van de deviezenbepalingen, die adviezen uitbrengt in het kader van een administratieve procedure;⁵⁵ en in het arrest Victoria Film⁵⁶, de Skatterättsnämnden (Zweedse belastingcommissie), die niet tot taak heeft een geschil te beslechten maar op verzoek van een belastingplichtige prealabele adviezen in belastingvraagstukken geeft.⁵⁷

42. Het arrest Strafbzaken tegen X⁵⁸ lag in dezelfde lijn. In dat arrest verklaarde het

Hof, dat de Italiaanse Procura della Repubblica geen rechterlijke instantie was, omdat haar taak er niet in bestond een geschil te beslechten, doch om het geschil in voorkomend geval als gedingvoerende partij, belast met de strafvordering, bij de bevoegde rechter aanhangig te maken.⁵⁹ In het arrest Pretore di Salò⁶⁰ beschouwde het Hof deze instelling, die, zoals ik reeds heb opgemerkt, functies van het openbaar ministerie en van de onderzoeksrechter in zich verenigt, echter wél als een rechterlijke instantie, hoewel het erkende dat bepaalde functies van de Procura geen strikt rechterlijk karakter hadden, in die zin dat zij niet gericht waren op de oplossing van een rechtsgeding.

43. In het arrest Garofalo e.a.⁶¹ daarentegen was het Hof van oordeel, dat een instantie die een advies uitbracht in een procedure waarin de beslissing toekwam aan een politiek orgaan, een rechtsprekende functie uitoefende. Het ging om de Italiaanse Consiglio di Stato wanneer hij advies uitbrengt in het kader van een buitengewoon beroep, aangezien de beslissing dan in feite in zijn handen ligt. Het advies, dat gebaseerd is op de toepassing van rechtsnormen, vormt het ontwerp van de beslissing die formeel door de Italiaanse president wordt genomen. Een van dit advies afwijkende beslissing kan slechts na overleg in de ministerraad worden geno-

53 — Een Duitse strafkamer had de betrokkene geen toelating gegeven om in een strafzaak op te treden. Hij verzocht de Raad daarom om een uitspraak over de voorwaarden waaronder hij als dienstverrichter zijn beroep van advocaat kon uitoefenen voor de rechterlijke instanties van een andere lidstaat.

Paradoxaal genoeg heeft het Hof in zijn arrest van 30 november 1995, Gebhard (C-55/94, Jurispr. blz. I-4165), zonder de vraag te onderzoeken, de Nationale Raad van de Italiaanse Orde van Advocaten als een rechterlijke instantie aangemerkt. Volgens advocaat-generaal Léger verklaarde het Hof zich in de zaak Borker niet onbevoegd wegens de aard van de instantie die zich tot het Hof wendde, maar wegens het voorwerp van de vraag. Daarentegen zijn gedingen betreffende de voorwaarden voor inschrijving bij de balie of betreffende een door de plaatselijke raad van de Orde van advocaten opgelegde sanctie kwesties waarvan de behandeling bij wet aan de Nationale Raad is opgedragen. Het Hof had misschien meer belang moeten hechten aan het feit dat tegen de beslissingen van de Nationale Raad beroep mogelijk is bij de Corte di cassazione.

54 — Beschikking van 5 maart 1986 (318/85, Jurispr. blz. 955).

55 — Het Hof merkte op, dat de commissie niet verplicht was om een procedure op tegenspraak te houden, dat de betrokkene zich niet zelf tot de commissie kon wenden, en dat het door de commissie uitgebrachte advies niet verbindend was voor de minister. Opmerking verdient voorts, dat de door de minister na advies van de Commissie opgelegde sancties door de betrokkenen kunnen worden betwist voor de gewone rechter, die ter zake volledige rechtsmacht heeft.

56 — Arrest van 12 november 1998 (C-134/97, Jurispr. blz. I-7023).

57 — Zoals vragen inzake de onderwerping aan een belasting en de dragwijde ervan.

58 — Aangehaald in voetnoot 15.

59 — In punt 7 van mijn conclusie in deze zaak, wees ik erop, dat de Procura della Repubblica niet voldeed aan ten minste twee van de door het Hof gestelde vereisten voor de ontvankelijkheid van prejudiciële vragen: zij is geen orgaan met bindende rechtsmacht (zij is zelfs geen rechtsprekende instantie in strikte zin), en zij doet geen uitspraak in een procedure op tegenspraak na de partijen te hebben gehoord, aangezien zij zelf partij is in het geding.

60 — Aangehaald in voetnoot 11.

61 — Arrest van 16 oktober 1997 (C-69/96—C-79/96, Jurispr. blz. I-5603).

men en moet naar behoren met redenen worden omkleed.

nationale rechterlijke organisatie, de vraag ontvankelijk is, zelfs indien de instantie geen uitspraak doet in een geschil.⁶⁷ Sedertdien is de situatie minder duidelijk.

44. Onder verwijzing naar het arrest Nederlandse Spoorwegen⁶², beschouwde het Hof de Italiaanse Consiglio di Stato als een rechterlijke instantie in de zin van het Verdrag.⁶³ In de beschikkingen ANAS⁶⁴ en RAI⁶⁵ daarentegen, merkte het Hof de Italiaanse Corte dei Conti niet aan als een rechterlijke instantie, omdat bij de in de hoofdgedingen verrichte controle achteraf, de functie van de Corte dei Conti in wezen bestond in het evalueren en verifiëren van de resultaten van het bestuurlijk handelen. Hieruit leidde het Hof af, dat die instelling in de context waarin het verzoek was gedaan, geen rechtsprekende functie vervulde.

46. In dit arrest stelde het Tribunale civile e penale te Milaan twee prejudiciële vragen in een procedure van vrijwillige rechtspraak⁶⁸. Het Hof hanteerde een beperkend criterium. Het verklaarde namelijk, dat de nationale rechter enkel bevoegd is tot verwijzing naar het Hof, indien bij hem een geding aanhangig is gemaakt en hij uitspraak moet doen in het kader van een procedure die moet uitmonden in „een beslissing die de kenmerken vertoont van een rechterlijke uitspraak”.

45. Tot het arrest Job Centre I⁶⁶ leek uit de rechtspraak van het Hof te volgen, dat in geval van een prejudiciële verwijzing door een instantie die deel uitmaakt van de

47. Voor het Hof volstaat dus niet, dat het verwijzende orgaan deel uitmaakt van de rechterlijke organisatie van een lidstaat, het is bovendien noodzakelijk dat het een geschil beslecht.⁶⁹ Er is sprake van een geschil wanneer er een geding met een

62 — Arrest van 27 november 1973, Nederlandse Spoorwegen (36/73, Jurispr. blz. 1299). In dat arrest verklaarde het Hof de prejudiciële vragen ontvankelijk die de Nederlandse Raad van State had gesteld voordat hij een — juridisch niet bindend — advies uitbracht in een administratieve contentieuze procedure, waarin de definitieve beslissing aan de Kroon toekwam. Advocaat-generaal Mayras, die in zijn conclusie op de vraag was ingegaan, had voorgesteld de vragen ontvankelijk te verklaren.

63 — In mijn conclusie in de zaak Garofalo (punt 37) benadrukte ik, dat de onaantastbaarheid van de uiteindelijke beslissing, welke niet vatbaar is voor rechterlijke toetsing, een doorslaggevende factor was om de prejudiciële vraag ontvankelijk te verklaren. Het gaat om een uitdrukking van het beginsel van de nuttige werking.

64 — Beschikking van 26 november 1999, ANAS (C-192/98, Jurispr. blz. I-8583).

65 — Beschikking van 26 november 1999, RAI (C-440/98, Jurispr. blz. I-8597).

66 — Arrest van 19 oktober 1995 (C-111/94, Jurispr. blz. I-3361).

67 — J. C. Moitinho de Almeida, „La notion de juridiction d'un Etat membre (article 177 du traité CE)”, in *Mélanges en hommage à Fernand Schockweiler*, 1999, blz. 463-478.

68 — In zijn arrest van 12 november 1974, Haaga (32/74, Jurispr. blz. 1201) had het Hof, zonder de ontvankelijkheid te onderzoeken, reeds een prejudiciële verwijzing in het kader van een soortgelijke procedure aanvaard. Advocaat-generaal Mayras had het Hof voorgesteld, het verwijzende orgaan als een rechterlijke instantie aan te merken.

69 — Zie punt 11 van het arrest. In zijn conclusie van 15 maart 2001 in zaak C-178/99, gaf advocaat-generaal Geelhoed het Hof in overweging zich onbevoegd te verklaren om te antwoorden op een prejudiciële vraag van het Oostenrijkse Bezirksgericht Bregenz (de lokale rechter in eerste aanleg) in het kader van een procedure met het oog op de registratie van de eigendom van een onroerend goed, omdat deze instantie daarbij geen rechtsprekende functie vervult.

andere partij is, ook wanneer deze andere partij een rechterlijke instantie is tegen de beslissing waarvan in beroep wordt gekomen.⁷⁰ Om die reden was het Hof in het arrest Job Centre I van oordeel, dat de rechter die kennis neemt van een beroep tegen een beslissing in een procedure van vrijwillige rechtspraak, een rechtsprekende taak vervult⁷¹, zoals het geval was in de zaak Haaga.⁷²

D — De vraag of scheidsgerichten rechterlijke instanties zijn

48. Eén van de criteria die sinds het arrest Vaassen-Göbbels⁷³ worden gehanteerd om uit te maken of sprake is van een rechterlijke instantie in de zin van artikel 234 EG, is de verplichte rechtsmacht.

49. Dit criterium sloot de scheidsgerichten uit. In de zaak Nordsee⁷⁴ verklaarde het Hof zich onbevoegd om te antwoorden op de prejudiciële vragen van een Duits scheidsgerecht. Voor de contractpartijen bestond er geen enkele verplichting hun geschillen aan het scheidsgerecht voor te leggen.⁷⁵ Het Hof preciseerde, dat wanneer in een op partijafpraak berustende arbitrage vragen van gemeenschapsrecht rijzen, het aan de gewone rechter staat deze vragen aan het Hof voor te leggen, indien hij dat noodzakelijk acht, hetzij in het kader van de bijstand die hij de scheidsgerichten verleent, hetzij in het kader van de toetsing van het arbitrale vonnis.⁷⁶

50. Sinds het arrest Nordsee was het antwoord duidelijk, voorzover de tussenkomst van het scheidsgerecht verplicht was en het in laatste instantie uitspraak deed. Dat was het geval in de zaak Danfoss⁷⁷, waarin de prejudiciële vragen waren gesteld door een Deens scheidsgerecht. De wet voorzorg in de

70 — In punt 18 van het arrest Victoria Film, verklaarde het Hof dat pas wanneer in beroep wordt gekomen van het prelabel advies van Skatterättsnämnden, de instantie die van dat beroep kennis neemt kan worden aangemerkt als een instantie die een rechtsprekende functie uitoefent. Dat was het geval in het arrest van 18 november 1999, X en Y (C-200/98, Jurispr. blz. I-8261), waarin het Hof overwoog dat de Regeringsrätten (de hoogste administratieve rechter in Zweden) een rechtsprekende functie uitoefent wanneer hij kennis neemt van een beroep tegen besluiten van het Skatterättsnämnden.

71 — Nadat het Hof zich in het arrest Job Centre I onbevoegd had verklaard om de prejudiciële vragen te beantwoorden, deed het Tribunale civile e penale te Milaan een uitspraak. Tegen die uitspraak werd beroep ingesteld bij de Corte d'appello te Milaan, dat drie prejudiciële vragen stelde. In het arrest van 11 december 1997, Job Centre II (C-55/96, Jurispr. blz. I-7119) verklaarde het Hof zich bevoegd en beantwoordde het de gestelde vragen.

72 — Het waarborgen van de nuttige werking van het gemeenschapsrecht kan de invalshoek zijn van waaruit de twee arresten kunnen worden verzoend: anders dan in de zaak Haaga, kon in de zaak Job Centre beroep worden ingesteld tegen de beslissing van de rechterlijke instantie.

73 — Aangehaald in voetnoot 8.

74 — Arrest van 23 maart 1982 (102/81, Jurispr. blz. 1095).

75 — Het scheidsgerecht was op grond van een overeenkomst bevoegd om kennis te nemen van de geschillen betreffende de verdeling van de financiële bijstand van het EOGFL. Het scheidsgerecht diende na een procedure op tegenspraak te beslissen volgens de wet. De beslissing had kracht van gewijsde. Het Hof merkte op, dat het scheidsgerecht niet alleen geen verplichte rechtsmacht had, maar dat bovendien de Duitse overheid niet was betrokken bij de beslissing om de weg van de arbitrage te kiezen en niet de mogelijkheid had amtsshalve in te grijpen in het verloop van de procedure voor de arbiter. Uit die overwegingen leidde het Hof af, dat tussen de arbitrage en het algemene stelsel van rechtsbescherming in de betrokken lidstaat geen voldoende nauwe band bestond om de arbiter als rechterlijke instantie te kunnen aanmerken. Op grond van die overweging noemde advocaat-generaal Tesaurio, in punt 28 van zijn conclusie in de zaak Dorsch Consult, aangehaald in voetnoot 16, de relatie tot de overheid als één van de criteria waaraan een instantie moet voldoen om prejudiciële vragen te kunnen stellen.

76 — P. Bonassies, „Arbitrage et droit communautaire“, in *L'Europe et le droit. Mélanges en hommage à Jean Boulois*, Dalloz, Parijs, 1991, blz. 21 e.v. wijst op de nadelen van de aanvankelijke rechtspraak van het Hof inzake de hoedanigheid van rechterlijke instantie van scheidsgerichten.

