VAR 75 JAAR

VERENIGING VOOR BESTUURSRECHT

Europeanisering van het algemeen bestuursrecht

VAR VERENIGING VOOR BESTUURSRECHT

Ben Schueler & Rob Widdershoven (red.)

BJu Boom Juridische uitgevers

VAR

ISBN 978-94-6290-025-7

Boom Juridische uitgevers

Europeanisering van het algemeen bestuursrecht

Europeanisering van het algemeen bestuursrecht

75 jaar VAR

Henk Addink
Tom Barkhuysen
Jacobine van den Brink
Eric Daalder
Michiel van Emmerik
Janneke Gerards
Kars de Graaf
Jan Jans
Peter Kavelaars
Arnout Klap
Bert Marseille
Bernd van der Meulen
Anne Meuwese
Frank van Ommeren
Willemien den Ouden
Raymond Schlössels
Michiel Tjepkema
Rob Widdershoven

Onder redactie van:
Ben Schueler
Rob Widdershoven

Boom Juridische uitgevers
Den Haag
2014

Omslagontwerp: Primo!Studio, Delft
Opmaak binnenwerk: Textcetera, Den Haag

© 2014 VAR Vereniging voor Bestuursrecht | Boom Juridische uitgevers

Behoudens de in of krachtens de Auteurswet gestelde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voor zover het maken van reprografische verveelvoudigingen uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16h Auteurswet dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 3051, 2130 KB Hoofddorp, www.reprorecht.nl). Voor het overnemen van (een) gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (art. 16 Auteurswet) kan men zich wenden tot de Stichting PRO (Stichting Publicatie- en Reproductierechten Organisatie, Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, www.stichting-pro.nl).

No part of this book may be reproduced in any form, by print, photoprint, microfilm or any other means without written permission from the publisher.

ISBN 978-94-6290-025-7
ISBN 978-94-6274-232-1 (e-book)
NUR 823

www.bju.nl

Voorwoord

Op 4 maart 1939 vond de 'eerste constitueerende vergadering van de Vereeniging voor administratief recht' plaats in het Jaarbeursgebouw te Utrecht. Bij die gelegenheid sprak de eerste voorzitter van de VAR, prof. mr. Carl Wilhelm de Vries (1882-1967), een rede uit. Hij was hoogleraar staats- en administratief recht en arbeidsrecht aan de Nederlandsche Handelshoogeschool te Rotterdam. Zijn toespraak ging over de behoefte aan de ontwikkeling van een algemeen deel van het bestuursrecht. De algemene vragen, die aan alle onderdelen van het bestuursrecht gemeen zijn, moesten niet langer incidenteel en fragmentarisch, maar 'principieel en eenparig' worden beantwoord. Algemene leerstukken moesten eenheid gaan brengen op de verschillende, destijds deels nieuwe terreinen van het overheidsbestuur. Op deze inhoudelijk sterk uiteenlopende terreinen bestond behoefte aan houvast en eenheid. In zijn eerste VAR-toespraak vroeg De Vries de aandacht voor verschijnselen als terugwerkende kracht, nietigheid van rechtshandelingen, het opkomen tegen 'le silence de l'administration', vertegenwoordiging, de vergunning, rechtsopvolging en uiteraard voor de relatie tot het staatsrecht en het burgerlijk recht waar ook de eerste twee preadviezen aan gewijd waren. Hij stelde zich ook vragen waar wij tegenwoordig minder aandacht aan besteden dan zij wellicht verdienen. Zo wilde De Vries op zoek gaan naar een methode voor de uitleg van bestuursrechtelijke regels.

Het algemeen deel van het bestuursrecht zou de rechten en plichten van 'de overheidsorganen (bestuursorganen) bij de uitoefening van hun publieke functie' moeten gaan regelen. Nu, vijfenzeventig jaren later, zijn wij daar een heel eind mee gekomen. Dat is in de eerste plaats te danken aan de Algemene wet bestuursrecht (Awb), die in 1994 in werking trad en sindsdien de gemoederen in het brede vakgebied van het bestuursrecht bij elkaar houdt. De Awb is uiteraard niet uit de lucht komen vallen, maar een resultaat van daaraan voorafgegaan denkwerk van velen. Schrijvend over de geschiedenis van het bestuursrecht constateerde Van der Hoeven in zijn beroemde boek *De drie dimensies van het bestuursrecht* (VAR-reeks nr. 100, uitgegeven ter gelegenheid van het vijftigjarig bestaan van de VAR in 1989): 'Er zijn geen denkbeelden die niet samenhangen met vroegere denkbeelden'(p. 247). Zo is ook de Awb een product van het verleden dat in het heden zijn goede bruikbaarheid bewijst.

Aan het bouwwerk van een algemeen bestuursrecht heeft de VAR in de achter ons liggende driekwart eeuw een belangrijke bijdrage geleverd. Uiteraard zijn van groot belang geweest de preadviezen, die jaarlijks verschenen en besproken werden (met uitzondering van de jaren 1944 en 1945). Daarin zijn fundamentele leerstukken ontwikkeld. Grote invloed hebben ook gehad de verschillende edities van de VAR-uitgave *Algemene bepalingen van administratief recht*, afkomstig van een speciaal daartoe ingestelde commissie.

Na de komst van de Awb in 1994 is het denkwerk binnen de VAR met versterkte inspiratie voortgezet. Ook in deze periode is naast de jaarlijkse preadviezen een

commissie aan het werk geweest, de Commissie-Polak, die in 2004 het rapport *De toekomst van de rechtsbescherming tegen de overheid* het licht deed zien. Het bestaan van de Awb maakte het mogelijk om nieuwe bestuursrechtelijke deelterreinen, zoals die welke ontstonden onder de ogen van nieuwe toezichthouders, relatief gemakkelijk vorm te geven en in te passen in de lopende rechtsontwikkeling. In de bijeenkomsten van de VAR werd in deze periode bovendien steeds vaker het belastingrecht betrokken, dat, thans meer dan vroeger, wordt gezien als een deel van het bestuursrecht. De VAR veranderde intussen van een statige dames- en herenvereniging in een brede vereniging voor de gehele beroepsgroep. Er kwamen nu ook jaarlijkse preadviezen van en voor jong bestuursrechtelijk talent, opgenomen in de serie van de Jonge VAR. En er zijn de VAR-pleitwedstrijden voor studenten bijgekomen. Het was een tijd waarin de belangstelling voor het bestuursrecht groeide, net als de groep van zijn beoefenaren.

Dit riep ook weerstand op, vooral bij diegenen die een overjuridisering van de samenleving vreesden of (wat iets anders is) een verlamming van het openbaar bestuur. Hoever wil men gaan met de bescherming van individuele burgers tegen een overheid die geacht wordt het algemeen belang te dienen? Deze spanning tussen twee functies van het bestuursrecht kwam in reactie op de bloei van het bestuursrecht in volle hevigheid aan de oppervlakte in de loop van de jaren negentig, maar zij was al veel ouder. Ook in 1939 vroeg De Vries zich in zijn toespraak al af wat de hoofdzaak van het bestuursrecht zou worden: 'bescherming tegen de willekeur der administratie' of 'bescherming tegen het risico der samenleving en het ordenen van collectieve verantwoordelijkheid'? Zie ik het goed, dan bevinden we ons nog steeds ergens tussen deze twee hoofdzaken. Het zijn twee taken waaruit het bestuursrecht niet moet kiezen, maar die het in evenwicht beide moet vervullen.

Inmiddels zijn de schaal en de context van het bestuursrecht vergroot. De opkomst van het Europese bestuursrecht en de doorwerking daarvan in het nationale recht hebben grote invloed op wetenschap en praktijk. Kunnen wij de vorming van een algemeen bestuursrecht op Europees niveau verwachten? Onlangs zijn door het Research Network on EU Administrative Law (ReNEUAL) de zogenoemde *Model Rules on EU Administrative Procedure* gepubliceerd. Deze regels beogen primair regels te geven voor het bestuurshandelen van EU-autoriteiten. Maar zij beogen ook een bron van inspiratie te zijn voor de verdere ontwikkeling van het nationale bestuursrecht in de lidstaten. Europeanisering van het bestuursrecht voltrekt zich bovendien langs andere routes. Bij de rechtsvorming kijken rechters en wetgevers over de grenzen naar het bestuursrecht in andere lidstaten. In de wetenschap zien wij dat ook gebeuren. Wat betekent dit voor de toekomst van het bestuursrecht? Misschien wordt de ontwikkeling die zich in de afgelopen vijfenzeventig jaren in het bestuursrecht heeft voorgedaan – van verdeelde rechtsgebieden via gemeenschappelijke beginselen en concepten naar algemene leerstukken – in de toekomst van het Europese bestuursrecht weerspiegeld. De tijd zal het leren, maar de VAR loopt er alvast op vooruit. Zij heeft achttien auteurs bereid gevonden om ter gelegenheid van haar vijfenzeventigjarig bestaan deze bundel te schrijven. Vanuit allerlei invalshoeken wordt hierin de wisselwerking tussen Europees recht en bestuursrecht beschreven. Ik wens de leden van de VAR veel leesplezier.