77 — Arrest van 17 oktober 1989 (109/88, Jurispr. blz. 3199).

tussenkomst van dit scheidsgerecht om in laatste aanleg kennis te nemen van geschillen inzake collectieve arbeidsovereenkomsten tussen werknemersorganisaties en werkgevers. De bevoegdheid van het scheidsgerecht was niet afhankelijk van het akkoord van partijen, zodat elk van beide partijen een zaak aan het scheidsgerecht kon voorleggen, ongeacht of de tegenpartij daarmee instemde, en de beslissing was bindend voor alle partijen.

zoals partijen binnen de grenzen van de wet overeenkwamen.⁸⁰

E — De uitbreiding van het begrip tot de overzeese gerechten, tot organen die geen deel uitmaken van de rechterlijke organisatie van een lidstaat, en tot internationale gerechten

51. Het Hof volgde consequent de ingeslagen weg, en verklaarde zich in het arrest Almelo⁷⁸ bevoegd om te antwoorden op de prejudiciële vragen van een rechterlijke instantie die, rechtsprekend als goede mannen naar billijkheid, oordeelde in beroep van een arbitraal vonnis, omdat zij de regels van het gemeenschapsrecht in acht diende te nemen.⁷⁹

53. In de arresten Kafer en Procacci⁸¹, en Leplat⁸², erkende het Hof, dat de rechterlijke instanties van de landen en gebieden overzee die deel uitmaken van de Franse rechterlijke organisatie, bevoegd zijn om prejudiciële vragen te stellen.

52. Doch doordat het Hof zich dermate concentreerde op de verplichte rechtsmacht van de rechter, ging het voorbij aan de andere eigenschappen die volgens zijn rechtspraak kenmerkend zijn voor een rechterlijke instantie in de zin van artikel 234 EG. In het arrest Danfoss erkende het als rechterlijke instantie een scheidsgerecht waarvan de samenstelling en werking niet in bijzonderheden in de wet waren geregeld. De samenstelling werd van geval tot geval bepaald en de procedure verliep

54. In het arrest Barr en Montrose Holdings⁸³ verleende het Hof de bevoegdheid om prejudiciële vragen te stellen bovendien aan de gerechten van het eiland Man, hoewel zij geen deel uitmaken van de Britse rechterlijke organisatie.⁸⁴ Later gaf het

78 — Aangehaald in voetnoot 26.

79 — In het arrest van 1 juni 1999, Eco Swiss (C-126/97, Jurispr. blz. I-3055), verklaarde het Hof opnieuw enkele vragen onvankelijk die waren gerezen in het kader van een procedure tegen een arbitraal vonnis, en die waren gesteld door de Nederlandse Hoge Raad.

80 — Zie de punten 19-21 van de conclusie van advocaat-generaal Lenz in die zaak. Mijs inziens was de uitspraak van het Hof, dat zich aansloot bij de conclusie van de advocaat-generaal, eens te meer ingegeven door het streven de nuttige werking te waarborgen, aangezien het scheidsgerecht dat de prejudiciële vraag had gesteld, in laatste aanleg kennis nam van het geschil.

81 — Arrest van 12 december 1990 (C-100/89 en C-101/89, Jurispr. blz. I-4647).

82 — Arrest van 12 februari 1992 (C-260/90, Jurispr. blz. I-643).

83 — Arrest van 3 juli 1991 (C-355/89, Jurispr. blz. I-3479).

84 — Zoals advocaat-generaal Jacobs in punt 4 van zijn conclusie opmerkte, maakt het eiland Man, evenmin als de Kanaaleilanden, deel uit van het Verenigd Koninkrijk, en is het ook geen kolonie. Hij stelde niettemin een ruime uitlegging van het begrip „rechterlijke instantie van een lidstaat” voor, die zich uitstrekt tot de rechterlijke instanties van ieder gebied waarop het Verdrag van toepassing is, zij het slechts gedeeltelijk (punt 18).

Hof, zonder de ontvankelijkheid te onderzoeken, in het arrest Pereira Roque⁸⁵ antwoord op een prejudiciële vraag van een rechterlijke instantie van het baljuwschap Jersey, waarvan de gerechten evenmin deel uitmaken van de rechterlijke organisatie van het Verenigd Koninkrijk.⁸⁶

55. Hoewel artikel 234 EG verwijst naar de rechterlijke instanties van een der lidstaten, verklaarde het Hof in het arrest Parfums Christian Dior⁸⁷, dat het Benelux-Gerechtshof niet alleen bevoegd is om het Hof prejudiciële vragen voor te leggen, maar dat het verplicht is dit te doen als rechterlijke instantie waarvan de beslissingen volgens het nationale recht niet vatbaar zijn voor hoger beroep. De omstandigheid dat geen beroep openstaat tegen de beslissing van het Benelux-Gerechtshof, dat definitief uitspraak doet over de uitlegging van de eenvormige Beneluxregels, was voor het Hof beslissend om de prejudiciële verwijzing ontvankelijk te verklaren.

56. Deze arresten, waarin de hoedanigheid van rechterlijke instantie van een lidstaat wordt uitgebreid tot organen die dit ongetwijfeld niet zijn, getuigen van de noodzaak om de uniforme uitlegging van het gemeenschapsrecht te waarborgen, zodat alle rechtsprekende organen die geschillen beslechten waarin de *norma decidendi* een regel van gemeenschapsrecht is, gebruik kunnen maken van het in artikel 234 EG neergelegde instrument.

57. Omgekeerd, mag het nationale recht om dezelfde redenen een rechterlijk orgaan niet verbieden prejudiciële vragen te stellen. In het arrest Rheinmühlen⁸⁸ verklaarde het Hof, dat het bestaan in het nationale recht van een regel die de rechterlijke instanties bindt aan het rechtsoordeel van de hoogste rechter, hun op zichzelf niet de bevoegdheid kan ontnemen om prejudiciële vragen te stellen.

2. De dwingende noodzaak voor de rechtspraak om een andere richting in te slaan

A — De rechtsonzekerheid ten gevolge van de afwezigheid van een definitie van „rechterlijke instantie” en de onbeslistheid van de rechtspraak

58. De voorgaande punten beogen niet een steriele oefening van eruditie te zijn. Zij tonen aan, dat de desbetreffende rechtspraak van het Hof niet alleen veel te casuïstisch is, zoals ik hierboven heb opgemerkt, maar bovendien niet de duidelijke en nauwkeurige elementen aangeeft die nodig zijn voor een begrip van gemeenschapsrecht. In de rechtspraak wordt geen sluitend referentiekader gescherpt; zij biedt integendeel een verward en onsamenhangend panorama, dat tot algemene onzeker-

85 — Arrest van 16 juli 1998 (C-171/96, Jurispr. blz. I-4607).

86 — Dit arrest bevestigt, dat de beginselen van het arrest Barr en Montrose Holdings van toepassing zijn op de Kanaaleilanden.

87 — Arrest van 4 november 1997 (C-337/95, Jurispr. blz. I-6013).

88 — Arrest van 16 januari 1974 (166/73, Jurispr. blz. 33).

heid leidt.⁸⁹ Dat de uitspraken van het Hof van Justitie vaak afwijken van de door de advocaten-generaal voorgestelde oplossingen, is kenmerkend voor de rechtsonzekerheid waarmee het begrip rechterlijke instantie van een lidstaat is omgeven.

59. Het eerste slachtoffer van die situatie is het Hof zelf, dat zich weifelend heeft uitgesproken over de rechtsprekende functie van heel wat instanties die aan het Hof prejudiciële vragen hebben voorgelegd, soms zonder duidelijk te maken waarom het zich in de ene dan wel in de andere zin uitsprak.⁹⁰

89 — De nadelen die uit deze situatie voortvloeien, zijn onderstreept door Neville, L. en Kennedy, T., in *The Court of Justice of the European Communities*, Sweet & Maxwell, Londen, 1994, blz. 209-213; Bergerès, M.-Ch., in *Contentieux communautaire*, Presses universitaires de France, tweede uitgave, blz. 247 en 248, en Jimeno Bulnes, in *La cuestión prejudicial del art. 177 TCE*, Bosch, Barcelona, blz. 189 e.v.

90 — Het Hof is bekritiseerd omdat het zich verschillende keren bevoegd heeft verklaard zonder de hoedanigheid van rechterlijke instantie van het verwijzende orgaan te onderzoeken. Dat is het geval met de arresten van 8 april 1992, Bauer (C-166/91, Jurispr. blz. I-2797), en 9 augustus 1994, Dreessen (C-447/93, Jurispr. blz. I-4087), waarin de Belgische franstalige Raad van Beroep van de Orde van Architecten de verwijzende instantie was. Dit was ook het geval met het arrest van 16 juli 1992, Asociación Española de Banca Privada e.a. (C-67/91, Jurispr. blz. I-4785), waarin het Hof antwoordde op verschillende prejudiciële vragen van het Spaanse Tribunal de Defensa de la Competencia, dat niet behoort tot de rechterlijke macht, aangezien het deel uitmaakt van het ministerie van Economische zaken. De beschikkingen van dit Tribunal zijn steeds vatbaar voor beroep bij de administratieve rechter. Voorts zijn er nog het arrest van 17 juni 1998, Hill en Stapleton (C-243/95, Jurispr. blz. I-3739), waarin het Hof de prejudiciële vragen van de Labour Court te Dublin onvankelijk verklaarde, en het arrest van 26 november 1998, Bronner (C-7/97, Jurispr. blz. I-7791), betreffende een aantal vragen van het Oberlandesgericht Wien in zijn hoedanigheid van Kartellgericht (in eerste aanleg bevoegd in mededingingszaken). Verder zij herinnerd aan de in voetnoot 19 aangehaalde zaken, Hospital Ingenieure, verwezen door de Unabhängiger Verwaltungssenat für Kärnten, die als enige bevoegd is om uitspraak te doen over de wettigheid van bestuurshandelingen, met inbegrip van de handelingen betreffende de toewijzing van overheidsopdrachten, en Unitron Scandinavia en 3-S, verwezen door de Deense Klagenævnet for Udbud (commissie voor aanbestedingsgeschillen). In het arrest van 1 april 1993, Diversint en Iberlacta (C-260/91 en C-261/91, Jurispr. blz. I-1885), werd voor het eerst een prejudiciële vraag van het Spaanse Tribunal Económico-Administrativo Central onvankelijk verklaard, zonder dat het Hof zich afvroeg of het een rechterlijke instantie betrof.

60. Zoals ik reeds heb opgemerkt, lijkt het Hof onzeker inzake de criteria die een rechterlijke instantie onderscheiden van een orgaan dat niet die hoedanigheid heeft, aangezien de wettelijke grondslag, het permanente karakter en de toepassing van regelen des rechts, elementen zijn die ook kenmerkend zijn voor organen die deel uitmaken van een administratieve structuur.

B — De hoedanigheid van rechterlijke instantie van het nationale orgaan als voorwaarde van openbare orde die beslissend is voor de bevoegdheid van het Hof

61. In het kader van rechtsverhoudingen is onzekerheid steeds storend, maar het gevoel van onbehagen is nog groter wanneer de onzekerheid een begrip zoals dat van artikel 234 EG betreft, dat van openbare orde is. Het begrip nationale rechterlijke instantie is bepalend voor de bevoegdheid van het Hof om een procedure in te leiden zoals die van de prejudiciële verwijzing, die essentieel is gebleken voor de geleidelijke opbouw en consolidatie van de communautaire rechtsorde. Het Hof mag niet de meester zijn van zijn eigen bevoegdheid. In een rechtsgemeenschap moeten de spelregels nauwkeurig zijn vastgesteld. De nationale rechters en de gemeenschapsonderdanen hebben het recht om vooraf te weten welke organen kunnen worden aangemerkt als rechterlijke instanties in de zin van artikel 234 EG.

62. De mate van soepelheid waarmee het begrip wordt benaderd, bepaalt hoe talrijk de soorten instanties zijn die het Hof eventueel om bijstand kunnen vragen, en

is daarmee bepalend voor het aantal prejudiciële arresten. Deze laatste factor is van belang voor de taak die bestaat in de harmonisatie van de uitlegging en de toepassing van het gemeenschapsrecht. Waar het erom gaat anderen de te volgen weg te tonen door middel van voor iedereen bindende arresten, moet voorzichtig en doordacht tewerk worden gegaan. Een weldoordachte en behoorlijk gegronde beslissing lost meer problemen op dan een groot aantal overhaaste arresten die geen grondige redenering bevatten en niet diep genoeg ingaan op de aan het Hof voorgelegde vragen.

63. Om de verbreiding en de uniforme toepassing van het gemeenschapsrecht te stimuleren, moedigde het Hof tijdens zijn eerste jaren van activiteit het gebruik van de prejudiciële verwijzing aan door een ruime uitlegging te hanteren inzake de instanties die bevoegd zijn om deze procedure in te leiden. Wat voorheen evenwel duidelijk gerechtvaardigd was, wordt thans — nu de communautaire rechtsorde voor de rechtspractici in de lidstaten een realiteit is — ervaren als een verwarrend element dat de taak van het Hof ernstig kan belemmeren.

64. Het is derhalve noodzakelijk om bij de huidige stand van het gemeenschapsrecht een strengere definitie van het begrip rechterlijke instantie van een lidstaat te hanteeren, en de verschillende elementen van dit begrip te schetsen om een duidelijk referentiekader aan te geven en aldus te vermijden dat de onzekerheid op dit gebied een definitieve factor wordt. De aanvankelijke houding van het Hof, die erin bestond prejudiciële verwijzingen aan te moedigen met pedagogische oogmerken, moet plaats

ruimen voor een andere denkwijze, die de nationale rechter niet langer onder voogdij plaatst en hem in de gelegenheid stelt zijn verantwoordelijkheid op zich te nemen als gewone rechter van het gemeenschapsrecht.

C — De bij het Verdrag van Amsterdam ingevoerde wijzigingen inzake de algemene behandeling van prejudiciële vragen, inzonderheid met betrekking tot de nationale rechterlijke instanties die tot verwijzing mogen overgaan

65. Gesteld kan worden, dat het Verdrag van Amsterdam zelf een impliciete oproep aan het Hof bevat om het begrip rechterlijke instantie te preciseren met het oog op prejudiciële verwijzingen. Het Verdrag gaat in tegen de unitaire strekking van het systeem. Aan de „algemene” prejudiciële procedure van artikel 234 EG worden twee „specifieke” prejudiciële procedures toegevoegd die bijzondere kenmerken vertonen: de ene in artikel 35, lid 1, EU, en de andere in artikel 68, lid 1, EG.

66. Het Verdrag betreffende de Europese Unie heeft de bevoegdheid van het Hof met drie middelen uitgebreid tot de derde pijler. Eén van die middelen, die prejudicieel van aard is, verleent het Hof de bevoegdheid een uitspraak te doen over de geldigheid en de uitlegging van kaderbesluiten, besluiten en uitvoeringsmaatregelen inzake politieke en justitiële samenwerking in strafzaken, alsmede over de uitlegging van overeenkomsten (artikel 35, lid 1, EU). De bevoegdheid van het Hof dienaangaande

is voorwaardelijk, want zij is afhankelijk van de aanvaarding ervan door de lidstaten.