Ben Schueler,
Voorzitter van de VAR

Inhoud

Europeanisering van het algemeen bestuursrecht: stand van zaken en toekomstperspectief 9
Rob Widdershoven

De invloed van de Europese fundamentele rechten op het bestuursrecht 33
Janneke Gerards, Tom Barkhuysen en Michiel van Emmerik

Algemene beginselen van goed bestuur in de Nederlandse en Europese rechtspraak 57
Henk Addink

Europeanisering door rechtsbeginselen 75
Op weg naar rechtseenheid en duidelijkheid of de bescherming van de Nederlandse burger in gevaar?
Jacobine van den Brink en Willemien den Ouden

Regels over regelgeving 99
Anne Meuwese

Doen naleven 107
Bestuursrechtelijke handhaving
Bernd van der Meulen

Overheidsovereenkomsten: rechtsvergelijking en de ReNEUAL Model Rules 121
Drie modellen voor het overheidscontractenrecht
Frank van Ommeren

Toegang tot overheidsinformatie en meer transparantie vanuit Europa 137
Eric Daalder

Internationale informatie-uitwisseling in het belastingrecht 149
Peter Kavelaars

Bestuur in de tang? 169
Over de toepassing van Europese soft law door Nederlandse bestuursorganen
Arnout Klap

Tussen de Straatsburgse kat en de Brusselse hond **181**
Nadeelcompensatie onder invloed van Europees recht
Michiel Tjepkema

***Francovich* in een versnipperd rechtscultureel landschap** **199**
Harmonisatie van overheidsaansprakelijkheid aan de Europese horizon?
Raymond Schlössels

Verbazingwekkend, maar toch ook weer niet **215**
Over de invloed van het recht van de Europese Unie op het Nederlandse bestuursprocesrecht
Kars de Graaf, Jan Jans en Bert Marseille

Bestuur en ereleden **233**

Europeanisering van het algemeen bestuursrecht: stand van zaken en toekomstperspectief

Rob Widdershoven[*]

1 Inleiding

Het bestuursrecht is volop in beweging. Vijfentwintig jaar geleden, toen Van der Hoeven ter ere van het vijftigjarig bestaan van de Vereniging voor Administratief Recht de prachtige monografie 'De drie dimensies van het bestuursrecht' schreef,[1] was het algemeen deel van het bestuursrecht nog in hoge mate een uitsluitend nationale aangelegenheid. Weliswaar had het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) in 1986 in de zaak *Benthem* duidelijk gemaakt dat het EVRM ook van betekenis was voor het bestuursrecht en ingrijpende consequenties kon hebben voor de organisatie van de rechtsbescherming (exit Kroonberoep),[2] voor andere aspecten van het algemeen deel leek deze betekenis beperkt. Van enige invloed van het (toen nog) EG-recht op het algemene deel was überhaupt geen sprake. Inmiddels, vijfentwintig jaar later, is deze situatie fundamenteel veranderd. Het EVRM bleek niet alleen van belang voor de rechtsbescherming, maar ook voor andere onderdelen van het algemeen deel,[3] onder meer de rechtshandhaving. Daarnaast is vooral na het aanbreken van het nieuwe millennium duidelijk geworden dat de inhoud van het algemene deel op allerlei manieren mede wordt bepaald door het recht van de Europese Unie. Het recht van Europa, zowel de mensenrechten uit Straatsburg als het Unierecht uit Brussel en Luxemburg, is een integraal onderdeel geworden van het nationale bestuursrecht.

---

* Prof. mr. R.J.G.M. Widdershoven is als hoogleraar Europees bestuursrecht verbonden aan de Universiteit Utrecht.

1 J. van der Hoeven, *De drie dimensies van het bestuursrecht*, Alphen a/d Rijn: Samsom/HD Tjeenk Willink.

2 EHRM 23 oktober 1985, *AB* 1986/1, m.nt. Hirsch Ballin. Zie ook het commentaar van T. Barkhuysen in: T. Barkhuysen e.a. (red.), *AB Klassiek*, Deventer: Kluwer 2009, zesde druk, nr. 10, p. 139-150.

3 Vergelijk bijv. de VAR-preadviezen over *De betekenis van het EVRM voor het materiële bestuursrecht* van T. Barkhuysen, A.B. Blomberg, M.K. Bulterman en J.M. Verschuuren, VAR-reeks, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004, en die van C.L.G.F.H. Albers, M.L. van Emmerik, C.M. Saris en F.J.P.M. Haas over *Boetes en bestraffende sancties: een nieuw perspectief*. Zie voor een recent overzicht van de invloed van het EVRM, T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, 'Mensenrechten als waarborg voor toegankelijk, zorgvuldig, voortvarend en evenredig bestuursrecht', *JBplus* 2012/2, p. 180-194.

In deze inleidende beschouwing wordt de Europeaniseringstendens in kaart gebracht. Daarbij ligt de nadruk op de invloed van het Unierecht, ook al zal er via de band van de Unierechtelijke fundamentele rechten ook een enkele opmerking worden gemaakt over het EVRM. Deze beperking heeft te maken met de door redactie gewenste lengte van deze inleiding, maar is vooral ook ingegeven door mijn overtuiging dat juist het Unierecht de volgende vijfentwintig jaar het meest ingrijpende harmoniserende effect op het nationale bestuursrecht zal hebben, vooral op het 'besturen'-deel daarvan, maar ook (in minder mate) op de rechtsbescherming en het bestuursprocesrecht.[4] De opbouw van deze inleiding is als volgt. Eerst wordt in drie paragrafen het Europese *acquis* betreffende de beïnvloeding van het algemeen deel van het bestuursrecht in kaart gebracht. Daarbij gaat het om de Unierechtelijke invloed die nu al wordt uitgeoefend (stand van zaken). Achtereenvolgens komen aan de orde de inkadering van de procedurele autonomie van de lidstaten door diverse Unierechtelijke beginselen (par. 2), de beïnvloeding van het algemene deel door de algemene beginselen van Unierecht en het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (hierna: Hv, par. 3) en de invloed van de sectorale Europese secundaire wetgeving (par. 4). Daarna stap ik over naar de toekomst. Daartoe worden twee initiatieven betreffende een Europese harmonisatie van het algemeen bestuursrecht, waaronder de Model Rules van het academisch initiatief ReNEUAL die mede aanleiding zijn voor deze bundel, gepresenteerd (par. 5). Ten slotte komt de vraag aan de orde hoe deze initiatieven kunnen worden gewaardeerd en wat de opstelling van beoefenaren van het nationale algemeen bestuursrecht ten aanzien hiervan zou kunnen zijn (par. 6). De inleiding wordt afgerond met een korte samenvatting (par. 7).

2 De Europese inkadering van de nationale procedurele autonomie

2.1 *Algemeen*

Zoals al vaak opgemerkt kan de door het EU-recht gecreëerde rechtsorde worden getypeerd als een samengestelde of gedeelde rechtsorde.[5] In die rechtsorde worden de materiële normen in toenemende mate en op steeds meer terreinen bepaald door het EU-recht, maar vindt de toepassing daarvan en de rechtsbescherming in de regel plaats op het nationale niveau door nationale bestuursorganen en rechters met behulp van hun nationaal recht, waaronder het algemeen bestuurs(proces)recht van de Awb. Wat betreft die uitvoering geldt op grond van het beginsel van procedurele autonomie dat, zolang en voor zover de EU geen dwingende bepalingen daaromtrent heeft vastgesteld (zie par. 4), de lidstaten hun nationale recht (ook) kunnen

---

4 Zie voor eerdere beschouwingen over de Europeaniseringstendens van mijn hand, R.J.G.M. Widdershoven, 'Back to the future: De Europese Unie en het algemeen bestuursrecht', *JBplus* 2012/2, p. 195-213, en 'Naar een Europese harmonisatie van het nationale bestuursrecht', *NTB* 2014/33, waaraan delen van deze bijdrage zijn ontleend, vooral par. 4 en 5.

5 J.H. Jans, S. Prechal & R.J.G.M. Widdershoven, *Inleiding tot het Europees bestuursrecht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2011, p. 4-5; L.F.M. Besselink, *A Composite European Constitution*, Groningen: Europa Law Publishing 2007.

toepassen in zaken waarin Unierechtelijke rechten of verplichtingen aan de orde zijn. Deze autonomie wordt op grond van de rechtspraak van het Hof van Justitie van de EU (hierna: Hof) echter begrensd door een aantal beginselen.[6]

2.2 *Gelijkwaardigheid en doeltreffendheid*

In de eerste plaats moet het nationale uitvoeringsrecht voldoen aan de zogenoemde Rewe-beginselen van gelijkwaardigheid en doeltreffendheid. Toetsing aan het eerstgenoemde beginsel – op grond waarvan de nationale regels die gelden voor een vordering gebaseerd op het Unierecht niet ongunstiger mogen zijn dan die welke gelden voor soortgelijke nationale vorderingen – leidt in Nederland nauwelijks tot aanvaringen, omdat het uniforme algemeen bestuursrecht van de Awb geen onderscheid maakt tussen Unierechtelijke en nationale vorderingen.

Op grond van het doeltreffendheidsbeginsel mag het nationale uitvoeringsrecht de uitoefening van het Unierecht niet uiterst moeilijk of vrijwel onmogelijk maken. Dit beginsel heeft vooral invloed gehad op de toepassing van het Nederlandse vertrouwensbeginsel in staatssteun- en Europese subsidiezaken, in die zin dat het in die zaken de bescherming van dat beginsel in hoge mate heeft beperkt.[7] Daarnaast speelt het – samen met het verwante beginsel van afschrikwekkendheid – een enkele keer een rol in een handhavingszaak.[8] Op het terrein van rechtsbescherming impliceert de toepassing van het doeltreffendheidsbeginsel volgens het Hof een zogenoemde procedurele rule of reason-test. Daarbij vindt een afweging plaats tussen de doeltreffende toepassing van het Unierecht en het belang van een regel van nationaal procesrecht die de doorwerking daarvan beperkt, waarbij het de vraag is of die regel in voldoende mate wordt gerechtvaardigd door de beginselen die eraan ten grondslag liggen, zoals de bescherming van de rechten van de verdediging, de rechtszekerheid en het goed verloop van procedure (goede procesorde). De afgelopen jaren is de vraag of een onderdeel van Nederlands bestuursprocesrecht in het licht van deze toets in overeenstemming is met het beginsel van doeltreffendheid voor de nationale bestuursrechters vaak opgeworpen, maar tot fundamentele inbreuken op of bijstellingen van het bestuursprocesrecht heeft dat niet geleid.[9] Ter illustratie kan worden gewezen op de bekende zaak *Van der Weerd*,[10] waarin het Hof met

---

6 Vergelijk over deze inkadering, Jans e.a. 2011, p. 31-57 (algemeen), p. 253-336 (rechtsbescherming) en p. 337-274 (aansprakelijkheid).

7 Vergelijk J.E. van den Brink, 'Europese grenzen aan het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel', *Jonge VAR-reeks* 8 (2010), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010, p. 63-142, en R. Ortlep, *De aantasting van stabiele bestuursrechtelijke rechtsvaststellingen in het licht van het Unierecht*, Deventer: Kluwer 2011, p. 337-394.

8 Zie bijv. CBb 15 juni 2011, JB 2011/182.

9 Zie voor een nadere onderbouwing Widdershoven 2012, p. 207-210. Zo had het beroep bij de Nederlandse bestuursrechter op de in de zaak *Kühne & Heitz* door het Hof geproclameerde (beperkte) heroverwegingsplicht van met het Unierecht strijdige definitieve besluiten vrijwel nooit succes. Vgl. Jans e.a. 2014, p. 327-335, en Ortlep 2011, p. 495-502. Hetzelfde geldt voor alle beroepen tegen de toepassing van fatale beroepstermijnen in Unierechtelijke zaken. Vgl. Jans e.a. 2014, p. 295-296, en Ortlep 2011, p. 152-156.

10 Gevoegde zaken C-222/05 t/m 225/05 (*Van der Weerd*), *Jur.* 2007, p. I-4233, *AB* 2007/228 en *AB Klassiek* 2009, nr. 42, p. 611-624. beide met noot Widdershoven. Zie ook zaak C-455/06 (Heemskerk &

toepassing van de rule of reason-test de beperkte ambtshalve toetsingsplicht van de Nederlandse bestuursrechter op grond van artikel 8:69 Awb niet in strijd achtte met het beginsel van doeltreffendheid, omdat deze kon worden gerechtvaardigd door de rechten van verdediging en het beginsel van een goed verloop van procedure.

2.3 *Effectieve rechtsbescherming (art. 47 Hv)*

Een ander Unierechtelijk beginsel dat de procedurele autonomie van de lidstaten beperkt, is het beginsel van effectieve rechtsbescherming. Het beginsel is vooral van betekenis voor de rechtsbescherming en het procesrecht, ook al kunnen elementen van het beginsel – zoals de eruit afgeleide motiveringsplicht van besluiten en het vereiste van de redelijke termijn[11] – ook van belang zijn voor de bestuurlijke fase. Het beginsel is door het Hof afgeleid uit artikel 6 en 13 EVRM en uit de constitutionele tradities van de lidstaten. Sinds 1 december 2009 is het bindend gecodificeerd in artikel 47 Hv.

Artikel 47 Hv en dus het beginsel stellen dezelfde eisen aan de rechtsbescherming als artikel 6 en 13 EVRM. Op grond van artikel 52 lid 3 Hv zijn bij een dergelijke met het EVRM corresponderend Handvestrecht de inhoud en reikwijdte ervan dezelfde als die welke er door het EVRM en de rechtspraak van het EHRM aan worden toegekend, waarbij wel uitdrukkelijk is bepaald dat het recht van de Unie (en dus ook de rechtspraak van het Hof) een ruimere bescherming kan bieden. Vooralsnog is dat laatste niet gebeurd en oriënteert het Hof zich bij de uitleg van artikel 47 Hv uitdrukkelijk op rechtspraak van het EHRM, waarnaar veelvuldig wordt verwezen.[12]

Toch moet de (toekomstige) betekenis van artikel 47 Hv voor het nationale recht niet worden onderschat. In de eerste plaats is de reikwijdte ervan – anders dan artikel 6 EVRM – niet beperkt tot bestuursrechtelijke zaken waarin de vaststelling van burgerlijke rechten en verplichtingen of een *criminal charge* aan de orde is, maar geldt het voor alle zaken 'binnen het toepassingsgebied van het Unierecht'. Op grond van dit criterium – waarop in par. 3.3 nader wordt ingegaan – is het daarom bijvoorbeeld ook van toepassing op belangrijke delen van het vreemdelingenrecht en het fiscale recht. In de tweede plaats is van belang dat de (nadere) invulling van artikel 47 Hv – en uiteraard ook van andere rechten van het Handvest – nu ook plaatsvindt in het verband van de Unie en dat deze invulling weleens een veel hoger tempo zou kunnen hebben dan die in het kader van het EVRM. Dat komt vooral doordat deze invulling plaatsvindt binnen de prejudiciële procedure van artikel 267 VWEU, waardoor de nationale rechters door middel van gerichte vragen kwesties zelf op de agenda van het Hof kunnen zetten en over eventuele onduidelijkheden die een uitspraak van het Hof oproept nadere vragen kunnen stellen. Anders dan bij het EHRM is de rechtsontwikkeling aldus niet afhankelijk van het doorzettingsvermogen van een

---

Schaap), *Jur.* 2008, p. I-8763, *AB* 2009/14, waarin het Hof bepaalt dat het Nederlandse verbod van *reformatio in peius* niet in strijd is met het doeltreffendheidsbeginsel.

11 Zie voor de uit effectieve rechtsbescherming afgeleide bestuurlijke motiveringsplicht, zaak 222/86 (*Heylens*), *Jur.* 1987, p. 4097.

12 Vergelijk voor een zaak met veelvuldige verwijzingen naar rechtspraak van het EHRM, zaak C-279/09 (*DEB*), ECLI:EU:C:2010:811, *AB* 2011/22, m.nt. Widdershoven.

individuele burger. Bovendien is de doorlooptijd van de beantwoording van prejudiciële vragen door het Hof met ongeveer anderhalf jaar veel korter dan die voor de klachtenbehandeling door het EHRM. Verder is van belang dat de invulling van de rechten en beginselen van het Handvest, zoals artikel 47 Hv, binnen de Unierechtsorde ook kan plaatsvinden door de Uniewetgever. Zo heeft de Unie naar aanleiding van de EHRM-uitspraak in de zaak *Salduz*, over de aanwezigheid van een advocaat bij het politieverhoor, een richtlijn vastgesteld waarin duidelijk wordt aangegeven welke normen de lidstaten op dit punt in acht moeten nemen.[13] Daardoor wordt de periode van rechtsonzekerheid waartoe dergelijke ingrijpende uitspraken van het EHRM kunnen leiden, aanzienlijk beperkt.

2.4 *Staatsaansprakelijkheid*

Ten slotte kan in verband met de inkadering van de nationale procedurele autonomie het Unierechtelijke beginsel van staatsaansprakelijkheid worden genoemd. Zoals bekend heeft het Hof vanaf begin jaren negentig van de vorige eeuw de aansprakelijkheid van de lidstaten voor schade als gevolg van schendingen van Unierecht gedeeltelijk geëuropeaniseerd. Daarbij geldt dat de lidstaten op grond van het beginsel van staatsaansprakelijkheid voor deze schade aansprakelijk zijn als voldaan is aan drie criteria:[14] (a) de geschonden regel van EU-recht moet ertoe strekken aan particulieren rechten toe te kennen (relativiteit); (b) de schending moet voldoende gekwalificeerd (of in het geval van rechtspraak in laatste instantie: kennelijk) zijn; (c) er dient direct causaal verband te zijn tussen de schending en geleden schade. Deze voorwaarden zijn minimumvoorwaarden en sluiten niet uit dat een lidstaat naar nationaal recht onder minder beperkende voorwaarden aansprakelijk is.[15] Hanteert een lidstaat een minder beperkend aansprakelijkheidsregime in louter nationale zaken, dan moet dat regime op grond van het gelijkwaardigheidsbeginsel ook worden toegepast in Unierechtelijke zaken. De lidstaten zijn verantwoordelijk voor de procedurele inkadering van de geëuropeaniseerde aansprakelijkheid, waarbij zij wel de beginselen van gelijkwaardigheid en doeltreffendheid in acht moeten nemen.

De invloed van deze rechtspraak is in Nederland tot nu toe beperkt. Dat betekent niet dat dergelijke invloed ook in de toekomst kan worden uitgesloten. Zo staat op dit moment de vraag op de agenda van de Hoge Raad of een schadeverzoek wegens schending van het Unierecht door de *formele* wetgever moet worden beoordeeld op grond van de – hiervoor genoemde – Unierechtelijke voorwaarden, waaronder de strenge voorwaarde dat de schending voldoende gekwalificeerd moet zijn, of dat ter zake naar Nederlands recht minder beperkende voorwaarden gelden.[16] Verder vult het Hof het relativiteitsvereiste vrij ruim in, zodat de vraag kan worden opge-

---

13 Richtlijn 2013/48/EU.

14 Gevoegde zaken C-178/94, C-179/94 en C-188/94 t/m C-190/94 (*Dillenkoffer*), *Jur.* 1996, p. I-4845.

15 Gevoegde zaken C-46/93 en C-48/93 (*Brasserie du Pêcheur*), *Jur.* 1996, p. I-1029; zaak C-224/01 (*Köbler*), *Jur.* 2003, p. I-10239; zaak C-420/11 (*Leth*), ECLI:EU:C:2013:166; *AB* 2014/103, m.nt. Widdershoven.