67. Artikel 68 EG verleent het Hof een prejudiciële bevoegdheid inzake het vrije verkeer van personen, met uitzondering van de maatregelen die zijn genomen voor de handhaving van de openbare orde of de bescherming van de binnenlandse veiligheid.

68. Met betrekking tot de eerste soort prejudiciële verwijzingen zij opgemerkt, dat de lidstaten die deze nieuwe bevoegdheid van het Hof van Justitie aanvaarden, de keuze doch niet de plicht hebben de bevoegdheid om prejudiciële vragen te stellen toe te kennen aan alle nationale rechterlijke instanties, dan wel alleen aan de nationale rechterlijke instanties die uitspraak doen in laatste aanleg, dat wil zeggen aan de instanties waarvan de beslissingen niet vatbaar zijn voor „hoger beroep” (artikel 35, lid 3, EU). De tweede soort prejudiciële verwijzingen — een verplichte bevoegdheid — is ingevolge het Verdrag zelf voorbehouden aan de rechterlijke instanties waarvan de beslissingen niet vatbaar zijn voor „hoger beroep” (artikel 68, lid 1, EG).

69. Deze wijziging van het algemene stelsel van de prejudiciële vraag, met de daarmee gepaard gaande beperking van de instanties die het recht hebben dergelijke vragen te stellen, kan te wijten zijn aan het min of meer expliciete streven naar een begrenzing van de ruime strekking die het Hof aan het begrip rechterlijke instantie heeft gegeven. De auteurs van het Verdrag waren blijkbaar van mening, dat dit begrip, gelet op de

uitlegging die eraan is gegeven, niet geldig is op het vlak van de nieuwe bevoegdheden die zij in het leven hebben geroepen, en dat het moet worden verfijnd of in een andere richting gestuurd door uitzonderingen te creëren in zaken die gevoelig kunnen liggen voor de politieke en justitiële samenwerking in strafzaken en voor de ruimte van vrijheid, veiligheid en rechtvaardigheid.

D — De gevolgen van de ratificatie van het Verdrag van Nice en de toekenning van prejudiciële bevoegdheden aan het Gerecht van eerste aanleg

70. De noodzaak het begrip rechterlijke instantie te verduidelijken, is door de resultaten van de recente intergouvernementele conferentie nog dringender geworden. Het Verdrag van Nice, ondertekend op 26 februari 2001⁹¹, legt de grondslag voor de bevoegdheid van het Gerecht van eerste aanleg om kennis te nemen van prejudiciële vragen die worden voorgelegd uit hoofde van artikel 234 EG en beperkt blijven tot specifieke, in het Statuut bepaalde aangelegenheden. Mijs inziens moet het Hof duidelijk maken wat het onder het begrip nationale rechterlijke instantie verstaat en daartoe het Gerecht van eerste aanleg het passende richtsnoer aangeven. Anders bestaat het gevaar dat aan de huidige aarzelingen van het Hof de aarzelingen van het Gerecht worden toegevoegd, wanneer vorenbedoelde regeling ten uitvoer wordt gelegd en in werking treedt.

71. De mogelijkheid om de uitspraken van het Gerecht van eerste aanleg te laten

91 — PB C 80, blz. 1.

toetsen door het Hof, die bij het nieuwe artikel 225, lid 3, EG is ingevoerd, is mijns inziens niet de geschikte manier om het verwarrende effect van uiteenlopende opvattingen van beide communautaire rechters te vermijden, omdat de mogelijkheid van heroverweging enkel bij uitzondering bestaat en betrekking lijkt te hebben op vragen ten gronde, en niet op de voorwaarden voor ontvankelijkheid van de prejudiciële verwijzing⁹², waaronder de hoedanigheid van rechterlijke instantie van het verwijzende orgaan. Het zou nuttiger zijn de weg *ex ante* uit te stippelen, in plaats van *a posteriori* door middel van heroverweging.

72. De Conferentie van Nice heeft niet alleen het aantal communautaire rechterlijke instanties verhoogd die vorm kunnen geven aan de uniforme uitlegging van het recht van de Europese Unie, maar door te voorzien in een uitbreiding van vijftien naar zevenentwintig lidstaten, maakt zij het ook mogelijk dat het aantal instanties dat prejudiciële vragen kan verwijzen, exponentieel toeneemt. De toekomst van de Europese Unie biedt een panorama waarin twaalf nieuwe lidstaten, met zeer diverse juridische tradities en verschillende organisatorische structuren, zullen opgaan in een rechtsgemeenschap waarvan de daadwerkelijke realisatie een uniforme uitlegging en toepassing van haar rechtsorde vereist, zoals het Hof zo vaak in herinnering heeft gebracht. Het is absoluut noodzakelijk het begrip rechterlijke instantie in de zin van artikel 234 EG precies te definiëren, om te vermijden dat het Hof en, in voorkomend geval, het Gerecht van eerste aanleg, bedolven worden onder een lawine van prejudi-

ciële vragen die zijn voorgelegd door instanties waarvan de precieze aard moeilijk kan worden vastgesteld en waarvan de vragen, ongeacht hun geringe relevantie⁹³, ontvankelijk moeten worden verklaard omdat het begrip in de rechtspraak in vage termen is omschreven. De twijfel zal zijn intrede doen en de inertie die eigen is aan alle instellingen, zal ertoe leiden dat prejudiciële vragen van zuiver administratieve organen als ontvankelijk worden beschouwd.

E — De opportuniteit van een uitsluitende prejudiciële bevoegdheid van het Hof van Justitie inzake de toepassing van het gemeenschapsrecht

73. Ook op het Gerecht van eerste aanleg wordt dus een beroep gedaan om mee te werken aan de prejudiciële taak. Maar, ondanks de welbekende competentie van het Gerecht, zullen de omstandigheden daarvoor niet optimaal zijn. De prejudiciële bevoegdheid, die herhaaldelijk als een „constitutionele bevoegdheid” is aangemerkt, valt moeilijk te verzoenen met een toetsing van de uitspraken van het Gerecht van eerste aanleg⁹⁴, dat ook niet de structuur heeft om een taak te vervullen die een grote functionele onafhankelijkheid, een wil tot uniformisering, een zin voor vernieuwing en een geest van samenwerking vereist. „Het Gerecht zal niet de vrijheid

92 — De heroverweging, die bij uitzondering plaatsvindt, is enkel mogelijk wanneer er een „ernstig gevaar bestaat dat de eenheid of de samenhang van het gemeenschapsrecht wordt aangetast”.

93 — Ik gebruik de woorden „geringe relevantie”, omdat, zoals ik verder (punten 75-79) zal uitleggen, het antwoord op prejudiciële vragen van instanties die strikt genomen geen rechterlijke instanties zijn, van geen nut is indien de beslissing van de verwijzende instantie achteraf in het interne rechtssysteem kan worden geïgnoreerd.

94 — Er zij aan herinnerd, dat de prejudiciële beslissing van het Gerecht volgens artikel 225 EG, lid 3, op initiatief van de advocaat-generaal door het Hof herovervogen kunnen worden (artikel 62 van het Statuut van het Hof, zoals gewijzigd bij het Verdrag van Nice).

hebben die nodig is om de weg te wijzen en ieders inspanningen te leiden naar een gemeenschappelijk begrip van het recht van de Europese Unie”.⁹⁵

74. De uniforme uitlegging van het gemeenschapsrecht moet zonder uitzondering onder de prejudiciële bevoegdheid van het Hof blijven vallen. Het gaat om een ondeelbare bevoegdheid⁹⁶, wat tegen een inmenging van het Gerecht in die taak pleit. De sleutel van het succes van de prejudiciële bevoegdheid lag in de centralisatie van de uitleggingsfunctie, hetgeen de uniformiteit bevordert. Indien andere instanties hierbij

betrokken worden, bestaat het gevaar dat de eenheid wordt verbroken. Wanneer de twee gemeenschapsrechtshofen een verschillende uitlegging geven van dezelfde figuur van Europees recht, betekent dat het einde van de prejudiciële procedure. Het gevaar van verwarring kan niet worden vermeden door de omstandigheid dat het Gerecht van eerste aanleg volgens artikel 225 EG een prejudiciële bevoegdheid krijgt in „specifieke aangelegenheden”, want elke jurist weet dat „verschillende aangelegenheden” dezelfde juridische categorieën, begrippen en beginselen met elkaar gemeen hebben, zodat het gevaar van uiteenlopende zienswijzen niet verdwijnt. Het mechanisme van de prejudiciële verwijzing strekt tot behoud van het recht en heeft de aard van een cassatieberoep, en in elke rechtsorde kan er slechts één cassatierechter zijn.

95 — Zie mijn bijdrage: Ruiz-Jarabo, D., „La reforma del Tribunal de Justicia realizada por el Tratado de Niza y su posterior desarrollo”, in *El Tratado de Niza, análisis y comentarios*, een bundel met bijdragen van Mariño, F., Silva, R., Mangas, A., Andrés, P., en Moreira, C., Colex, Madrid, 2001. In die bijdrage merk ik op, dat het Gerecht van eerste aanleg „het risico loopt om hetzelfde lot te ondergaan als Icarus, de zoon van Daedalus en Naucratis in de Griekse mythologie, die door Minos in het labyrint van Kreta werden opgesloten. Om te ontsnappen maakte Daedalus voor zijn zoon vleugels van vogelveren, die met was aan zijn lichaam werden bevestigd. Daedalus waarschuwde zijn zoon ervoor, niet te dicht bij de zon te vliegen zodat de was niet zou smelten, en niet te dicht bij de zee, omdat de vleugels vochtig en daardoor te zwaar zouden worden en van geen nut zouden zijn. Het Gerecht van eerste aanleg zal zich verplicht zien een wankel evenwicht te bewaren: het zal zich niet kunnen mengen in de wezenlijke taak van het Hof en het Hof enkel kunnen bijstaan, maar het zal evenmin kunnen afzien van de aan de prejudiciële bevoegdheid inherente samenwerking met de nationale rechterlijke instanties, noch van pogingen tot harmonisatie van de uitlegging en toepassing van het gemeenschapsrecht. In de omstandigheden waarin zij aan het Gerecht wordt verleend, verliest de prejudiciële bevoegdheid haar meest kenmerkende eigenschappen en haar bestaansreden. Dit geldt temeer, wanneer de nieuwe bevoegdheid nauw is afgemeten en daaraan allerlei beperkingen zijn gesteld. Vermeden moet worden, dat het lot van Icarus wordt herhaald, die, in de ban van zijn vlucht, zo dicht bij de zon kwam dat de was smolt, waardoor hij zijn vleugels verloor, in de zee viel en verdronk”.

96 — Dat was de mening van het Hof zelf, dat in zijn Rapport inzake bepaalde aspecten van de toepassing van het Verdrag betreffende de Europese Unie, uitgegeven in mei 1995, zonder omwegen verklaarde, „dat het hoe dan ook voor de hand ligt, dat de noodzaak om de uniforme uitlegging en toepassing van het gemeenschapsrecht, alsmede van verdragen die onlosmakelijk verbonden zijn met de verwezenlijking van de doelstellingen van de Verdragen, te waarborgen, het bestaan van één rechterlijke instantie vereist, zoals het Hof van Justitie, die het recht definitief vaststelt voor heel de Gemeenschap”. Het Hof voegde daaraan toe, dat „deze vereiste van wezenlijk belang is in alle zaken met een constitutioneel karakter of die een probleem betreffen dat belangrijk is voor de ontwikkeling van het recht”.

F — De storende gevolgen van de inmenging van een administratief orgaan in de dialoog tussen rechters

75. Ooit was het feit dat het Hof zich bevoegd verklaarde om te antwoorden op de vragen van instanties die kennelijk geen rechterlijke instanties waren, gerechtvaardigd omdat — zoals ik reeds heb opgemerkt — de nodige impulsen moesten worden gegeven voor de totstandkoming van één juridische ruimte binnen de Gemeenschap. Nu evenwel de kruissnelheid is bereikt en de rechtsgemeenschap een algemeen aanvaarde werkelijkheid is, kan

het openstellen van de prejudiciële verwijzingsprocedure voor instanties die geen rechtsprekende functie hebben, storend werken.

76. Artikel 234 EG voert een instrument van rechterlijke samenwerking in, een technische dialoog van en tussen rechters. Het Hof is steeds duidelijk geweest over die kwalificatie. De prejudiciële vraag heeft derhalve niet tot doel, bijstand te verlenen aan een orgaan van de uitvoerende macht.

77. Bovendien bestaan de administratieve structuren die in het kader van de betrokken rechtsorde uitspraak doen volgens het legaliteitsbeginsel, niet noodzakelijk uit juristen.⁹⁷ Dit kan ertoe leiden, dat de prejudiciële vraag niet op de meest passende wijze is geformuleerd, wegens een gebrek aan nauwkeurigheid of aan de nodige technische precisie.

78. De rechterlijke instantie die het administratieve besluit, dat na het antwoord van het Hof is vastgesteld, aan een nieuw onderzoek onderwerpt, kan van mening zijn dat de prejudiciële verwijzing onnodig was of uit een ander gezichtspunt had moeten worden geformuleerd. Indien deze instantie tot de conclusie komt, dat de

uitlegging en de toepassing van gemeenschapsrechtelijke bepalingen in het debat niet aan de orde zijn, zijn de prejudiciële vraag en alle inspanningen om daarop te antwoorden vruchteloos geweest. Daarbij komt, dat het Hof aan legitimiteit inboet wanneer met zijn arresten geen rekening wordt gehouden omdat zij onnodig zijn.