16 Naar aanleiding van Hof Den Haag 16 december 2013, *AB* 2014/103, m.nt. Widdershoven.

worpen of de toepassing van dit vereiste door de Nederlandse rechter in sommige Unierechtelijke zaken niet te strikt is.[17] Ten slotte wijs ik op de mogelijke spanning tussen de Nederlandse leer van formele rechtskracht en de schadebeperkingsbenadering van het Hof.[18]

De Europese inkadering van aansprakelijkheid geldt alleen voor de aansprakelijkheid voor onrechtmatige daad, niet voor die voor rechtmatige daad. Dat vloeit voort uit de zaak FIAMM, waarin het Hof bepaalde dat er geen algemeen Unierechtelijk rechtsbeginsel bestaat op grond waarvan de Unie aansprakelijk is voor schade als gevolg van rechtmatige EU-regelgeving.[19] *Mutatis mutandi* geldt hetzelfde voor de lidstaten. Grenzen aan de nationale schadevergoeding bij rechtmatige daad of andere overheidscompensaties kunnen overigens wel voortvloeien uit het Europese verbod van staatssteun van artikel 107 VWEU.[20]

2.5 *Bevindingen*

Samenvattend kan worden vastgesteld dat het Unierecht met behulp van het Rewe-beginsel van doeltreffendheid, het beginsel van effectieve rechtsbescherming (art. 47 Hv) en het beginsel van staatsaansprakelijkheid het algemene deel van het bestuurs(proces)recht wel inkadert, maar dat de daadwerkelijke Europeanisering van het Nederlands bestuursrecht op basis hiervan tot nu toe beperkt is gebleven. Met uitzondering van de inperking van het vertrouwensbeginsel door middel van het beginsel van doeltreffendheid is van spectaculaire inbreuken op het algemeen deel nog geen sprake.

3 Europeanisering door algemene beginselen van Unierecht en het Handvest

3.1 *Algemeen*

Meer ingrijpende invloed op het nationale algemeen bestuursrecht oefent de Unie uit met behulp van de door het Hof ontwikkelde algemene beginselen van Unierecht. De erkenning van deze beginselen als bindende rechtsnormen voor het Europese bestuur is niet nieuw, maar dateert al uit 1957, toen het Hof in de zaak *Algera* het Europese beginsel van rechtszekerheid 'ontdekte'.[21] In de daarop volgende

---

17 Zie voor een nadere onderbouwing aantekening 3 van mijn noot onder zaak C-420/11 (Leth) in *AB* 2014/103.

18 Vergelijk mijn noot onder zaak C-445/06 (*Danske Slagterier*), *Jur.* 2009, p. I-2119 in *AB* 2009/229, alsmede Widdershoven 2012, p. 199. Volgens HR 24 januari 2003, *AB* 2003/120 (*Maple Tree*) is de leer van formele rechtskracht overigens niet in strijd met het beginsel van doeltreffendheid en kan deze dus wel worden toegepast in Unierechtelijke zaken.

19 Gevoegde zaken C-120/06P en C-121/06P (FIAMM), *Jur.* 2008, p. I-6513, *AB* 2008/311, m.nt. Tjepkema. Vergelijk M.K.G. Tjepkema, *Nadeelcompensatie op basis van het égalitébeginsel. Een onderzoek naar nationaal, Frans en Europees recht*, Kluwer: Deventer 2010, p.765-866.

20 Vgl. Tjepkema 2010, p. 709-764.

21 Gevoegde zaken 7/56 en 3 t/m 7/57 (*Algera*), *Jur.* 1957, p. 120.

jaren volgden diverse andere rechtsbeginselen. De belangrijkste hiervan, die in de rechtspraak van het Hof vaak *en detail* zijn uitgewerkt, zijn het gelijkheidsbeginsel, inclusief het vereiste van non-discriminatie, het beginsel van proportionaliteit, de beginselen van rechtszekerheid en vertrouwen, het beginsel van eerbiediging van de rechten van verdediging en (meest recent) het transparantiebeginsel.[22] Verder is van belang dat het Hof vanaf eind jaren zestig ook fundamentele rechten als algemene beginselen van Unierecht heeft erkend.[23]

Zoals in par. 2.3 al gemeld, heeft de EU sinds 1 december 2009 zijn 'eigen' bindende codificatie van de fundamentele rechten, het Handvest, dat deels ook de hiervoor genoemde algemene rechtsbeginselen codificeert. Voor de invloed van de Europese rechtsbeginselen en het Handvest op het Nederlandse algemeen bestuursrecht is van belang in hoeverre beide iets toevoegen aan of afwijken van de Nederlandse beginselen (meerwaarde), en wanneer een lidstaat als Nederland gebonden is aan de Europese beginselen en het Handvest (reikwijdte).

3.2 Meerwaarde

Het arsenaal van in Nederland toegepaste algemene beginselen en/of de invulling ervan worden al vele jaren in meer of mindere mate bepaald door de Unierechtelijke beginselen. Zo spelen de EU-beginselen al sinds eind jaren tachtig een rol bij de invulling in Nederland van het gelijkheidsbeginsel en het evenredigheidsbeginsel.[24] Verder is in par. 2.2 al melding gemaakt van de beperkende invloed van het Unierechtelijke beginsel van doeltreffendheid op de toepassing van het nationale vertrouwensbeginsel in staatssteun- en Europese subsidiezaken: de beschermende werking ervan is hierdoor min of meer gelijk aan die van het Europese vertrouwensbeginsel. Van belang is zeker ook dat onder invloed van het Unierecht het transparantiebeginsel in Nederland (materieel) zijn intrede heeft gedaan, vooral bij de verdeling van schaarse publieke rechten.[25] Daarbij is het interessant dat elementen van het beginsel door de rechtspraak soms ook 'vrijwillig' worden toegepast in louter nationale zaken.[26]

Europese invloed ziet men verder bij het beginsel van eerbiediging van de rechten van de verdediging. Dit beginsel is in artikel 41 lid 2 Hv ('recht op behoorlijk bestuur')

---

22 Vergelijk Jans e.a. 2011, p. 128-200.

23 Zie onder meer zaak 29/69 (*Stauder*), *Jur.* 1969, p. 419, en zaak 4/73 (*Nold II*), *Jur.* 1974, p. 491.

24 Zie voor voorbeelden van deze invloed, Jans e.a. 2011, p. 128-142 (gelijkheid) en p. 142-155 (evenredigheid).

25 Zie onder meer A. Drahman, 'Tijd voor een Nederlands transparantiebeginsel', in: *Jonge VAR-reeks 8*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010, p. 143-197; A.W.G.J. Buijze & R.J.G.M. Widdershoven, 'De Awb en EU-recht: het transparantiebeginsel', in: T. Barkhuysen e.a. (red.), *15 jaar Awb*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010, p. 589-607; A. Buyze, *The Principle of Transparency in EU Law*, diss. Utrecht 2013.

26 Bijvoorbeeld door het CBb in kansspelzaken. Zie onder meer CBb 19 december 2007, *JB* 2008/67 (*Amutron*); CBb 3 juni 2009, *AB* 2009/373 (*Swiss Leisure Group*); CBb 3 juli 2009, *JB* 2009/227 (*Heerlen*); CBb 28 april 2010, *AB* 2010/186 (*Flash*). Zie voor andere voorbeelden (en mogelijkheden) van vrijwillige toepassing, A. Drahmann, 'Is de transparantie bij de verdeling van schaarse vergunningen voldoende gewaarborgd?', *JBplus* 2013/3, p. 141-170, alsmede haar begin 2015 te verschijnen dissertatie *Transparante en eerlijke verdeling van schaarse besluiten*.

uitsluitend voor de Europese instellingen gecodificeerd, maar deze codificatie geldt indirect ook voor de lidstaten (wanneer zij handelen binnen het toepassingsgebied van het Unierecht, zie hierna), omdat zij door het Hof wordt beschouwd als 'een afspiegeling van een algemeen beginsel van Unierecht'.[27] De kern van het beginsel is dat een ieder het recht heeft om te worden gehoord, voordat een bestuursorgaan een voor hem nadelige individuele maatregel (in primo) kan nemen. Dit hoorrecht gaat verder dan het hoorrecht in primo van de Awb, onder meer omdat artikel 4:12 Awb bij financiële beschikkingen een generieke uitzondering op dit recht bevat, en is bovendien met meer waarborgen omkleed.[28] In de recente Nederlandse zaak *Kamino* heeft het Hof bepaald dat het generiek niet-horen op grond van artikel 4:12 Awb bij het opleggen van een 'uitnodiging tot betaling' (utb) van niet ingevorderde invoerrechten door de douaneautoriteiten in beginsel strijdig is met het Unierechtelijke verdedigingsbeginsel, zij het dat deze strijdigheid kan worden 'opgeheven' als het maken van bezwaar (waarin betrokkene wel wordt gehoord) een effectief recht op opschorting van de uitvoering van de utb impliceert.[29] Daarbij mag die opschorting 'in ieder geval' niet worden beperkt indien er redenen zijn om aan de overeenstemming van de aangevochten utb met de douanewetgeving te twijfelen.[30] Deze uitspraak betekent ook buiten het douanerecht een beperking van artikel 4:12 Awb, omdat – anders dan deze bepaling toestaat – het feit dat de nadelige gevolgen van het niet-horen in bezwaar volledig ongedaan kunnen worden gemaakt, voor het Hof op zich onvoldoende is om van het horen in primo te mogen afzien. Daarnaast zal ook moeten vaststaan dat het maken van bezwaar de uitvoering van de utb *in ieder geval* opschort bij twijfel aan de EU-conformiteit van de utb, maar wellicht dus ook in andere situaties. De zaak heeft natuurlijk ook consequenties voor het niet-horen in primo op basis van artikel 4:7 en 4:8 Awb.

Het 'recht op behoorlijk bestuur' van artikel 41 Hv is overigens niet beperkt tot de rechten van verdediging maar impliceert onder meer ook dat eenieder er recht op heeft dat zijn zaken 'onpartijdig, billijk en binnen een redelijke termijn' door de EU-instellingen worden behandeld. Omdat ook dit onderdeel van artikel 41 Hv een afspiegeling vormt van een algemeen beginsel, geldt het ook voor de lidstaten en moeten – aldus het Hof – de nationale rechters de naleving ervan controleren.[31] Dat geldt ook voor de Nederlandse bestuursrechter die daarom moet beoordelen of het bestuur beginselen als billijkheid en redelijke termijn, die als *beginselen* van behoorlijk bestuur in Nederland niet of nogal beperkt zijn uitgewerkt, in acht heeft genomen. Bovendien staat de rechter bij de invulling van deze beginselen en ook van

---

27 Zaak C-604/12 (H.N.), ECLI:EU:C:2014:302, JB 2014/147, m.nt. Timmermans.

28 Zie Jans e.a. 2011, p. 189-192, onder meer het recht op toegang tot het dossier en het recht op een toereikende termijn om de verdediging voor te bereiden.