79. Indien deze instantie meent dat de prejudiciële vraag anders had moeten worden geformuleerd, is zij de gevangene van de bewoordingen van de gestelde prejudiciële vraag en het daarop gegeven antwoord, terwijl zij om redenen van proces-economie niet geneigd zal zijn om de prejudiciële procedure opnieuw toe te passen teneinde de zaak die haars inziens door een gebrekkige vraagstelling verkeerd is aangepakt, weer op het juiste spoor te zetten. Het is te betreuren, dat het systeem van rechterlijke samenwerking van artikel 234 EG wordt verstoord wanneer in de rechtstreekse relatie tussen het Hof en de nationale rechter een administratief orgaan tussenkomt dat met de beste bedoelingen maar zonder de nodige onafhankelijkheid en wetenschappelijk-juridische deskundigheid handelt en daardoor de hele procedure bemoeilijkt. Ik heb er reeds op gewezen, dat de formulering van de prejudiciële vraag bepalend kan zijn voor het antwoord van het Hof⁹⁸, zodat het belangrijk is om ervoor te zorgen, dat de organen die een rol spelen in de prejudiciële verwijzing, daadwerkelijk een rechtsprekende functie

97 — Twee voorbeelden. Van de drie leden van de Finse Maaseutuelinkeinojen valituslautakunta, die de prejudiciële vraag stelde die in het arrest van 22 oktober 1998, *Jokela en Pirkäranta* (C-9/97 en C-118/97, Jurispr. blz. I-6267) ontvankelijk werd verklaard, was één lid een deskundige maar geen jurist. Het Oostenrijkse Kartellgericht, dat de vraag stelde die aanleiding gaf tot het arrest *Bronner* (aangehaald in voetnoot 90), bestond uit drie leden, waarvan twee niet-juristen.

98 — In mijn conclusie in de zaak *Gottardo*, aangehaald in voetnoot 36, wijs ik erop dat het Hof in nauwelijks twee jaar tijd op dezelfde vraag twee volstrekt verschillende antwoorden heeft gegeven, doordat in de eerste zaak de verwijzende rechter een verdrag van de IAO niet had vermeld (arrest van 25 juli 1991, *Stoeckel*, C-345/89, Jurispr. blz. I-4047) en in de tweede zaak wel (arrest van 2 augustus 1993, *Levy*, C-158/91, Jurispr. blz. I-4287).

vervullen. Wordt de prejudiciële vraag gesteld door een administratief orgaan, dan kan het beroep dat later tegen de uitspraak van dat orgaan wordt ingesteld bij de rechter, worden beïnvloed door de wijze waarop de vraag is gesteld of het tijdstip waarop de kwestie aan de orde is gesteld, zodat de echte rechterlijke instantie grotendeels de mogelijkheid verliest om een prejudiciële vraag voor te leggen. Theoretisch kan namelijk wel een nieuwe vraag worden gesteld, maar voor partijen zou dit leiden tot een bijkomende vertraging van de behandeling van het hoofdgeding, hetgeen onaanvaardbaar is omdat de rechtsbedeling zo reeds langzaam genoeg verloopt.

Met andere woorden, het toelaten van prejudiciële vragen van administratieve organen, vormt een ernstige belemmering van de bij het Verdrag ingevoerde dialoog tussen rechters, leidt deze dialoog af van zijn doel, en doet af aan de rechterlijke bescherming van de burger.

3. Voorstel voor een nieuwe inhoudsbepaling van het begrip rechterlijke instantie in de zin van artikel 234 EG

A — Het communautaire karakter van het begrip

80. Gelet op bovenstaande overwegingen, lijkt het onontbeerlijk dat het Hof een

nieuwe definitie tracht te geven van het begrip rechterlijke instantie in de zin van artikel 234 EG.

81. De uniforme toepassing van het gemeenschapsrecht vereist, dat het begrip nationale rechterlijke instantie wordt gedefinieerd tegen de achtergrond van het gemeenschapsrecht. Het is binnen de Europese rechtsorde en in functie van de structurele behoeften ervan, dat dit dient te geschieden. Met andere woorden, het begrip mag niet uitsluitend aan de hand van categorieën van nationaal recht worden omschreven.⁹⁹ Bij de inhoudsbepaling ervan is uit te gaan van de bestaansreden van de prejudiciële verwijzing, die erin bestaat te verzekeren, dat het gemeenschapsrecht overal in de Gemeenschap dezelfde uitwerking heeft, hoewel de gemeenschappelijke constitutionele tradities een beslissende rol moeten spelen bij de uitlegging van een dermate belangrijk begrip.

82. Als rechterlijke instantie is niet alleen te beschouwen de instantie die volgens het nationale recht een rechterlijke instantie is, maar ook elke instantie die een rechterlijke instantie moet zijn om ervoor te zorgen dat geen enkele sector van het gemeenschapsrecht aan het harmonisatieproces ontsnapt. Daarom heeft het Hof veel belang gehecht aan de omstandigheid dat de beslissing van

⁹⁹ — Chevallier, M. en Maidani, D. merken in de *Guide pratique — Article 177 CEE*, Luxemburg, Publicatiebureau van de Europese Gemeenschappen, 1982, op, dat het communautair begrip rechterlijke instantie niet volledig los staat van de juridische categorieën van de nationale rechtsstelsels. De richtsnoeren en de criteria die in de rechtspraak van het Hof zijn aangegeven, hebben hun wortels in de algemene rechtsbeginselen die alle lidstaten gemeen hebben.

de verwijzende instantie vatbaar is voor herziening in de nationale rechtsorde. Indien de verwijzende instantie in laatste aanleg uitspraak doet, relateert het Hof de voorwaarden waaraan een orgaan moet voldoen om als rechterlijke instantie te worden aangemerkt, en kent het die hoedanigheid ook toe aan administratieve organen. Dat was mijns inziens het geval in de arresten Danfoss¹⁰⁰ en Broekmeulen.¹⁰¹ De nuttige werking van het beginsel dat het gemeenschapsrecht steeds volgens de door het Hof vastgelegde criteria moet worden toegepast, was ook bepalend voor de ontvankelijkheid van de prejudiciële vragen in de zaken Barr en Montrose Holdings¹⁰² en Pereira Roque.¹⁰³

B — Algemene regel: alle instanties die deel uitmaken van de nationale rechterlijke organisatie, vallen onder dit begrip

83. In de loop van deze conclusie heb ik beschreven hoe het Hof de criteria heeft vastgelegd die het begrip rechterlijke instantie definiëren. De uitoefening van de rechterlijke macht is toegekend aan bij wet opgerichte instanties waarvan de leden aan de wet zijn onderworpen en bij de beslechting van de hun voorgelegde geschillen

tussen personen volstrekt onafhankelijk optreden, met inachtneming van het beginsel van de procedure op tegenspraak. Er is evenwel te weinig aandacht besteed aan het beginsel van de eenheid en exclusiviteit van de rechterlijke bevoegdheid.

84. Volgens laatstgenoemd beginsel wordt de uitoefening van de rechterlijke macht, dit is de bevoegdheid om recht te spreken en de uitspraak te laten uitvoeren, uitsluitend toevertrouwd aan de rechters die deel uitmaken van de rechterlijke organisatie. Het is een domein waartoe andere leden van overheidsinstanties geen toegang hebben. De grondslag van dit beginsel valt samen met het grondbeginsel van de rechterlijke functie: de onafhankelijkheid en de onderwerping aan het recht. In beginsel moeten de organen die prejudiciële vragen verwijzen dus rechterlijke instanties zijn, waaraan uitdrukkelijk de exclusieve bevoegdheid om recht te spreken is toegekend.

85. Uit mijn overzicht van de rechtspraak van het Hof blijkt, dat de organen die deel uitmaken van de nationale rechterlijke structuren steeds rechterlijke instanties zijn in de zin van artikel 234 EG.¹⁰⁴ Dit betekent evenwel niet, dat elke vraag die

100 — Aangehaald in voetnoot 77.

101 — Arrest van 6 oktober 1981 (246/80, Jurispr. blz. 2311). In dat arrest erkende het Hof de hoedanigheid van rechterlijke instantie van een commissie ingesteld door de Koninklijke Nederlandse Maatschappij tot Bevordering der Geneeskunst. Deze commissie diende kennis te nemen van beroepen tegen besluiten van de Huisarts Registratie Commissie. Het Hof baseerde zich voornamelijk op de afwezigheid, in de praktijk, van een beroepsmogelijkheid tegen de besluiten van de commissie, hoewel deze mogelijkheid *de lege lata* bestond. Het is vanuit die invalshoek dat dit arrest moet worden begrepen (zie, in die zin, de punten 23-25 van de conclusie van advocaat-generaal Tesaro in de zaak Dorsch Consult, aangehaald in voetnoot 16).

102 — Aangehaald in voetnoot 83.

103 — Aangehaald in voetnoot 85.

104 — Misschien is dit waar het Hof naar verwees, toen het in de arresten Birra Dreher (aangehaald in voetnoot 32) en Simmenthal (aangehaald in voetnoot 34) verklaarde, dat de prejudiciële procedure openstaat voor elke nationale rechterlijke instantie. Enkel op grond van het arrest Corbani, aangehaald in voetnoot 12, kan tot een andere oplossing worden gekomen: in dat arrest was het Hof van oordeel dat de Luxemburgse directeur des contributions directes et des accises geen rechterlijke instantie in de zin van het Verdrag is, hoewel de Luxemburgse Conseil d'Etat hem die hoedanigheid had verleend (zie voetnoot 14). Doch in de Luxemburgse rechtsleer zelf wordt die hoedanigheid betwist (zie de punten 36-39 van de conclusie van advocaat-generaal Darmon).

door een dergelijke instantie wordt verwezen, automatisch ontvankelijk moet worden verklaard en tot een uitspraak ten gronde moet leiden. De verwijzende instantie moet bovendien handelen in haar hoedanigheid van rechterlijke instantie: er moet bij deze instantie een geding ahangig zijn dat een geschil tussen partijen betreft en dat moet worden beslecht door de toepassing en uitlegging van rechtsregels. Zij moet met andere woorden haar rechtsprekende bevoegdheid uitoefenen.¹⁰⁵ In die omstandigheden is elk orgaan van de rechterlijke organisatie van een lidstaat, dat onafhankelijk en overeenkomstig de rechtsregels een geschil oplost in het kader van een procedure op tegenspraak, steeds een rechterlijke instantie in de zin van artikel 234 EG. Het Hof, dat deze hoedanigheid niet kan ontzeggen aan een instantie die volgens het nationale recht deze hoedanigheid bezit, dient in die zin te beslissen.

Deze definitie bevat uiteraard ook de vereisten die verbonden zijn met het begrip „rechterlijke instantie” in de zin van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens (hierna: „EVRM”), inzonderheid artikel 6, lid 1, zoals die zijn uitgelegd door de instellingen te Straatsburg. Door deze gemeenschappelijke noemer — het EVRM is namelijk door alle lidstaten geratificeerd — worden de moeilijkheden overwonnen die anders zouden kunnen voortvloeien uit de uiteenlopende opvattingen inzake de rechtsprekende functie in de verschillende rechtssystemen.

105 — Er zij aan herinnerd, dat het Hof in de zaak *Job Centre 1* (aangehaald in voetnoot 66) *a limine* een prejudiciële vraag verwierp van een Tribunale dat geen geschil diende te beslechten maar uitspraak deed in een procedure van vrijwillige rechtspraak.

86. Omgekeerd kan een orgaan dat niet tot de nationale rechterlijke organisatie behoort en niet de bevoegdheid heeft om door uitlegging en toepassing van wetten¹⁰⁶ in het kader van gerechtelijke procedures „recht te spreken”, niet als een rechterlijke instantie worden aangemerkt. Zoals ik reeds heb opgemerkt, is de prejudiciële vraag een dialoog van en tussen rechters.

C — Uitzondering: ook bepaalde organen die niet tot de rechterlijke organisatie behoren maar in de nationale rechtsorde het laatste woord hebben, vallen onder dit begrip

87. Het Hof zou slechts bij wijze van uitzondering de prejudiciële vragen mogen toelaten van organen die niet tot de nationale rechterlijke organisatie behoren, wanneer de verwijzende instantie een orgaan is dat weliswaar buiten de rechterlijke organisatie valt, maar in de nationale rechtsorde het laatste woord heeft omdat tegen zijn besluit niet kan worden opgekomen. In die omstandigheden is het wegens het doel en de bestaansreden van de prejudiciële ver-

106 — Ook sommige organen van de uitvoerende macht dienen rechtsregels uit te leggen en toe te passen, maar dit betekent niet dat zij een rechtsprekende functie vervullen. De functie van *ius dicere*, in de concrete zaak recht te spreken, is niet beperkt tot het toepassen van de wet. Deze functie gaat veel verder. Zij „activeert” de potentiële mogelijkheden van de rechtsorde. In bepaalde gevallen past de rechter vooraf bestaande rechtsnormen toe, maar soms doet hij meer dan dat, en leidt hij de normen af uit de toepassing van beginselen die hij ontleent aan de normatieve context, waardoor hij recht creëert. Een administratieve handeling is niet hetzelfde, en kan nooit hetzelfde zijn als een rechterlijke uitspraak. Een administratieve handeling beoogt niet recht te spreken, maar voldoet aan concrete behoeften; de functie die zij vervult is, wegens haar doel, meta-juridisch, hoewel zij door het recht wordt omkaderd en begrensd (zie de Mendizábal, R., *Código con un juez sedente*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 1999, blz. 165 en 166).

wijzing onontbeerlijk, dat het Hof de voorgelegde vragen ontvankelijk verklaart en ten gronde onderzoekt.¹⁰⁷ Ondanks de huidige consolidatie van de prejudiciële procedure moet het Hof erover blijven waken, dat situaties die door het gemeenschapsrecht worden beheerst niet aan zijn jurisdictie ontsnappen, in welk geval de uniforme uitlegging van de voorschriften die op deze situaties van toepassing zijn, niet is verzekerd.

88. Situaties die buiten de jurisdictie van het Hof vallen, zijn evenwel niet alleen uitzonderlijk maar ook nagenoeg onbestaande, wegens de erkenning van het recht op een daadwerkelijke rechterlijke bescherming, wat de verdwijning impliceert van gebieden die aan rechterlijke toetsing ontsnappen.

Het recht van toegang tot de rechter (*accès à un tribunal*) is gewaarborgd door artikel 6, lid 1, EVRM. Hoewel deze bepaling zich ertoe beperkt uitdrukkelijk de waarborgen te noemen die bij een eerlijk proces aanwezig moeten zijn, neemt dit niet weg dat deze waarborgen geen nuttige werking hebben indien niet eerst het recht op rechterlijke bescherming is erkend. De voorrang van het recht is ondenkbaar zonder de mogelijkheid van toegang tot de rechter. „Zonder proces zijn de vereisten van een eerlijke en openbare behandeling

binnen een redelijke termijn irrelevant”.¹⁰⁸ Omgekeerd is er geen echte rechterlijke bescherming indien het proces niet door deze waarborgen wordt omringd. „Toegang tot de rechter” en „procedurele waarborgen” vormen derhalve een ondeelbaar geheel, zodat kan worden gesteld dat er geen daadwerkelijke rechterlijke bescherming is zonder deze waarborgen. Daarvan zijn de waarborgen betreffende de onafhankelijkheid van de verwijzende instantie en de procedure op tegenspraak, de belangrijkste.