29 Gevoegde zaken C-129/13 en C-130/13 (*Kamino*), ECLI:EU:C:2014:2041. Uit de zaak, alsmede uit zaak C-383/13 PPU (MG & MR), ECLI:EU:C:2013:533, AB 2013/404, m.nt. Reneman, blijkt bovendien dat de vraag welke consequenties moeten worden verbonden aan de schending van de rechten van verdediging thans mede door het EU-recht wordt bepaald.

30 Bovendien mag de opschorting niet worden beperkt als de betrokkene door de uitvoering van de utb onherstelbare schade dreigt te leiden. Deze eis laat ik hier buiten beschouwing, omdat in dat geval niet-horen in primo op grond van art. 4:12 lid 1, onder b, Awb niet is toegestaan.

31 Zaak C-604/12 (H.N.), ECLI:EU:C:2014:302, JB 2014/147.

het beginsel van onpartijdigheid onder de 'controle' van het Hof.[32] Ten slotte merk ik op dat het Hof – op basis van artikel 41 Hv of los daarvan – in de toekomst natuurlijk nog andere beginselen van Unierecht kan ontdekken. Daarbij hebben vooral de beginselen van goed bestuur volgens mij goede papieren.[33]

3.3 Reikwijdte

Voor de mate van Europeanisering van de nationale rechtsbeginselen is van belang wanneer de lidstaten verplicht zijn om de, al dan niet in het Handvest gecodificeerde, algemene EU-beginselen toe te passen. De EU-beginselen en ook het Handvest zijn immers eerst en vooral bindend voor de instellingen van de Unie. Volgens vaste rechtspraak van het Hof – die is ontwikkeld met betrekking tot de EU-beginselen, maar ook van toepassing is op het Handvest – zijn de lidstaten echter ook gebonden aan de EU-rechtsbeginselen en bepalingen van het Handvest als zij handelen 'binnen het toepassingsgebied van het Unierecht'.[34] Daarbuiten kunnen zij hun nationale beginselen of fundamentele rechten toepassen. Deze beperkte toepasselijkheid heeft tot gevolg dat de Unierechtelijke beginselen en het Handvest, anders dan bijvoorbeeld het EVRM, niet voor het gehele handelen van de lidstaten gelden, maar 'slechts' voor een – overigens behoorlijk omvangrijk en nog steeds uitdijend – deel ervan. Deze (beperkte) reikwijdte is door de lidstaten bij de vaststelling van het Handvest uitdrukkelijk gewenst. Dat blijkt uit artikel 51 Hv, de reikwijdtebepaling van het Handvest, waarin in het eerste lid wordt bepaald dat het Handvest 'uitsluitend' tot de lidstaten is gericht 'wanneer zij het recht van de Unie ten uitvoer brengen', en waarin het tweede lid stelt dat het Handvest het toepassingsgebied van het Unierecht 'niet verder uitbreidt dan de bevoegdheden van de Unie reiken' en evenmin 'nieuwe bevoegdheden of taken van de Unie' schept.[35] Met beide beperkingen hebben de lidstaten willen voorkomen dat het Handvest ertoe zou leiden dat de Unie (en het Hof) een integrale controleur van de naleving van fundamentele rechten en rechtsbeginselen in de lidstaten zou worden.

Over de vraag wanneer een lidstaat precies 'handelt binnen het toepassingsgebied van het Unierecht' is inmiddels veel rechtspraak van het Hof verschenen, aanvankelijk in het kader van de EU-rechtsbeginselen, maar sinds het bindend worden van het Handvest, vooral in verband met de uitlegging van artikel 51 lid 1 Hv. De rechtspraak

---

32 Zie zaak C-604/12 (H.N.), ECLI:EU:C:2014:302, JB 2014/147, waarin het Hof invulling geeft aan het beginsel van onpartijdigheid.

33 Vergelijk de bijdrage van G.H. Addink in deze bundel, alsmede diens 'Het concept van "goed bestuur" in het bestuursrecht en de praktische consequenties', *AAe* 2012, p. 266-275, en 'Europees bestuursrecht in ontwikkeling: op weg naar een Europese Awb', NTB 2014/24. Daarbij is niet zonder belang dat ook het EHRM de beginselen van goed bestuur heeft ontdekt. Zie bijvoorbeeld EHRM 16 mei, nr. 49317/07 (*Maksymenko & Gerasymenko*), *ECHR* 2013/153, m.nt. Addink.

34 Zie voor de ongeschreven EU-beginselen, inclusief fundamentele rechten, al zaak 5/88 (*Wachauf*), *Jur.* 1989, p. 2609. In zaak C-617/10 (*Akerberg Fransson*), ECLI:EU:C:2013:105, *AB* 2013/131, m.nt. Widdershoven, heeft het Hof bepaald dat voor de binding van de lidstaten aan het Handvest hetzelfde criterium 'handelen binnen het toepassingsgebied van het Unierecht' geldt.

35 Zie over de problematiek uitvoerig M. de Mol, 'De toepassing van Uniegrondrechten op nationaal recht en het allocatiebeginsel', NTM/NJCM-Bull. 2013/61, p. 731-753, alsmede M. de Mol, *De directe werking van de grondrechten van de Europese Unie*, Oisterwijk: Wolf Legal Publishers 2014.

is genuanceerd en voor niet-ingewijden in het Unierecht soms moeilijk te volgen.[36] Zij kan in deze inleiding slechts op hoofdlijnen worden geschetst.[37] Startpunt van de rechtspraak is dat de bepalingen van het Handvest (en dus ook de al dan niet daarin gecodificeerde EU-rechtsbeginselen) toepassing vinden in alle situaties die door het Unierecht worden beheerst, maar niet daarbuiten.[38] Daarbij is van belang dat de grondrechtenbescherming in het Unierecht – aldus het Hof – mede is ingegeven door de noodzaak te vermijden dat de 'bescherming van de grondrechten die zou kunnen variëren naar gelang het betrokken nationale recht, afbreuk zou kunnen doen aan de eenheid, de voorrang en de werking van het Unierecht'.[39] Als de situatie niet door het Unierecht wordt beheerst, is dit afbreukrisico niet aanwezig en is er voor het Hof geen reden om zich met die bescherming te bemoeien. Van 'beheersing' door het Unierecht is sprake als de nationale regeling de uitvoering van een Unierechtelijke bepaling beoogt en er een verband met die bepaling bestaat die verdergaat dan 'het dicht bij elkaar liggen van de betrokken materies of de indirecte invloed van de ene materie op de andere'.[40] Daarbij geldt bovendien dat het onvoldoende is dat de EU op grond van het VWEU in beginsel bevoegd is om regelgevend op te treden op het terrein waarop de nationale regeling betrekking heeft.[41] Pas als van die bevoegdheid gebruik is gemaakt en daarbij aan de lidstaten verplichtingen zijn opgelegd die van toepassing zijn op de nationale situatie, is er sprake van handelen binnen het toepassingsgebied van het Unierecht.[42] In de rechtspraak van het Hof kunnen in elk geval drie belangrijke categorieën gevallen worden onderscheiden waarin sprake is van nationaal handelen 'binnen het toepassingsgebied van het Unierecht':

a. *Beperking van het vrij verkeer en Unieburgerschap*: wanneer een lidstaat een fundamentele verkeersvrijheid of het Unieburgerschap (art. 20 VWEU) beperkt, handelt deze binnen het toepassingsgebied van het Unierecht en is hij gebonden aan de EU-rechtsbeginselen en het Handvest. Deze categorie lijkt niet heel problematisch, maar kan dat wel zijn, vooral omdat niet altijd duidelijk is of de verkeersvrijheden of het Unieburgerschap van toepassing zijn, dan wel dat er sprake is van een zogenoemde 'interne situatie'.[43] Zo lijkt er in het geval dat

---

36 Dit blijkt ook uit het feit dat het Hof zich bij prejudiciële vragen betreffende het Handvest vaak onbevoegd verklaart (of deze vragen anderszins niet beantwoordt), omdat het – anders dan de nationale rechter – van oordeel is dat de lidstaat niet handelde binnen het toepassingsgebied van het Unierecht.

37 Zie voor meer uitvoerige beschouwingen, behalve De Mol 2013 en De Mol 2014, p. 87-190, bijvoorbeeld ook T. Barkhuysen & A.W. Bos, 'De betekenis van het handvest van de Grondrechten van de Europese Unie voor het bestuursrecht: een actualisatie anno 2014', *JBplus* 2014/2, p. 90-116.

38 Zie behalve de al genoemde zaak Akerberg Fransson, bijvoorbeeld ook zaak C-483/12 (*Pelckmans*), ECLI:EU:C:2014:304.

39 Zaak C-399/11 (Melloni), ECLI:EU:C:2013:107, *AB* 2013/132, m.nt. Widdershoven; zaak C-206/13 (*Siragusa*), ECLI:EU:C:2014:126, *JB* 2014/77; zaak C-198/13 (*Hernandez*), ECLI:EU:C:2014:2055.