Ook in de communautaire rechtspraak is het recht van toegang tot de rechter neergelegd.¹⁰⁹ Dit recht verleent de particulieren de mogelijkheid om voor de bevoegde rechter de rechten en rechtmatige belangen geldend te maken die hun door de rechtsorde van de Europese Unie worden verleend, teneinde daaraan daadwerkelijk uitvoering te geven.

In de arresten Johnston¹¹⁰ en Heylens e.a.¹¹¹ zijn de omtrekken van dit recht geschetst. Zoals is uiteengezet, vereist dit recht, dat voor de rechter kan worden opgekomen tegen het besluit van een nationale overheid dat de uitoefening van een door de communautaire rechtsorde verleend recht belemmert. Iedere burger van een lidstaat heeft dus het recht om zich tot een rechter

107 — In deze conclusie heb ik verschillende keren opgemerkt, dat het Hof oog had voor de noodzaak om enerzijds het gebruik van de prejudiciële procedure uit te breiden en anderzijds de uniforme toepassing van het gemeenschapsrecht te verzekeren door prejudiciële vragen toe te laten van instanties waarvan de besluiten niet vatbaar waren voor beroep bij de rechter.

108 — Arrest van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens van 21 februari 1975, Golder tegen Verenigd Koninkrijk (reeks A nr. 18), punt 35. [Officiële Franse tekst: „Équité, publicité et célérité du procès n'offrent point d'intérêt en l'absence de procès”; officiële Engelse versie: „The fair, public and expeditious characteristics of judicial proceedings are of no value at all if there are no judicial proceedings”].

109 — Zie de conclusie van advocaat-generaal Darmon bij het arrest van 15 mei 1986, Johnston (222/84, Jurispr. blz. 1651).

110 — Aangehaald in voetnoot 109.

111 — Arrest van 15 oktober 1987 (222/86, Jurispr. blz. 4097).

te wenden met het verzoek de rechten te beschermen die hem door de communautaire rechtsorde worden toegekend.¹¹² Het bestaan van administratieve besluiten die niet door een gerecht kunnen worden getoetst, moet in het rechtsstelsel van de lidstaten derhalve een uitzondering zijn.

89. Om een prejudiciële vraag toe te laten van een instantie die volgens het nationale rechtsstelsel niet tot de rechterlijke organisatie behoort, zal het Hof de criteria die in zijn rechtspraak en in de rechtspraak van het Hof te Straatsburg zijn neergelegd, om bovengenoemde redenen strikt moeten toepassen, inzonderheid de criteria van onafhankelijkheid en procedure op tegenspraak.

90. Wat het laatstgenoemde criterium betreft, moet het Hof afstand nemen van de beperkingen die in zijn eigen arresten voorkomen.¹¹³ Met uitzondering van de meest recente en meest ongelukkige arresten, werden inzake het betrokken beginsel enkel toegevingen gedaan wanneer de

afwezigheid van tegenspraak werd gecompenseerd door de gelijke afstand van de rechter ten aanzien van de partijen in het geding.

91. Nog belangrijker is een strikte toepassing in verband met het vereiste van de onafhankelijkheid van de instantie die een uitspraak moet doen en die beslist een prejudiciële vraag voor te leggen.¹¹⁴ In enkele gevallen is het Hof bij de uitlegging van dit fundamentele kenmerk van de rechterlijke functie zo ver gegaan, dat het aan de inhoud ervan afbreuk heeft gedaan.¹¹⁵

92. De onafhankelijkheid is niet een bijkomstig maar een wezenlijk attribuut van de rechterlijke functie. Zij heeft een persoonlijk en een functioneel aspect. Het eerste heeft rechtstreeks betrekking op de persoon die tot taak heeft recht te spreken en vereist bepaalde waarborgen die deze persoon beschermen, zoals de onafzetbaarheid. Het functionele aspect veronderstelt de afwezigheid van hiërarchieke banden, met uitzondering van de zuiver procedurele banden in het kader van een hoger beroep. De onafhankelijkheid moet niet alleen naar buiten toe aanwezig zijn, ten aanzien van elementen die vreemd zijn aan de rechterlijke macht en het proces, maar ook intern, ten aanzien van de betrokken belangen. In dat kader neemt de onafhankelijkheid de vorm aan van onpartijdigheid. Kortom, het is onmogelijk tegelijkertijd rechter en partij te zijn, en de rechterlijke functie kan niet

112 — Met andere woorden, de justitiabelen kan door de toepassing van interne procedurevoorschriften niet de mogelijkheid worden ontzegd om door een beroep op de rechter de rechten te doen gelden die hun door het communautaire rechtsstelsel worden verleend. Dit beginsel waarborgt, dat alle schendingen van dit stelsel door de nationale autoriteiten aan rechterlijke controle onderworpen zijn. Geen enkele instantie kan hieraan ontsnappen. Advocaat-generaal Darmon wees er in punt 54 van zijn conclusie in de zaak Corbiau (aangehaald in voetnoot 12) op, dat elke burger aan het gemeenschapsrecht het onvervreemdbare recht ontleent zich te wenden tot een rechterlijke instantie in de zin van artikel 234 EG, zodra er een vraag van uitlegging van het gemeenschapsrecht rijst, niettegenstaande de door het nationale recht aan een dergelijke beroepsgang gestelde beperkingen.

113 — Die volgens welke enkel de nationale rechter heeft te oordelen of de procedure waarin de prejudiciële vraag wordt gesteld, van contradictoire aard moet zijn (arresten Simmenthal en Ligur Carni e.a., aangehaald in voetnoten 34 en 35). Of die volgens welke een procedure contradictoires is, wanneer de partijen zijn gehoord door de autoriteit die het besluit heeft genomen dat voor de verwijzende instantie wordt aangevochten, hoewel voor laatstgenoemde instantie geen debat plaatsvindt (arrest Dorsch Consult, aangehaald in voetnoot 16).

114 — Dit is des te noodzakelijker gelet op de recente stijging van het aantal prejudiciële vragen van administratieve organen die bevoegd zijn om uitspraak te doen inzake de toewijzing van overheidsopdrachten.

115 — Het arrest Gabalfria e.a., aangehaald in voetnoot 27, is in dat opzicht kenmerkend.

bestaan zonder een onpartijdige en onafhankelijke instantie.

93. De onafhankelijkheid van degene die het geschil beslecht gelijkstellen met de hoedanigheid van derde ten opzichte van de partijen, is een te simplistische oplossing. De hoedanigheid van derde is, zoals ik reeds heb gezegd¹¹⁶, een noodzakelijke maar ontoereikende voorwaarde. Onafhankelijkheid houdt veel meer in: een gelijke afstand tot de procespartijen en het voorwerp van het geding, met andere woorden, de afwezigheid van enig ander belang bij de oplossing van het geding dan de strikte toepassing van de rechtsorde¹¹⁷, hetgeen verklaart waarom gronden voor verschooning en wraking moeten worden vastgesteld. Onafhankelijkheid vereist evenwel ook de vrijheid ten aanzien van hiërarchieke meerderen, overheidsorganen, de andere machten van de staat en sociale druk. De onafzetbaarheid is de bron en de uitdrukking van de rechterlijke onafhankelijkheid en houdt in, dat de rechters niet kunnen worden ontslagen, geschorst, overgeplaatst of op pensioen gesteld, dan om de redenen en met de waarborgen waarin de wet voorziet.¹¹⁸ De onafhankelijkheid gaat ten slotte gepaard met de persoonlijke verantwoordelijkheid van de rechter, die bovendien het tegengewicht vormt van de onderwerping van de rechter aan de enige beperking die de rechtsorde toestaat en hem oplegt: de onderwerping aan het recht.

Onpartijdigheid en onafhankelijkheid zijn broze deugden, die uiterst zorgvuldig moeten worden beschermd. De organen waarvan de besluiten, zij het slechts ten dele of theoretisch, kunnen worden getoetst, heroverwogen of ingetrokken door een andere dan een rechterlijke instantie, zijn niet volledig onafhankelijk en bijgevolg niet in staat om een volledige rechterlijke bescherming te geven.¹¹⁹

94. Om te beoordelen of de instantie die hem een prejudiciële vraag voorlegt een rechterlijke instantie is, dient het Hof derhalve na te gaan, of die instantie de onafhankelijkheid in al haar facetten waarborgt en uitsluitend aan het recht onderworpen is, door middel van duidelijke regels inzake de benoemingsprocedures, het permanent vervullen van de functie, en de gronden voor verschooning, wraking en afzetbaarheid van haar leden, die de instantie op een gelijke afstand van de litigieuze belangen plaatsen en haar vrijwaren voor alle openlijke of heimelijke suggesties, aanwijzingen en druk van buitenaf.

95. Kortom, als algemene regel geldt, dat prejudiciële vragen enkel mogen uitgaan van rechterlijke instanties die in het kader van een procedure een geschil moeten beslechten door de uitoefening van hun bevoegdheid om recht te spreken. Bij wijze van uitzondering zijn de vragen van andere instanties enkel ontvankelijk indien tegen

116 — Zie voetnoot 13.

117 — Calamandrei, P., noemt dit de psychologische houding van aanvankelijke onverschilligheid in zijn werk *Elogio dei Giudici scritto da un avvocato*, Ponte Alle Grazie, Florence, 1989, blz. 29 en 122. De afwezigheid van onafhankelijkheid is de „negatie van de rechterlijke functie in haar wezen zelf” (arrest van het Spaanse Tribunal Constitucional 142/1997).

118 — Sidgwick, H. (naar wie R. de Mendizábal verwijst in zijn werk aangehaald in voetnoot 106, blz. 201), zegt in zijn werk *The Elements of Politics*, dat het enkele feit dat de rechters worden benoemd door de wetgevende dan wel de uitvoerende macht, hun onafhankelijkheid niet in gevaar brengt, mits hun opdracht of hun rang hun niet kan worden afgenomen.

119 — Arresten van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens van 19 april 1994, Van de Hurk tegen Nederland (serie, A nr. 288), punt 45, en 25 februari 1997, Findlay tegen Verenigd Koninkrijk, *Recueil des arrêts et décisions*, 1997-I, punt 77.

hun beslissingen geen beroep bij de rechter openstaat, en op voorwaarde dat hun onafhankelijkheid gewaarborgd is en de procedure op tegenspraak wordt gevoerd.

D — Voordelen van dit voorstel

96. Met de door mij voorgestelde nieuwe benadering van het begrip „nationale rechterlijke instantie”, zou de taak van het Hof vereenvoudigd worden en veel duidelijker resultaten opleveren dan thans het geval is. In het geval van prejudiciële vragen van instanties die deel uitmaken van de rechterlijke organisatie van een lidstaat, zou het Hof enkel moeten nagaan of de vragen worden gesteld in het kader van de uitoefening van hun rechterlijke bevoegdheid. Is de verwijzingsbeschikking afkomstig van een instantie die geen deel uitmaakt van de rechterlijke organisatie, dan zou het Hof eerst moeten onderzoeken of tegen de door deze instantie te geven uitspraak hoger beroep openstaat, en vervolgens, of is voldaan aan de criteria die kenmerkend zijn voor een instantie die een rechtsprekende functie vervult.

97. Indien de voorgestelde criteria worden toegepast, valt bovendien een vermindering van het aantal prejudiciële vragen te verwachten.

In punt 41 van mijn conclusie in de zaak *Kofisa Italia*¹²⁰ merkte ik reeds op, dat een aanzienlijke stijging van het aantal zaken waarin het Hof uitspraak moet doen, onrechtstreeks afbreuk zou kunnen doen aan de uniforme uitlegging van het gemeenschapsrecht, waarvan de handhaving juist het doel is van de prejudiciële procedure. Het toelaten van vragen van instanties die niet tot de nationale rechterlijke organisatie behoren, kan de werklast van het Hof verhogen en de termijnen voor een uitspraak verlengen. De langere termijnen wanneer onnodige¹²¹ prejudiciële vragen worden toegelaten, zouden ertoe kunnen leiden, dat de rechterlijke instanties van de lidstaten niet meer de vragen stellen die onontbeerlijk zijn voor de uniforme toepassing van het gemeenschapsrecht, wat ingaat tegen de door artikel 234 EG nagestreefde samenwerking tussen de rechters.

98. Ten slotte mag niet uit het oog worden verloren, welke gevolgen de bevoegdheden die het Hof aan de nationale rechterlijke instanties heeft toegekend, voor het stelsel van de rechtsbronnen hebben. Volgens het arrest *Simmenthal*¹²² is de nationale rechter, die belast is met de toepassing van de bepalingen van het gemeenschapsrecht, verplicht zorg te dragen voor de volle werking ervan. Hij dient daarbij zo nodig elke strijdige bepaling van de — zelfs latere — nationale wetgeving buiten toepassing te laten, zonder dat hij de voorafgaande opheffing ervan via de wetgeving of

120 — Arrest van 11 januari 2001 (C-1/99, Jurispr. blz. I-207).

121 — Zie punt 78 van de onderhavige conclusie.

122 — Arrest van 9 maart 1978 (106/77, Jurispr. blz. 629).

enige andere constitutionele procedure heeft te vragen of af te wachten.

99. In de zaak *Factortame*¹²³ voegde het Hof daaraan toe, dat aan de volle werking van het gemeenschapsrecht eveneens afbreuk zou worden gedaan, wanneer een rechter bij wie een door het gemeenschapsrecht beheerst geding aanhangig is, door een regel van nationaal recht zou kunnen worden belet voorlopige maatregelen te gelasten ter verzekering van de volle werking van de uitspraak die hij moet doen. In dergelijke omstandigheden kan de rechter de regel van nationaal recht buiten toepassing laten.¹²⁴

100. Hoe dan ook, de ruime uitlegging die het Hof geeft aan het begrip rechterlijke instantie in de zin van artikel 234 EG, doet ernstige problemen rijzen wanneer deze hoedanigheid wordt verleend aan instanties die volgens hun nationale rechtsorde geen rechterlijke instanties zijn, omdat dit afbreuk doet aan de identiteit die moet bestaan tussen degene die de vraag stelt en degene die het antwoord krijgt. Het valt te begrijpen dat het Hof, zoals het helaas heeft gedaan, het begrip rechterlijke instantie uitbreidt tot administratieve organen, maar het is moeilijker te begrijpen, dat het in zijn antwoord deze organen bevoegdheden heeft verleend die zij volgens het nationale

recht niet hebben, en aldus de constitutionele voorschriften van de betrokken lidstaat heeft geschonden. Waar het Hof de nationale rechter de volledige rechtsmacht van gemeenschapsrechter verleent¹²⁵ — waarvoor het volstaat te herinneren aan de stellige bewoordingen van het reeds aangehaalde arrest *Simmmenthal* —, is het onbegrijpelijk dat die bevoegdheid wordt verleend aan instanties die volgens hun eigen nationale recht niet tot de rechterlijke organisatie behoren en als louter administratieve organen worden aangemerkt. Nog moeilijker te begrijpen is, dat het Hof, wanneer het de vraag beantwoordt van een instantie die het als een rechterlijke instantie beschouwt, hoewel deze instantie volgens de staat waartoe zij behoort een andere aard heeft, zich uitsluitend richt tot de instanties die werkelijk deel uitmaken van de nationale rechterlijke organisatie.¹²⁶

101. Mijns inziens is zonder meer duidelijk, dat de bevoegdheid om rechtsnormen buiten toepassing te laten, niet mag worden uitgebreid tot administratieve organen. Dit is een bewijs te meer, dat de bevoegdheid om prejudiciële vragen te stellen, behoudens uitzonderingen, moet voorbehouden blijven voor de zuiver rechterlijke instanties.

123 — Arrest van 19 juni 1990 (C-213/89, Jurispr. blz. 2433).

124 — De toepassing van deze rechtspraak op de instanties die prejudiciële vragen mogen stellen, wordt bevestigd in punt 21 van dat arrest. In het volgende punt overwoog het Hof, dat de nuttige werking van het stelsel van artikel 177 EEG-Verdrag (thans artikel 234 EG) zou worden verzwakt, indien de nationale rechter die in afwachting van 's Hofs uitspraak op zijn prejudiciële vraag de behandeling van een zaak schorst, geen voorlopige maatregelen zou kunnen gelasten tot zijn eigen uitspraak na het antwoord van het Hof van Justitie, en met de bedoeling de nuttige werking van die uitspraak veilig te stellen.

125 — Alonso García, R., *Derecho comunitario. Sistema constitucional y administrativo de la Comunidad Europea*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1994, blz. 332 en 333, wijst op de varendende uitspraak in het arrest van 22 juni 1989, *Fratelli Costanzo* (103/88, Jurispr. blz. 1839), waarin het Hof de nadruk legde op de verplichting die niet alleen op de rechterlijke instanties maar ook op de overheid zelf rust, om bepalingen van nationaal recht die onverenigbaar zijn met het gemeenschapsrecht niet toe te passen, waarbij het de ernstige fout maakte om niet te preciseren, dat de vaststelling van die onverenigbaarheid moest steunen op de uitspraak van het Hof.

126 — Zie de bijdrage van Barav, A., „La plénitude de compétence du juge national en sa qualité de juge communautaire”, in *L'Europe et le droit. Mélanges en hommage à Jean Boulois*, Dalloz, Paris, 1991, blz. 1 en volgende.

4. *Het Rechtsprekend college van het Brussels Hoofdstedelijk Gewest*

kennis te nemen van bezwaren van belastingplichtigen tegen belastingaanslagen.

102. Ik moet erkennen, dat het Rechtsprekend college van het Brussels Hoofdstedelijk Gewest, zoals hierna duidelijk zal worden, een grensgeval is, waarvan de hoedanigheid van rechterlijke instantie in de zin van artikel 234 EG tegen de achtergrond van de rechtspraak van het Hof zeer twijfelachtig zou zijn. Maar, zoals ook duidelijk zal worden, vormt juist het feit dat het om een extreem geval gaat, een perfecte illustratie van het nut van de door mij voorgestelde heroriëntatie.

De vraag is voorgelegd door een collegiale structuur die alle uiterlijke kenmerken van een gerecht vertoont, maar die geen rechterlijke instantie is. Om de werkelijke aard van dit orgaan te beoordelen, moeten wij nader ingaan op de Belgische normen betreffende beroepen inzake provinciale en plaatselijke heffingen.

103. De wet van 23 december 1986¹²⁷ verleende de bestendige deputaties van de provincieraden¹²⁸, in het kader van een rechtsprekende taak, de bevoegdheid om

104. De bestendige deputatie is een collegiaal orgaan, dat bestaat uit zeven leden; zes daarvan zijn door de provincieraad uit zijn midden verkozen, en het zevende lid is de gouverneur, die de bestendige deputatie voorziet.¹²⁹ Het mandaat van de deputatie is verbonden met dat van de provincieraad, en bedraagt thans zes jaar.¹³⁰ De leden van de bestendige deputatie kunnen niet uit hun ambt worden ontzet en niet tuchtrechtelijk worden vervolgd.¹³¹ De leden van de rechterlijke orde, de bedienaren van de erediensten en de agenten van de provinciale en gemeentelijke besturen kunnen geen lid zijn van de bestendige deputatie; ook de mandaten van burgemeester en gemeenteraadslid zijn onverenigbaar met die functie.¹³²

105. De bestendige deputatie is het uitvoerend orgaan van de provincie en oefent

127 — Wet betreffende de invordering en de geschillen ter zake van provinciale en plaatselijke heffingen (*Belgisch Staatsblad* van 12 februari 1987).

128 — Zie de artikelen 5 en 9.

129 — Artikelen 96 en 104 van de provinciewet van 30 april 1836 (*Belgisch Staatsblad* van 23 december 1891), in de versie van de wet van 25 juni 1997.

130 — Artikel 100 van de in de vorige voetnoot aangehaalde provinciewet, in de versie van artikel 10 van de wet van 15 mei 1949. De termijn van zes jaar is vastgesteld bij artikel 224 van de wet van 16 juli 1993.

131 — Zie punt 1, derde alinea, van de titel „werking en bevoegdheden” van het antwoord van de Belgische regering op de haar door het Hof gestelde vragen.

132 — De onverenigbaarheden zijn neergelegd in artikel 27 van de organieke wet betreffende de provinciale verkiezingen van 19 oktober 1921. Het stelsel van de onverenigbaarheden is vervuldigd door artikel 71 van de nieuwe gemeentewet van 24 juni 1988, gecodificeerd bij koninklijk besluit van dezelfde datum (*Belgisch Staatsblad* van 3 september 1988), dat is bekrachtigd bij wet van 26 mei 1989 (*Belgisch Staatsblad* van 30 mei 1989).

administratieve, regelgevende en rechtsprekende taken uit.¹³³ Wanneer zij een rechtsprekende taak uitoefent, geschiedt de procedure op tegenspraak.¹³⁴ Indien het bedrag van het verzoek ten minste 10 000 BEF bedraagt, kan tegen de beslissing hoger beroep worden ingesteld bij het Hof van Beroep. Tegen het arrest van het Hof van Beroep of tegen de beslissing van de bestendige deputatie, indien daartegen geen hoger beroep openstaat, kan cassatieberoep worden ingesteld.¹³⁵

worden ontzet, en gelden voor hen dezelfde onverenigbaarheden als voor de leden van de bestendige deputaties van de provincieraden.¹³⁹ Bij de procedure voor het college moeten dezelfde regels worden nageleefd als die welke van toepassing zijn wanneer de bestendige deputatie van de provincieraad een rechtsprekende taak vervult¹⁴⁰, en de omstandigheden waarin de beslissingen ervan voor beroep vatbaar zijn, zijn dezelfde.¹⁴¹

106. Volgens artikel 83 quinquies, § 2,¹³⁶ van de wet van 12 januari 1989 met betrekking tot de Brusselse instellingen¹³⁷, worden de rechtsprekende taken die in de provincies worden uitgeoefend door de bestendige deputatie, in het Brussels Hoofdstedelijk Gewest uitgeoefend door een college van negen leden die door de Brusselse Hoofdstedelijke Raad, op voordracht van zijn regering¹³⁸, worden aangeesteld. Dat is het Rechtsprekend college.

108. Volgens artikel 9 van de wet van 24 december 1996¹⁴² nemen de bestendige deputaties kennis van de klachten in hun hoedanigheid van administratieve overheid. Volgens de tweede alinea van dat artikel blijft voor het Brussels Hoofdstedelijk Gewest het Rechtsprekend college bevoegd.

107. Hoewel hun statuut niet door specifieke bepalingen wordt geregeld, kunnen de leden van het college niet tuchtrechtelijk worden vervolgd en niet uit hun ambt

139 — Zie artikel 83 quinquies, § 2, tweede alinea, van de wet van 12 januari 1989, alsmede de punten 1 en 2 van de titel „werking en bevoegdheden” van het reeds aangehaalde antwoord van de Belgische regering.

140 — Zie artikel 83 quinquies, § 2, derde alinea, van de wet van 1989.

141 — Zie het in de vorige voetnoot aangehaalde artikel, in samenhang met artikel 7 van de wet van 23 december 1986. De verwijzing in artikel 83 quinquies van de wet van 1989 naar de procedureregels die van toepassing zijn op de rechtsprekende taak van de bestendige deputaties, heeft ook betrekking op de beroepen. Zie, in die zin, de laatste twee alinea's van het antwoord van de Belgische regering, waarin zij verklaart dat tegen de beslissing van het Rechtsprekend college hoger beroep kan worden ingesteld bij het Hof van Beroep wanneer de waarde van het verzoek 10 000 BEF of meer bedraagt. In de volgende alinea voegt zij daaraan toe, dat cassatieberoep openstaat tegen hetzij de beslissing van de „bestendige deputatie” (sic), hetzij tegen het arrest van het Hof van Beroep. Dit vloeit voort uit het feit dat volgens de Belgische regering de verwijzing in artikel 83 quinquies aldus moet worden uitgelegd, dat zij ook betrekking heeft op de regels inzake beroep, met name artikel 7 van de wet van 1986. Aangezien tegen de beslissing van het college naargelang het geval hoger beroep of cassatieberoep openstaat, moet de verwijzing naar de „bestendige deputatie” in het antwoord van de Belgische regering, gelet op wat voorafgaat en op de context, worden begrepen als een verwijzing naar het Rechtsprekend college.

142 — *Belgisch Staatsblad* van 31 december 1996.

133 — Zie titel VII, hoofdstuk 1, van voornoemde provinciewet, en Uyttendaele, M., *Regards sur un système institutionnel paradoxal. Précis de droit public belge*, Bruylant, Brussel, 1977, blz. 1034 en 1035.

134 — Zie artikel 104 bis van de provinciewet van 1836, ingevoegd bij wet van 6 juli 1987 (*Belgisch Staatsblad* van 18 augustus 1987) en koninklijk besluit van 17 september 1987 (*Belgisch Staatsblad* van 29 september 1987).

135 — Zie artikel 7 van de wet van 23 december 1986, reeds aangehaald.

136 — Ingevoegd bij de bijzondere wet van 16 juli 1993.

137 — *Belgisch Staatsblad* van 14 januari 1989.

138 — Ten minste drie leden behoren tot de minst talrijke taalgroep.

109. Deze wijziging heeft aanleiding gegeven tot een beroep tegen dit artikel bij het Arbitragehof¹⁴³, op grond van schending van de artikelen 10 en 11 van de Belgische grondwet. Het Arbitragehof verklaarde in zijn arrest, dat artikel 9 van de wet van 24 december 1996 inderdaad in strijd was met het gelijkheidsbeginsel, omdat het artikel leidde tot een ongerechtvaardigd verschil in behandeling van de inwoners van Brussel en die van de rest van het land. Voor de eerste categorie gold een jurisdictionele procedure, en laatstgenoemden moesten genoeg nemen met een administratieve procedure. Het Arbitragehof verklaarde de betrokken bepaling nietig, en keerde aldus terug naar het stelsel dat gold vóór de inwerkingtreding ervan.¹⁴⁴

110. Ten slotte onttrok een nieuwe wet betreffende de beslechting van fiscale geschillen¹⁴⁵ de betrokken bevoegdheid aan de bestendige deputaties om deze in het geval van provincie- of gemeentebelastingen toe te vertrouwen aan de gouverneur of aan het college van burgemeester en schepenen, die als bestuursoverheid handelen en tegen de beslissing waarvan beroep kan worden ingesteld bij de rechtbank van eerste aanleg van het betrokken rechtsgebied.¹⁴⁶

111. Sinds de hervorming van 1999 bestaat er onzekerheid over de vraag of het Recht-

sprekend college nog steeds bevoegd is om kennis te nemen van beroepen tegen de belastingen van het Brussels Hoofdstedelijk Gewest. Artikel 9 van de wet van 1996 bepaalde, dat de belastingplichtige in de provincies bezwaar kon indienen bij de bestendige deputatie handelend als administratieve overheid, terwijl in voornoemd Gewest het Rechtsprekend college bevoegd was. Deze bepaling is door het Arbitragehof in haar geheel en categoriek nietig verklaard. De wet van 15 maart 1999 voert de betrokken bepaling opnieuw in, zonder enige verwijzing naar het college. Er lijkt evenwel niet te zijn afgeweken van artikel 83 quinquies van de wet van 1989 inzake de Brusselse instellingen, zodat ik op het eerste gezicht meen te kunnen besluiten, dat de klachten inzake belastingen van het Gewest bij die specifieke instantie moeten worden ingediend.

Na een grondiger onderzoek moet ik evenwel vaststellen, dat artikel 83 quinquies het college de rechtsprekende taken verleende die in de provincieraad door de bestendige deputatie werden uitgeoefend. Aangezien de bestendige deputatie niet langer tussenkomt inzake plaatselijke belastingen, geldt dit ook voor het Rechtsprekend college. Deze deductie wordt bevestigd door een meer doorslaggevende reden, met name de *ratio decidendi* van arrest nr. 30/98 van het Arbitragehof, waarbij voornoemd artikel 9 in de versie van 1996 nietig is verklaard omdat het voorzag in een jurisdictionele procedure voor het Brussels Hoofdstedelijk Gewest en in een administratieve procedure voor de provincies. In die omstandigheden zou de handhaving van de bevoegdheid van het college na de wet van 1999 neerkomen op het opnieuw invoeren van de ongelijk-

143 — De rechterlijke instantie die instaat voor de uitlegging van en het toezicht op de naleving van de Belgische grondwet.