40 Zie zaak C-206/13 (*Siragusa*), ECLI:EU:C:2014:126, met verwijzing naar andere rechtspraak.

41 Zie uitdrukkelijk zaak C-198/13 (*Hernandez*), ECLI:EU:C:2014:2055.

42 Zie zaak C-144/95 (*Maurin*), *Jur.* 1996, p. I-2909, alsmede zaak C-206/13 (*Siragusa*), ECLI:EU:C:2014:126.

43 Zie over beide hierna genoemde grensgevallen en de niet altijd coherente rechtspraak van het Hof, K. Sevinga, 'Bevoegdheid van het Hof van Justitie: de ene interne situatie is de andere niet', *NtER* 2014/6, p. 196-202.

alle elementen van een casus zich afspelen binnen één lidstaat sprake van een interne situatie waarvoor de verkeersvrijheden niet gelden en is dat vaak ook het geval, maar kan dit in twee situaties toch anders liggen. In de eerste plaats als het nationale recht vrijwillig een Unierechtelijke regeling 'rechtstreeks en onvoorwaardelijk toepasselijk heeft gemaakt' op een zuiver interne situatie.[44] In de tweede plaats als – naar het oordeel van het Hof – niet is uitgesloten dat de nationale regeling in kwestie grensoverschrijdende gevolgen kan hebben.[45] De rechtspraak van het Hof betreffende beide situaties is complex en niet altijd even coherent. Voor de toepassing van de rechtsbeginselen en (andere) fundamentele rechten door de lidstaten is dat problematisch omdat soms moeizaam kan worden vastgesteld of er sprake is van een gewone interne situatie (waarop de nationale beginselen van toepassing zijn) of van een interne situatie die om de hiervoor genoemde redenen toch binnen de reikwijdte van het Unierecht valt (en waarvoor de EU-rechtsbeginselen en het Handvest gelden). Voor het Unieburgerschap geldt min of meer hetzelfde probleem, omdat de rechtspraak van het Hof betreffende dit concept evenmin in alle opzichten coherent is en de niet-grensoverschrijdende burger soms wel als Unieburger wordt opgevat, maar in andere op het eerste gezicht heel vergelijkbare zaken niet.[46] In het eerste geval gelden de EU-rechtsbeginselen en het Handvest, in het tweede de nationale beginselen en grondrechten.

b. *Implementatie van Unierecht*: de lidstaten handelen binnen het toepassingsgebied van het Unierecht en zijn dus gebonden aan de EU-rechtsbeginselen en het Handvest als zij het Unierecht implementeren. Onder 'implementatie' vallen in elk geval de toepassing van de VWEU-regels betreffende mededinging (art. 101/102 VWEU) en staatssteun (art. 107/108 VWEU), de operationalisering en toepassing van verordeningen en EU-besluiten, en de omzetting van richtlijnen en de toepassing van de nationale omzettingswetgeving. De betekenis van deze categorie moet niet worden onderschat omdat op veel functionele rechtsgebieden sprake is van de operationalisering van EU-verordeningen (douane, landbouw, Europese subsidies, voedselveiligheid, enzovoort) en de nationale wetgeving op veel andere rechtsgebieden geheel of deels een omzetting vormt van een richtlijn. Dat laatste geldt bijvoorbeeld voor grote delen van het omgevingsrecht en vreemdelingenrecht, voor onderdelen van het fiscale recht, voor vrijwel al het economische recht (zoals telecommunicatie en geneesmiddelen) en voor het financieel toezicht. Op al deze terreinen gelden daarom vaak of altijd de EU-rechtsbeginselen en niet daarvan afwijkende nationale beginselen. Voor de beginselentoepassing is verder van belang dat het Hof heeft bepaald dat

---

44 Vergelijk zaak C-313/12 (*Romeo*), ECLI:EU:C:2013:718, waaruit blijk dat in dat geval de situatie binnen het toepassingsgebied van het Unierecht valt. Dat het niet altijd gemakkelijk is om te bepalen of het Unierecht 'rechtstreeks en onvoorwaardelijk' van toepassing is gemaakt, blijkt bijv. uit zaak C-482/10 (*Cicala*), ECLI:EU:C:2011:868, *AB* 2012/254, m.nt. Widdershoven.

45 Zie reeds zaak 286/81 (*Oosthoek*), *Jur.* 1982, p. I-4575. Zie voor andere voorbeelden van deze lijn, Sevinga 2014.

46 Vergelijk bijv. zaak C-34/09 (*Zambrano*), *Jur.* 2011, p. I-1177, met zaak C-256/11 (*Derici*), *Jur.* 2011, p. 11315, en zaak C-40/11 (*Iida*), ECLI:EU:C:2012:691. Zie hierover H. van Eijken, *European Citizenship*, Groningen: Europa Law Publishing 2014, p. 69-74.

de EU-beginselen en het Handvest niet gelden, indien en voor zover een lidstaat in geval van minimumharmonisatie door een richtlijn (vrijwillig) verdergaande nationale maatregelen heeft getroffen.[47] Dit oordeel is logisch omdat het nationale 'extra' niet binnen het toepassingsgebied van het Unierecht valt, maar kan voor de uitvoering van een omzettingswet door de lidstaat wel problematisch zijn, omdat hierop deels de EU-rechtsbeginselen van toepassing zijn en deels (voor het nationale 'extra') de nationale.

c. *Remedial context van (a) en (b)*:[48] de EU-rechtsbeginselen en het Handvest gelden niet alleen voor de nationale toepassing van de onder (a) en (b) genoemde bepalingen van primair of secundair Unierecht, maar ook voor de 'remedial context' ervan. Daarmee worden bedoeld alle bepalingen van nationaal recht die noodzakelijk zijn om de betreffende EU-bepalingen te kunnen effectueren en handhaven en om rechtsbescherming/aansprakelijkheid te kunnen bieden bij de toepassing ervan, maar waarover het primaire of secundaire Unierecht geen specifieke dwingende voorschriften bevat. Voor de rechtsbescherming is deze categorie al besproken in par. 2.3: binnen het toepassingsgebied van het Unierecht, zoals dat onder (a) en (b) is omschreven, geldt het – in artikel 47 Hv gecodificeerde – beginsel van effectieve rechtsbescherming. Ook de toepassing door de lidstaten van het in par. 2.4 besproken beginsel van aansprakelijkheid voor schendingen van Unierecht moet voldoen aan EU-rechtsbeginselen en het Handvest. Beide gelden echter niet voor de nationale aansprakelijkheid bij rechtmatige daad ook al speelt deze in het kader van de uitvoering van een EU-regeling, omdat – zoals ook in par. 2.4 is aangegeven – het Unierecht geen algemeen beginsel kent dat de lidstaten tot deze schadevergoeding verplicht. Daarom kon het Hof in een Hongaarse zaak een nationale schadevergoedingsregeling voor rechtmatige daad niet beoordelen in het licht van het recht op effectieve rechtsbescherming (art. 47 Hv), het recht op eigendom (art. 17 Hv) en de vrijheid van ondernemerschap (art. 16 Hv).[49] Voor de handhaving is de zaak *Akerberg Fransson* van belang.[50] In die zaak bepaalde het Hof dat de nationale sanctionering van btw-fraude binnen het toepassingsgebied van het Unierecht valt, ook al schreven de relevante EU-regels geen concrete nationale sancties voor, omdat deze sanctionering op grond van artikel 325 VWEU moet voldoen aan de Unierechtelijke eisen van gelijkwaardigheid, doeltreffendheid en afschrikwekkendheid. Daarom gold voor de sanctionering in kwestie het beginsel van *ne bis in idem* van artikel 50 Hv. Omdat de beginselen van gelijkwaardigheid, doeltreffendheid en afschrikwekkendheid (samen met evenredigheid) in veel secundaire Unieregelgeving worden voorgeschreven aan de nationale sanctionering van overtredingen ervan, en deze beginselen ook los daarvan op grond van de rechtspraak van het Hof gelden voor de handhaving door de lidstaten van al het Unierecht,[51]

---

47 Zie bijv. zaak C-198/13 (*Hernandez*), ECLI:EU:C:2014:2055. Vergelijk De Mol 2014, p. 164.
48 Vergelijk De Mol 2013, p. 745-746; De Mol 2014, p. 116-132.
49 Zaak C-56/13 (*Érsekcsanádi Mezögazdasagi Zrt*), ECLI:EU:C:2014:352.
50 Zaak C-617/10 (*Akerberg Fransson*), ECLI:EU:C:2013:105, *AB* 2013/131.
51 Zie reeds zaak 68/88 (*Griekse maïs*), *Jur.* 1989, p. 2965. Vergelijk voor deze eisen, Jans e.a. 2011, p. 212-221.

neem ik aan dat deze handhaving altijd valt binnen het toepassingsgebied van het Unierecht. Zij zal daarom moeten voldoen aan de EU-rechtsbeginselen en het Handvest.

3.4 Bevindingen

De Europeanisering van de in Nederland geldende rechtsbeginselen (inclusief fundamentele rechten) is niet nieuw, maar heeft sinds het bindend worden van het Handvest een nieuwe impuls gekregen. Zij heeft ertoe geleid dat de invulling van rechtsbeginselen als gelijkheid en evenredigheid mede door het EU-recht wordt bepaald, dat de beschermende werking van het vertrouwensbeginsel is beperkt en dat deels 'nieuwe' beginselen als de rechten van verdediging en transparantie hun intrede in het Nederlandse recht hebben gedaan. Daarbij ziet men vooral bij de rechten van verdediging een spanning tussen het Unie- en Nederlandse recht. Een verdere proliferatie van Unierechtelijke beginselen – al dan niet op basis van artikel 41 Hv – kan niet worden uitgesloten.

Nederlandse bestuursorganen zijn (alleen) gebonden aan de Unierechtelijke beginselen en het Handvest als zij handelen binnen het toepassingsgebied van het Unierecht. Daarbuiten kunnen zij de (eventueel afwijkende) Nederlandse beginselen toepassen. Deze tweesporigheid staat vanuit het Unierecht niet ter discussie. Wel is het de vraag of het werken met twee sets van rechtsbeginselen in een verdere toekomst verstandig is. Daarbij is van belang dat het toepassingsgebied van het Unierecht al behoorlijk ruim is, vooral omdat de regelgeving op veel functionele rechtsgebieden geheel of gedeeltelijk wordt bepaald door richtlijnen of verordeningen en ook de *remedial context* van de betreffende EU-regels eronder valt. Gelet op de ervaringen uit het verleden, verwacht ik dat de Europeanisering van functionele rechtsgebieden – en dus van de toepasselijkheid van Unierechtelijke rechtsbeginselen – in de toekomst zal voortgaan. Bovendien is gesignaleerd dat het, mede als gevolg van de niet altijd even heldere rechtspraak van het Hof, in de sfeer van het vrij verkeer en het Unieburgerschap voor de lidstaten soms onduidelijk is of deze vrijheden van toepassing zijn (en dus de EU-rechtsbeginselen) of dat er sprake is van een 'interne' situatie (waarvoor de nationale beginselen gelden). Iets vergelijkbaars doet zich voor in het geval Nederland bij de omzetting van een richtlijn verdergaande maatregelen heeft getroffen. Deze grensgevallen maken het werken met twee sets van beginselen lastig.