144 — Arrest nr. 30/98 van 18 maart 1998.

145 — Wet van 15 maart 1999, *Belgisch Staatsblad* van 27 maart 1999.

146 — Zie de artikelen 9 en 10 van de wet van 24 december 1996, in de versies van respectievelijk de artikelen 91 en 92 van de wet van 15 maart 1999.

heid die in het arrest van 1998 is veroordeeld.¹⁴⁷

112. De Belgische rechtsleer heeft de bestendige deputaties zonder meer als politieke instanties aangemerkt.¹⁴⁸ Mijns inziens kan hetzelfde niet worden gezegd van het Rechtsprekend college. Hoewel beide instanties dezelfde functies uitoefenden in het kader van dezelfde procedure, heeft het college door de oorsprong van zijn leden en de exclusiviteit van zijn functie een bijzonder profiel.

113. De leden van de bestendige deputaties maken ondanks het stelsel van de onverenigbaarheden deel uit van hun respectievelijke provincieraden, die door verkiezingen tot stand komen.¹⁴⁹ Zoals ik reeds heb opgemerkt, is hun mandaat verbonden met dat van die politieke instelling. De deputatie wordt voorgezeten door de gouverneur, die in de provincie de commissaris van de

regering is.¹⁵⁰ De gouverneur is stemgerechtigd en bij staking van stemmen is zijn stem doorslaggevend.¹⁵¹ De deputatie heeft bovendien politieke, administratieve en rechtsprekende taken en die samenloop lijkt niet de meest geschikte formule om de onafhankelijkheid van haar leden te waarborgen.¹⁵²

114. Het Rechtsprekend college is daarentegen samengesteld uit personen voor wie weliswaar dezelfde onverenigbaarheden gelden als voor de leden van de permanente deputaties, maar die niet uit de overheidsstructuren komen, hoewel zij door de regering van het Brussels Hoofdstedelijk Gewest worden aangewezen. Het mandaat van de leden, en dit is het belangrijkste, is niet verbonden met dat van de overheid die hen benoemt. Bovendien vervullen zij uitsluitend een rechtsprekende functie. Op

147 — Afschrift, T., en Igalson, M., lijken in „La procédure fiscale après les lois des 15 et 23 mars 1999”, *Journal des tribunaux*, nr. 593, 26 juni 1999, blz. 48 e.v., § 132, deze zienswijze te delen. Huns inziens had de oprichting in het Vlaamse en het Waalse Gewest van dezelfde instanties als het Rechtsprekend college na het arrest van het Arbitragehof de voorkeur verdiend. De wetgever heeft in 1999 voor de omgekeerde oplossing gekozen: zuiver administratieve klachten, met de mogelijkheid van toetsing door de rechter.

148 — Leroy, M., stelt in zijn werk *Contentieux administratif*, Bruylant, Brussel, 1996, blz. 96-98, dat de bestendige deputaties in de eerste plaats politieke instellingen zijn en, hoewel tegen hun beslissingen in de praktijk zelden bezwaren rijzen wegens partijdigheid, het in beginsel niet gerechtvaardigd is om politici een rechterlijke functie te geven. Uyttendaele, M., verwijst in *Regards sur un système institutionnel paradoxal. Précis de droit public belge*, blz. 1035, naar voornoemde auteurs en noemt het merkwaardig, dat een politieke instantie een rechtsprekende functie vervult.

149 — Zie artikel 2 van de provinciewet van 30 april 1836, in de versie van de wet van 11 april 1936.

150 — Zie artikel 4 van de provinciewet van 30 april 1836, in de versie van de wet van 25 juni 1997.

151 — Zie artikel 104, eerste en derde alinea, van de provinciewet van 1836, reeds aangehaald.

152 — De personen die over de wettigheid van een belasting moeten oordelen, maken deel uit van de instantie die in de uitoefening van haar regelgevende bevoegdheden het belastingreglement heeft goedgekeurd en in haar hoedanigheid van administratieve autoriteit de belasting heeft geheven. Afschrift, T., en Igalson, M., bekritisieren in § 132 van „La procédure fiscale après les lois des 15 et 23 mars 1999”, reeds aangehaald, het gebrek aan onafhankelijkheid van het bij de hervorming van 1999 ingevoerde college van gemeentelijke vertegenwoordigers. Zij menen dat de leden ervan niet geneigd zullen zijn belastingen nietig te verklaren die krachtens besluiten van de gemeenteraad zelf, waarvan zij lid zijn, en door ambtenaren die onder hun rechtstreeks gezag vallen, zijn geheven. In het arrest van 19 maart 1991, *Giant* (C-109/90, *Jurispr.* blz. I-1385), beantwoordde het Hof evenwel een prejudiciële vraag van de bestendige deputatie van de provincieraad van Brabant. Het Hof deed uitspraak ten gronde zonder de hoedanigheid van rechterlijke instantie van het verwijzende orgaan te onderzoeken. Advocaat-generaal Jacobs, die wel op het probleem was ingegaan, was van mening dat de vraag ontvankelijk was, omdat de deputatie openbare zittingen op tegenspraak houdt en verplicht is haar beslissingen te motiveren.

grond van dit kenmerk betoogt een deel van de rechtsleer, dat het Rechtsprekend college volledig onafhankelijk is van de plaatselijke overheid.¹⁵³

mag aan het college niet de hoedanigheid van rechterlijke instantie in de zin van artikel 234 EG worden verleend.

115. De omstandigheden dat het Rechtsprekend college geen politieke instelling is en dat het bij de uitoefening van zijn bevoegdheid onafhankelijk is van de overheid die de leden ervan aanwijst, zijn elementen die weliswaar belangrijk zijn, maar niet automatisch betekenen dat dit college een rechterlijke instantie is in de zin van artikel 234 EG.

116. Het college is een instelling die functionele onafhankelijkheid geniet maar toch deel blijft uitmaken van de administratieve organisatie van het Brussels Hoofdstedelijk Gewest, en waaraan bevoegdheden zijn verleend om kennis te nemen van klachten betreffende heffingen van het Gewest.¹⁵⁴ In werkelijkheid vormt het college een filter tussen de administratieve autoriteiten die de heffingen beheren en vaststellen, en de gerechten.¹⁵⁵ Het college behoort kennelijk niet tot de rechterlijke macht, zodat de leden ervan geen rechters kunnen zijn. Aangezien het niet gaat om een gerecht,

117. Vaststaat, dat in de Belgische rechtsleer de kwalificatie van het college als een instantie die rechterlijke functies vervult, niet wordt betwist.¹⁵⁶ Bovendien staat vast, dat het Arbitragehof in arrest nr. 30/98 overwoog, dat de procedure voor het college een „jurisdictionele” procedure is. Dit is evenwel niet in strijd met de zienswijze dat het college geen rechterlijke instantie is. Het Arbitragehof deed uitspraak in het kader van een toetsing van de wet van 1986 aan de grondwet, tegen de achtergrond van het gelijkheidsbeginsel, en legde de nadruk op de verschillen met het vergelijkingspunt, namelijk de bestendige deputaties. De uitspraak was gebaseerd op de verschillende kwalificatie van de twee instellingen, die ik in de vorige punten heb uiteengezet.

De „uitoefening van rechtsprekende taken” is hoe dan ook geen synoniem voor „rechterlijke instantie”. De rechtspraak van het Hof is, zoals gezegd, dienaangaande een goed voorbeeld, en ik hoop dat deze conclusie ertoe kan bijdragen dergelijke terminologische verwarring voortaan te voorkomen. Niemand heeft gesteld, of zou kunnen stellen, dat het Rechtsprekend college deel uitmaakt van de rechterlijke organisatie, wat evenwel niet wegneemt, dat het college in het kader van een procedure op tegenspraak uitspraak doet

153 — Afschrift, T. en Igalson, M., „La procédure fiscale après les lois des 15 et 23 mars 1999”, reeds aangehaald, punt 132.

154 — Overeenkomstig artikel 83 quinquies van de wet van 12 januari 1989 worden de taken die in de provincies door de bestendige deputatie worden uitgeoefend, in het Brussels Hoofdstedelijk Gewest verdeeld over de Brusselse Hoofdstedelijke Regering en het Rechtsprekend college: de eerste heeft taken van algemeen bestuur en de tweede heeft rechtsprekende taken. De ordonnatiegevende macht wordt uitgeoefend door de Raad respectievelijk de regering (zie de artikelen 6, 38 e.v. van de wet).

155 — Dit is de opvatting van T. Afschrift en M. Igalson, *op. cit.*, punt 132.

156 — Dambrmont, B., *Taxes communales (Loi du 24 décembre 1996, analyse par article, textes légaux)*, Die Keure, Brugge, 1999.

over klachten in fiscale aangelegenheden, en daarbij rechtsnormen uitlegt en toepast.

de inhoud van de prejudiciële vraag onderzoeken.

118. Het college is dus geen rechterlijke instantie. Tegen de uitspraken van het college staat steeds beroep open bij de rechter¹⁵⁷, hetzij in het kader van een hoger beroep, indien het bedrag van de klacht 10 000 BEF of meer bedraagt, hetzij rechtstreeks in het kader van een cassatieberoep.¹⁵⁸ Deze rechterlijke instanties in de eigenlijke zin van het woord zouden in de passende bewoordingen om een prejudiciële uitlegging kunnen verzoeken, vanuit een meer algemeen inzicht in de nationale rechtsorde en met de onafhankelijkheid en de verantwoordelijkheid die kenmerkend zijn voor instanties die belast zijn met de uitoefening van de rechtsprekende bevoegdheid. Ik zei reeds, dat het Rechtsprekend college een grensgeval is omdat het erg dicht bij de kwalificatie als een rechterlijke instantie komt. Doch juist in dergelijke omstandigheden is voorzichtigheid geboden, en moet duidelijk worden aangegeven waar de grens ligt, hoe subtiel die ook is. Ik geef het Hof derhalve in overweging, zich onbevoegd te verklaren om de prejudiciële vraag van het Rechtsprekend college van het Brussels Hoofdstedelijk Gewest te beantwoorden.

119. Voor het geval het Hof zich bij deze zienswijze niet zou aansluiten, zal ik hierna

V — Onderzoek van de prejudiciële vraag

120. Het Rechtsprekend college van het Brussels Hoofdstedelijk Gewest wenst te vernemen, of de artikelen van het Verdrag betreffende het vrij verrichten van diensten in de Gemeenschap, in de weg staan aan de invoering van een jaarlijkse belasting op schotelantennes.

121. Om te beginnen zij eraan herinnerd, dat ofschoon in de huidige stand van het gemeenschapsrecht de directe belastingen als zodanig niet tot de bevoegdheidssfeer van de Gemeenschap behoren, de lidstaten niettemin verplicht zijn de bij hen verbleven bevoegdheden in overeenstemming met het gemeenschapsrecht uit te oefenen.¹⁵⁹

122. Artikel 49 EG verbiedt de beperkingen op het vrij verrichten van diensten binnen de Gemeenschap. Volgens de rechtspraak van het Hof verlangt dit beginsel niet alleen de afschaffing van iedere discriminatie van de in een andere lidstaat gevestigde dienstverrichter op grond van

157 — Zie punt 107 en voetnoot 141, supra.

158 — Om te bepalen of de beschikking van een instantie in de interne rechtsorde in laatste aanleg is gegeven, moet worden nagegaan of zij vatbaar is voor beroep in cassatie. Cassatie vormt weliswaar geen nieuwe aanleg, maar gelet op het doel van het cassatieberoep, met name de vaststelling van de uitlegging van de rechtsorde, en gelet op het doel van de prejudiciële verwijzing, met name de vaststelling van de uitlegging van de communautaire rechtsorde ingevolge artikel 234 EG, kan een instantie waarvan de beschikkingen vatbaar zijn voor cassatieberoep, niet worden aangemerkt als een instantie die in laatste aanleg uitspraak doet.

159 — Zie, onder meer, arrest van 14 februari 1995, Schumacker (C-279/93, Jurispr. blz. I-225, punt 21).

diens nationaliteit, maar tevens de opheffing van iedere beperking — ook indien deze zonder onderscheid naar nationaliteit wordt toegepast — die de werkzaamheden van die dienstverrichter verhindert of anderszins belemmert.¹⁶⁰

123. Diensten worden in artikel 50 EG omschreven als dienstverrichtingen welke gewoonlijk tegen vergoeding geschieden, voorzover de bepalingen betreffende het vrije verkeer van goederen, kapitaal en personen op deze dienstverrichtingen niet van toepassing zijn. De vrijheid van dienstverrichting wordt binnen de Gemeenschap gewaarborgd en moet een grensoverschrijdend karakter hebben. Het Verdrag vermeldt enkel de dienstverrichters als begunstigden van de vrijheid van dienstverrichting, maar deze verdragsbepalingen zijn door het Hof ook toegepast op de ontvangers van diensten¹⁶¹, die bijgevolg een beroep kunnen doen op de subjectieve rechten die hun door de communautaire rechtsorde worden verleend.

124. Het Hof heeft bovendien verklaard, dat de uitzending van televisieprogramma's onder de verdragsbepalingen inzake diensten valt¹⁶², en dat nationale maatregelen die de uitoefening van de in het Verdrag

gewaarborgde fundamentele vrijheden kunnen belemmeren of minder aantrekkelijk kunnen maken, rechtmatig zijn indien zij aan vier voorwaarden voldoen: zij moeten zonder discriminatie worden toegepast, zij moeten hun rechtvaardiging vinden in dwingende redenen van algemeen belang, zij moeten geschikt zijn om de verwezenlijking van het nagestreefde doel te waarborgen, en zij mogen niet verder gaan dan nodig is voor het bereiken van dat doel.¹⁶³

125. Daaruit volgt, dat ook indien de litigieuze fiscale belemmering zonder discriminatie wordt toegepast, zij haar rechtvaardiging moet vinden in dwingende redenen van algemeen belang en hoe dan ook het evenredigheidsbeginsel in acht moet nemen.

1. De vraag of het belastingreglement een discriminatie in het leven roept

126. Het beginsel van gelijke behandeling, waarvan artikel 49 EG een bijzondere uitdrukking vormt, verbiedt niet alleen zichtbare discriminaties op grond van nationaliteit, maar ook alle vormen van verkapte discriminatie die door toepassing van andere onderscheidingscriteria in feite tot hetzelfde resultaat leiden.¹⁶⁴ Voornoemd artikel verzet zich dus ook tegen de toepas-

¹⁶⁰ — Arresten van 25 juli 1991, Säger (C-76/90, Jurispr. blz. I-4221, punt 12); 28 maart 1996, Guiot (C-272/94, Jurispr. blz. I-1905, punt 10), en 5 juni 1997, SETTG (C-398/95, Jurispr. blz. I-3091, punt 16).

¹⁶¹ — Arresten van 31 januari 1984, Luisi en Carbone (286/82 en 26/83, Jurispr. blz. 377); 14 november 1995, Svensson en Gustavsson (C-484/93, Jurispr. blz. I-3955), en 26 oktober 1999, Eurowings Luftverkehr (C-294/97, Jurispr. blz. I-7447, punt 34).

¹⁶² — Arresten van 30 april 1974, Sacchi (155/73, Jurispr. blz. 409, punt 6); 18 maart 1980, Debaue e.a. (52/79, Jurispr. blz. 833, punt 8), en 5 oktober 1994, TV10 (C-23/93, Jurispr. blz. I-4795, punten 13-16).

¹⁶³ — Arresten van 31 maart 1993, Kraus (C-19/92, Jurispr. blz. I-1663, punt 32), en 30 november 1995, Gebhard (C-55/94, Jurispr. blz. I-4165, punt 37).

¹⁶⁴ — Arresten van 5 december 1989, Commissie/Italië (C-3/88, Jurispr. blz. 4035, punt 8), en 3 juni 1992, Commissie/Italië (C-360/89, Jurispr. blz. I-3401, punt 11).

sing van een nationale regeling die het verrichten van diensten tussen lidstaten bemoeilijkt.¹⁶⁵

zodat de gevolgen van de litigieuze belasting voor hen zwaarder zijn. De belasting heeft dus discriminerende gevolgen.

127. Zoals de Commissie in haar opmerkingen stelt, is de belasting op schotelantennes in twee opzichten materieel discriminerend.

128. Wat in de eerste plaats de ontvangers van de diensten aangaat, treft de jaarlijkse belasting, hoewel zij zonder onderscheid van toepassing is op alle gebruikers, ongeacht hun nationaliteit of woonplaats, de niet-Belgische gemeenschapsonderdanen die in Watermaal-Bosvoorde verblijven het zwaarst. Anders dan de Belgische onderdanen die in eigen land verblijven, hebben deze gebruikers niet altijd de mogelijkheid om via de kabel uitzendingen uit hun lidstaat van herkomst te ontvangen, wat hun belangstelling voor satelliettelevisie verklaart.

129. Wat de dienstverrichters betreft, vormt de belasting op schotelantennes een belemmering van de ontvangst van satelliettelevisie. Anders dan de Belgische omroepinstellingen, zenden de in andere lidstaten gevestigde omroepinstellingen immers alleen beelden uit via de satelliet,

130. Doch volgens de rechtspraak van het Hof kunnen nationale regelingen die van toepassing zijn op dienstverrichtingen op basis van de herkomst ervan, en die dus discriminerend zijn, verenigbaar zijn met het gemeenschapsrecht indien zij krachtens een uitdrukkelijke bepaling van het Verdrag zijn toegestaan.¹⁶⁶ Volgens artikel 55 EG zijn de artikelen 45 EG tot en met 48 EG, die zijn opgenomen in het hoofdstuk betreffende het recht van vestiging, van toepassing op het vrij verrichten van diensten. In artikel 46 EG is evenwel bepaald, dat bepalingen waarbij een bijzondere regeling is vastgesteld voor vreemdelingen en die uit hoofde van de openbare orde, de openbare veiligheid en de volksgezondheid gerechtvaardigd zijn, kunnen worden vastgesteld in afwijking van het recht van vestiging en de vrijheid van dienstverrichting.

131. Mijns inzien is het discriminerende reglement niet als een dergelijke afwijking te beschouwen, zodat het niet op die grond verenigbaar met het gemeenschapsrecht kan worden verklaard. In een democratische samenleving, gebaseerd op de vrijheid van meningsuiting en communicatie, heeft een belasting op schotelantennes niets te maken met de openbare orde of de veiligheid van de burgers.

165 — Arresten van 5 oktober 1994, Commissie/Frankrijk (C-381/93, Jurispr. blz. I-5145, punt 17), en 28 april 1998, Safir (C-118/96, Jurispr. blz. I-1897, punt 23).

166 — Arresten van 26 april 1988, Bond van Adverteerders e.a. (352/85, Jurispr. blz. 2085, punt 32), en 18 juni 1991, ERT (C-260/89, Jurispr. blz. I-2925, punt 24).

2. Het reglement als belemmering van de vrijheid van dienstverrichting

schrijdende uitzendingen door in andere lidstaten gevestigde omroepinstellingen.

A — De aantasting van de vrijheid van dienstverrichting

132. Zou het Hof van oordeel zijn dat het betrokken Belgische belastingreglement niet discriminerend is, dan moet subsidiair worden onderzocht of dit reglement een belemmering van de vrijheid van dienstverrichting binnen de Gemeenschap vormt, en zo ja, of deze belemmering haar rechtvaardiging kan vinden in dwingende redenen van algemeen belang.

133. De periodieke belasting op schotelantennes kan het vrij verrichten van audiovisuele diensten ernstig beïnvloeden, zowel uit het oogpunt van de ontvangers van diensten als uit dat van de dienstverrichters.

134. Wat de ontvangers van audiovisuele diensten betreft, kan een jaarlijkse belasting op schotelantennes kijkers ontmoedigen of hogere uitgaven voor de ontvangst van satelliettelevisie meebrengen. Wat de dienstverrichters aangaat, vermindert de belasting, voorzover zij de ontvangst van satelliettelevisie minder aantrekkelijk maakt, de mogelijkheden van grensover-

135. Kortom, de invoering bij wege van een gemeentelijk reglement van een jaarlijkse belasting op schotelantennes vormt een belemmering van het gebruik van dat ontvangstapparaat, en meteen ook van het vrij verrichten van audiovisuele diensten via de satelliet.¹⁶⁷

B — Het ontbreken van een rechtvaardiging

136. Volgens de rechtspraak van het Hof kan het vrij verrichten van diensten als grondbeginsel van het Verdrag slechts worden beperkt door regels die:

- 1) hun rechtvaardiging vinden in dwingende redenen van algemeen belang en die gelden voor iedere persoon of onderneming die bedoelde werkzaamheden op het grondgebied van de betrokken staat uitoefent, voorzover dit belang niet reeds wordt gewaarborgd door regels waaraan de gemeen-

167 — Dienaangaande mag niet uit het oog worden verloren, dat het jaarlijkse bedrag van de fiscale last (5 000 BEF) hoog is in vergelijking met de aankoopkosten van een schotelantenne. Zoals de Commissie opmerkt, staat hoe dan ook buiten twiifel, dat de belasting het gebruik van dit middel voor audiovisuele ontvangst beoogt te ontmoedigen. Het belastingreglement voert dit zelf aan als rechtvaardigingsgrond: „gelet op het stijgend aantal installaties van schotelantennes [...]”.

schapsonderdaan onderworpen is in de lidstaat waar hij is gevestigd;

breiding van dergelijke antennes op het grondgebied van de gemeente in te dijken en aldus de kwaliteit van het milieu te bewaren.

2) noodzakelijk zijn om het nagestreefde doel te verwezenlijken, en

3) niet verder gaan dan nodig is om dit doel te bereiken.¹⁶⁸

137. De Belgische regering heeft in deze zaak geen opmerkingen ingediend, zodat in het midden blijft welke argumenten zouden kunnen worden aangevoerd ter rechtvaardiging van deze belemmering van de vrijheid van dienstverrichting.

138. Op basis van de circulaire die het Ministerie van het Brussels Hoofdstedelijk Gewest op 31 augustus 1999 aan de gemeenten heeft gezonden, merkt de Commissie op, dat de belasting op schotelantennes te maken heeft met de bescherming van het stedelijk milieu, en dat zij het esthetische voorkomen van de gebouwen veilig wil stellen. De gemeente Watermaal-Bosvoorde erkende dit in een brief van 27 april 1999, die aan het Rechtsprekend college is overgelegd en waarin zij preciseerde, dat de belasting op schotelantennes is ingevoerd om de ongecontroleerde ver-

139. Deze verklaring kan evenwel niet worden aanvaard. Ik vind geen rechtvaardiging voor deze beperkende maatregel. Uit het dossier blijkt niet, dat de gestelde esthetische overwegingen gebaseerd zijn op een studie over de invloed van schotelantennes op het stedelijk milieu. En hoewel deze bezorgdheid om voor de hand liggende redenen gerechtvaardigd zou kunnen zijn in verband met beschermde en geklasseerde gebouwen, bestaat er voor de andere gebouwen geen enkele rechtvaardiging.

140. Gesteld dat de bescherming van het stedelijk milieu als rechtvaardiging van de beperking in aanmerking zou kunnen worden genomen, dan moet deze rechtvaardiging nog voldoen aan het evenredigheidsbeginsel. Geen enkel element kan mij ervan overtuigen, dat de belasting op schotelantennes het passende middel is om het behoud van het stedelijk milieu te verzekeren. De door de belasting verworven inkomsten lijken niet bestemd voor compenserende initiatieven of middelen die het milieu beschermen, en het reglement wordt los van de plaats of het tijdstip van de installatie en de afmetingen van de antenne toegepast.

141. Kortom, niets wijst erop dat de belasting het passende middel is om het behoud van het milieu te verzekeren.

168 — Arresten van 4 december 1986, Commissie/Duitsland (205/84, Jurispr. blz. 3755, punt 27); 26 februari 1991, Commissie/Italië (C-180/89, Jurispr. blz. I-709, punten 17 en 18), en 20 mei 1992, Ramrath (C-106/91, Jurispr. blz. I-3351, punten 29-31).

142. De Commissie betoogt, dat het gestelde doel van het belastingreglement op efficiënte wijze zou kunnen worden bereikt door de eigenaars van schotelantennes andere, minder dure maatregelen op te leggen, zoals de verplichting om een bepaalde kleur of afmeting te gebruiken, of de plaatsing van de antennes achteraan de gebouwen of op moeilijk zichtbare plaatsen. Dit zijn juist de maatregelen die zijn ingevoerd bij het stedenbouwkundig reglement inzake de voorwaarden voor buitenantennes.¹⁶⁹ In dat reglement is onder meer het volgende bepaald: op een geklasseerd gebouw mogen geen antennes worden geplaatst, de architectonische kenmerken van het gebouw moeten worden gerespecteerd, en de diameter van de antenne mag maximum 1,20 m bedragen.

143. De veralgemeende toepassing van de belasting op alle schotelantennes, ongeacht de omstandigheden waarin zij zijn geplaatst, vormt daarentegen een schending van het evenredigheidsbeginsel.

144. Gelet op bovenstaande overwegingen, vormt het belastingreglement van het gemeentebestuur van Watermaal-Bosvoorde een belemmering die in strijd is met artikel 49 EG en die haar rechtvaardiging niet kan vinden in dwingende redenen van algemeen belang.

145. Ten slotte meent de Commissie, dat het betrokken belastingreglement moet worden getoetst aan artikel 10 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, waarin de vrijheid van informatie is neergelegd.

146. In punt 9 van mijn conclusie in de zaak Connolly/Commissie¹⁷⁰ merkte ik reeds op, dat de vrijheid van meningsuiting een van de fundamentele pijlers is van elke democratie. Zoals het Hof te Straatsburg in een van de mooiste bladzijden van zijn rechtspraak zegt: „De vrijheid van meningsuiting is een van de essentiële fundamente[n] [van een democratische samenleving], een van de primordiale voorwaarden voor haar vooruitgang en voor de ontplooiing van elk individu. Onverminderd het bepaalde in artikel 10, lid 2, geldt die vrijheid niet alleen voor ‚informatie‘ of ‚denkbeelden‘ die een gunstig onthaal vinden of die als ongevaarlijk of neutraal worden beschouwd, maar ook voor die welke de staat of enig deel van de bevolking kwetsen, schokken of verontrusten. Dit vereisen namelijk het pluralisme, de draagzaamheid en de geest van openheid zonder welke er geen ‚democratische samenleving‘ kan zijn.”¹⁷¹

147. Aangezien het beginsel van de vrijheid van dienstverrichting binnen de Gemeenschap zich evenwel duidelijk verzet tegen het Belgische belastingreglement, en in de richtlijn zelf, in de achtste overweging van

170 — Arrest van 6 maart 2001 (C-274/99 P, Jurispr. blz. I-1611).

171 — Europees Hof voor de rechten van de mens, arrest van 7 december 1976, Handyside/Verenigd Koninkrijk, Reeks A nr. 24, § 49.

169 — Zie voetnoot 2.

de considerans, is verklaard dat dit recht, toegepast op het verzorgen van televisie-uitzendingen, een specifieke uiting in het gemeenschapsrecht is van de vrijheid van meningsuiting zoals neergelegd in het EVRM, meen ik dat het door de Commissie voorgestelde onderzoek achterwege kan blijven.

148. Ik geef het Hof derhalve in overweging, te verklaren dat artikel 49 EG zich verzet tegen de door het gemeentebestuur van Watermaal-Bosvoorde goedgekeurde gemeentebelasting op schotelantennes.

VI — Conclusie

149. Gelet op een en ander, geef ik het Hof in overweging:

- 1) uitspraak te doen in voltallige zitting, teneinde het begrip rechterlijke instantie in de zin van artikel 234 EG te preciseren;
- 2) zich onbevoegd te verklaren om te antwoorden op de prejudiciële vraag van het Rechtsprekend college van het Brussels Hoofdstedelijk Gewest, omdat dit college geen rechterlijke instantie is in de zin van artikel 234 EG;
- 3) subsidiair, indien het de vraag toch toelaat, te verklaren dat artikel 49 EG zich verzet tegen een regeling als die van het belastingreglement dat door de gemeenteraad van Watermaal-Bosvoorde op 24 juni 1997 is goedgekeurd, en waarbij een belasting is ingevoerd op schotelantennes die worden gebruikt voor de ontvangst van satelliettelevisie.