Het voorafgaande roept de vraag op of het op termijn niet wenselijk is om onze nationale beginselen beter af te stemmen op Unierechtelijke, ook op terreinen waarin het Unierecht nog geen enkele rol speelt. Op die vraag kom ik in par. 6 terug.

4 Europeanisering door middel van sectorale Unieregelgeving

Europeanisering van (onderdelen van) het algemeen bestuursrecht van de lidstaten geschiedt ook en in toenemende mate door middel van sectorale secundaire

Unieregelgeving.[52] Anders dan de in par. 2 en 3 besproken Europeanisering betreft deze legislatieve Europeanisering niet het toepassingsgebied van het Unierecht in algemene zin, maar alleen het functionele terrein waarop de Unieregeling van toepassing is. Op dat terrein betekent zij een (aanzienlijke) inperking van het in par. 2.1 genoemde beginsel van nationale procedurele autonomie. Zij betreft bestuurlijke besluitvormingsprocedures, de rechtshandhaving en steeds vaker ook de rechtsbescherming.[53]

Ook deze vorm van Europeanisering is niet nieuw, maar dateert op sommige terreinen al van eind jaren tachtig van de vorige eeuw. In die tijd waren er bijvoorbeeld op het terrein van de landbouwsubsidies al verordeningen, waarin dwingende regels werden gesteld aan de uitvoering en handhaving ervan door de lidstaten. Deze regels zijn in de loop der jaren verder verfijnd, waarbij onder meer ook de toepassing van het vertrouwensbeginsel in de lidstaten werd gereguleerd. Thans worden de uitvoering en handhaving op dit terrein vrijwel uitsluitend nog bepaald door het Unierecht.[54] Een vergelijkbare ontwikkeling heeft zich voorgedaan op het terrein van het douanerecht.[55]

Europeanisering van (onderdelen van) het algemeen bestuursrecht gebeurt niet alleen door verordeningen, maar ook door richtlijnen. Zo bevat de Kaderrichtlijn Telecommunicatie dwingende bepalingen over de onafhankelijkheid van de nationale toezichthouder, het recht op beroep en het recht van betrokken partijen om vooraf geconsulteerd te worden door de nationale toezichthouder bij het vaststellen van algemene regels.[56] Andere richtlijnen, waarin zowel bestuurlijke procedures als elementen van de rechtsbescherming worden geëuropeaniseerd, zijn bijvoorbeeld:

a. *Dienstenrichtlijn*: deze richtlijn bevat op het omvangrijke terrein van de toelating tot en uitoefening van diensten bindende regels over de toepassing van vergunningsstelsels, het elektronisch bestuurlijk verkeer en de een-loketgedachte, de motivering van besluiten, de verdeling van vergunningen, de tijdigheid van bestuurlijke besluitvorming en schrijft in het geval van het niet-tijdig bestuurlijk beslissen als regel de *silencio positivo* voor.[57] Zoals bekend is deze richtlijn een

---

52 Zie voor een overzicht P. Craig, 'A General Law on Administrative Procedure, Legislative Competence and Judicial Competence', *European Public Law* 19, no. 3 (2013), p. 503-524. Deze paragraaf is deels ontleend aan Widdershoven 2014.

53 Vergelijk Jans e.a. 2014, p. 231-251 (handhaving) en p. 254-255 (rechtsbescherming). Zie bijv. ook J.H. Jans & M. de Jong, 'Interne harmonisatie van rechtsbeschermingsclausules in het secundaire gemeenschapsrecht', *Regelmaat* 1999, p. 73-83.

54 Zie voor de verregaande Europeanisering van bestuurlijke procedures op het terrein van de Europese subsidies, J.E. van den Brink, *De uitvoering van Europese subsidieregelingen in Nederland*, Deventer: Kluwer 2012.

55 Vergelijk voor de Europese invloed op de uitvoering en handhaving van het douanerecht, P.C. Adriaanse e.a., *Implementatie van EU-handhavingsvoorschriften*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2008, p. 293-320.

56 Richtlijn 2002/21/EG, *Pb.* 2002, L 108/33, zoals gewijzigd door Richtlijn 2009/140/EG, *Pb.* 2009, L 337/37.

57 Vergelijk onder meer Ch.W. Backes, 'Much ado about nothing of het begin van een nieuwe bestuurscultuur? De omzetting van de Dienstenrichtlijn', *NTB* 2009/40, p. 307-317; M.R. Botman, 'De Dienstenrichtlijn in de bestuursrechtspraak: van lex silencio tot winkeltijden', *JBplus* 2013/3, p. 129-141. Zie over de praktijk van de lex silencio, B.J. Schueler e.a., *Evaluatie van een drietal versnellingsinstrumenten uit de Awb*, Oisterwijk: Wolf Legal Publishers 2014, p. 31-50.

belangrijke reden geweest om in de Awb een algemene regeling voor de positieve fictieve beschikking bij niet-tijdig beslissen op te nemen. Vergelijkbare wetgevingsinitiatieven ziet men in Frankrijk en Duitsland.[58]

b. *Aarhus-richtlijn*: deze richtlijn is van toepassing op milieubesluiten in ruime zin en bevat bindende voorschriften betreffende de inspraak en participatie bij milieubesluitvorming, de openbaarheid van milieu-informatie en de toegang tot de rechter in milieuzaken. Deze laatste regels sluiten de toepassing van een strikte relativiteiteis als middel om de toegang tot de rechter in milieuzaken te beperken, uit.[59] Bovendien stelt de richtlijn grenzen aan de kosten van rechterlijke procedures.

c. *Nieuwe Procedurerichtlijn*: deze richtlijn,[60] die medio 2015 moet zijn omgezet, bevat niet alleen bijzonder gedetailleerde regels voor de bestuurlijke procedures bij het beslissen op asielaanvragen, maar schrijft bovendien voor dat in elk geval de rechter in eerste aanleg in asielzaken een volledig en *ex nunc* onderzoek van zowel de feitelijke als juridische gronden moet verrichten. Deze toetsing is indringender dan die in huidige Nederlandse praktijk.[61]

Al deze voorbeelden – die met vele kunnen worden aangevuld – maken duidelijk dat het algemeen deel van het bestuursrecht al lang niet meer alleen wordt bepaald door de Awb, maar dat EU-regels op soms omvangrijke functionele rechtsgebieden kaders stellen voor en richting geven aan dat algemeen deel. Deze regels gelden Europabreed en leiden daarom op die gebieden tot een Europese harmonisatie van het bestuurs(proces)recht. Tegelijkertijd is deze harmonisatie wel een '*patchwork*' harmonisatie of een harmonisatie van '*bits and pieces*'.[62] Zij is niet ingegeven door een algemene, coherente visie op het algemeen deel van het bestuursrecht, maar door de specifieke – op het EU-niveau erkende – behoeften van de desbetreffende functionele rechtsgebied. Op sommige terreinen, bijvoorbeeld dat van de landbouwsubsidies, staat het belang van efficiënt bestuur en een strikte handhaving voorop en betekent de Europeanisering een beperking van de bescherming van de burger. Op andere terreinen, bijvoorbeeld de terreinen die worden geharmoniseerd door de hiervoor genoemde richtlijnen, is de Europeanisering juist goed voor de bescherming van de betrokken burgers, zij het dat de daartoe voorgeschreven middelen steeds verschillend zijn. Zo geldt de beperking die de Aarhus-richtlijn betekent voor de toepassing van het relativiteitsvereiste alleen op het terrein van het milieu en niet

---

58 Hierover: K.J.M. de Graaf & N.G. Hoogstra, 'Silence is golden? Tacit Authorizations in the Netherlands, Germany and France', *REALaw* 2013/2, p. 7-34.

59 Zaak C-115/09 (*Trianel*), ECLI:EU:C:2011:289, *AB* 2011/212, m.nt. Backes. Vergelijk ABRvS 25 maart 2014, 201307685/3/R2, waarin de Afdeling oordeelt dat de relatief soepele toepassing van het relativiteitsvereiste van art. 8:69a Awb wel door de Aarhus-beugel kan.

60 Vergelijk art. 46 lid 3 Richtlijn 2013/32/EU, betreffende gemeenschappelijke procedures voor de toekenning en intrekking van de internationale bescherming (herschikking), *Pb.* 2013, L 180/60.

61 Daarvan wordt ook uitgegaan in het conceptwetsvoorstel inzake de implementatie van de Procedurerichtlijn en Opvangrichtlijn in de Vreemdelingenwet 2000, en het advies van de Raad voor de Rechtspraak betreffende het conceptwetsvoorstel van 20 februari 2014.

62 Zo ook J.H. Jans, 'Naar een Europese Awb (?)', in: T. Barkhuysen e.a. (red.), *Bestuursrecht harmoniseren: 15 jaar Awb*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010, p. 609-626.

daarbuiten. Hetzelfde geldt *mutatis mutandis* voor de in de Dienstenrichtlijn voorgeschreven *silencio positivo*.

5 Initiatieven om te komen tot een Europese Awb[63]

Het voorgaande roept de vraag op of op Europees niveau geen behoefte bestaat aan meer algemene regels van bestuursrecht. Met behulp van dergelijke regels zou de Europese beïnvloeding van het algemeen deel op een meer coherente wijze kunnen plaatsvinden en is de bescherming van de burger minder afhankelijk van de belangen die op Unieniveau 'toevallig' *en vogue* zijn. Bovendien heeft een dergelijke Europese Awb het voordeel dat zij leemten opvult bij terreinen en onderwerpen die (nog) niet worden gereguleerd door sectorale Unieregelgeving en omdat dergelijke regels toegankelijker zijn dan de vele jurisprudentie van het Hof en nationale rechters betreffende algemene rechtsbeginselen.[64] Hierna worden twee belangrijke initiatieven betreffende zo'n toekomstige Europese Awb geschetst.

Europese verordening voor bestuurlijke procedures van de EU

Op 15 januari 2013 heeft het Europese Parlement een Resolutie aangenomen,[65] waarin de Commissie wordt verzocht om een voorstel voor een Europese verordening voor bestuurlijke procedures van de EU tot stand te brengen. In die verordening zou de Commissie negen algemene rechtsbeginselen moeten codificeren. Grotendeels gaat het daarbij om door het Hof erkende Europese rechtsbeginselen die ook in Nederland bekend zijn, zoals de beginselen van wettigheid (legaliteit), non-discriminatie en gelijke behandeling, evenredigheid, legitieme verwachting en transparantie. Daarnaast betreft het beginselen die door het Hof nog niet als Europees rechtsbeginsel zijn erkend en in Nederland ook niet als bestuurlijke rechtsnorm fungeren, zoals het beginsel van efficiency en dienstbaarheid. Behalve op deze rechtsbeginselen zou de door het EP gewenste codificatie ook betrekking moeten hebben op het nemen van besluiten, zowel op aanvraag als ambtshalve. Onderwerpen die daarbij geregeld zouden moeten worden zijn de ontvangstbevestiging, de onpartijdigheid van de besluitvorming, het recht om te worden gehoord en om toegang te hebben tot de stukken, de vorm van besluiten, de motiveringsplicht, de

---

63 Vergelijk over deze kwestie, behalve Craig 2013 en Jans 2010, onder meer ook C. Harlow, 'Codification of EC Administrative Procedures? Fitting the Foot to the Shoe of the Shoe to the Foot', *ELJ* 3 (1996); A. Meuwese, Y. Schuurmans en W. Voermans, 'Towards a European Administrative Procedure Act', *Review of European Administrative Law* 2009, p. 3-35; Addink 2014; F.J. van Ommeren & C.J. Wolswinkel, 'Naar een Algemene wet bestuursrecht voor de EU', in *NTB* 2014/23. Onderdelen van deze paragraaf zijn ontleend aan Widdershoven 2014.

64 Vergelijk Craig 2013, p. 503-504; J. Ziller, 'Is a Law of Administrative Procedure for the Union Institutions Necessary? Introductory Remarks and Prospects', *European Parliament, DG for Internal Policies* 2010.

65 Resolutie EP 15 januari 2013, met aanbevelingen aan de Commissie betreffende het bestuursprocesrecht van de Europese Unie (2012/20024 (INI)). De term 'bestuursprocesrecht' is enigszins verwarrend omdat de resolutie alleen betrekking heeft op bestuurlijke procedures en niet op de rechtsbescherming. Zie over de voorgeschiedenis van de resolutie Addink 2014.

bekendmaking en de rechtsmiddelverwijzing. Op deze punten is de voorziene codificatie dus tamelijk gedetailleerd.

De codificatie zal alleen bindend zijn voor de besluitvorming door de instellingen van de Unie. Daarbij constateert het EP dat burgers steeds vaker worden geconfronteerd met de directe uitvoering van het EU-recht door Unie-instellingen en dat zij daarbij niet altijd voldoende procedurele rechten hebben. Andere redenen voor codificatie zijn dat bestaande Unierechtelijke regels en beginselen van goed bestuur verspreid zijn geregeld in allerlei bronnen, zoals de wetgeving, de rechtspraak van het Hof en *soft law* instrumenten,[66] en dat mede daardoor de burgers hun rechten moeilijk kunnen begrijpen. De codificatie zal de transparantie van en verantwoording door de Unie bevorderen.

Hoewel de codificatie geen betrekking heeft op de lidstaten (ook niet als zij handelen binnen het toepassingsgebied van de Unie), beoogt het EP uitdrukkelijk wel dat de lidstaten haar 'spontaan' (vrijwillig) zullen toepassen. Bovendien zou de codificatie voor het Hof aanleiding kunnen zijn om een beginsel als efficiency en dienstbaarheid wel als algemeen rechtsbeginsel te erkennen. In dat geval zou het ook bindend zijn voor de lidstaten als zij handelen binnen het toepassingsgebied van het Unierecht. Ten slotte is het denkbaar dat de Unieregelgever de toepassing van onderdelen van de codificatie aan de lidstaten zal voorschrijven in sectorale Europese regelgeving.

Model Rules on EU Administrative Procedures

In de tweede plaats kan melding worden gemaakt van het initiatief van het *Research Network on EU Administrative Law* (ReNEUAL) om *Model Rules on EU Administrative Procedures* tot stand te brengen. Dit academische netwerk heeft begin september 2014 een ontwerp van dergelijke Model Rules openbaar gemaakt, dat bestaat uit zes boeken:[67] I. General Provisions, II. Administrative Rulemaking, III. Single Case Decision-Making, IV. Contracts, V. Mutual Assistance, VI. Administrative Information Management. Het ontwerp heeft derhalve geen betrekking op de rechtsbescherming. De achtergrond van het initiatief is dat het bestuursrecht van de EU nu wordt gekenmerkt door '*significant fragmentation into sector specific and issue specific rules and procedures with highly complex, overlapping rules and principles*'. Tegelijkertijd zijn er '*gaps in regulation*'. De normatieve basis voor de Model Rules zijn de constitutionele waarden en beginselen van de Unie, zoals de *rule of law* (rechtsstaat), het democratiebeginsel (dat onder meer ook transparantie en participatie impliceert) en het beginsel van goed bestuur, zoals dat deels is gecodificeerd in artikel 41 Hv.

De Model Rules gaan beduidend verder dan de codificatie van algemene beginselen die het EP met zijn resolutie beoogt, omdat zij niet zijn beperkt tot een

---

66 Zoals de diverse Codes van goed bestuur van de EU-instellingen, die zijn terug te voeren op de door het EP op 6 september 2001 aangenomen Code of Good Administrative Behaviour van de Europese ombudsman (*Pb.* 21-3-2002, C 72 E, p. 331). Zie hierover G.H. Addink, 'Goed bestuur: een norm voor het bestuur of een recht voor de recht van de burger', in: G.H. Addink e.a. (red.), *Grensverleggend bestuursrecht* (afscheidsbundel Ten Berge), Alphen a/d Rijn: Kluwer 2008, p. 3-25, i.h.b. p. 10-18.

67 ReNEUAL Model Rules on EU Administrative Procedure 2014, te vinden op www.reneual.eu.

beginselencodificatie, maar tamelijk gedetailleerde gedragsregels bevatten die het bestuur, mede ter effectuering van die beginselen, in acht moet nemen bij de onderscheiden overheidsgedragingen. Het voorstel van ReNEUAL is anders gestructureerd dan de Awb, onder meer omdat daarin is gekozen voor een aparte regeling van specifieke overheidsgedragingen en niet voor de gelaagde Awb-opbouw. De Model Rules bevatten veel onderwerpen die in de Awb weinig of geen aandacht krijgen.[68] Dat geldt sowieso voor de boeken II, IV, V en VI, maar ook boek III over Single Case Decision-Making (het nemen van beschikkingen) regelt onderwerpen die in de Awb nog ontbreken, zoals het bewijsrecht in de bestuurlijke fase, massaprocedures en de wijziging en intrekking van beschikkingen. Daarnaast regelt boek III onderwerpen die ook in de Awb staan. De regeling daarvan is over het algemeen uitvoeriger dan die in de Awb en hier en daar wijkt zij daarvan af.[69]

De kans dat het tot daadwerkelijke botsingen met een nationale codificatie als de Awb zal komen is voorlopig overigens afwezig. In de eerste plaats omdat ReNEUAL een academisch initiatief is en afgewacht moet worden of de Model Rules ooit de status van een Europese wet zullen krijgen. In de tweede plaats omdat de boeken II, III en IV uitsluitend van toepassing zullen zijn op het directe bestuur door de EU-instellingen. Dwingende toepasselijkheid in de lidstaten is – volgens de voorstellen – alleen aan de orde als de regels op hen van toepassing zouden worden verklaard in sectorspecifieke Unieregelgeving. Voor het overige zouden zij wel als richtsnoer (*guidance*) voor de nationale autoriteiten kunnen fungeren. De boeken V (Mutual Assistance) en VI (Administrative Information Management) zijn overigens wel van toepassing op de lidstaten. Dat ligt ook voor de hand aangezien deze onderwerpen de grenzen van een individuele lidstaat overschrijden.

Het voorgaande maakt duidelijk dat in de Europese politieke en academische kringen volop wordt gediscussieerd over de wenselijkheid en inhoud van een Europese Awb. De initiatieven betreffen tot nu toe vrijwel alleen het directe bestuur door de EU-instellingen. Niettemin kan zo'n Europese Awb op langere termijn ook betekenis krijgen voor het handelen van de lidstaten binnen het toepassingsgebied van het Unierecht. Dat kan gebeuren doordat de regels van toepassing worden verklaard in sectorale secundaire Unieregelgeving, maar ook doordat het Hof zich bij de nadere invulling van EU-rechtsbeginselen laat inspireren door de regeling in een Europese Awb en die invulling dwingend aan de lidstaten voorschrijft.

Los daarvan zal de vraag of een Europese Awb niet ook zou moeten gelden voor de lidstaten (handelend binnen het toepassingsgebied van het Unierecht) ongetwijfeld op de politieke en academische agenda blijven staan. In dit verband is het niet zonder belang dat ReNEUAL voor boek III (Single Case Decision-Making) aanvankelijk een dergelijke ruime reikwijdte ambieerde. Dat men daarvoor uiteindelijk niet heeft

---

68 Zie voor een vergelijking tussen de Model Rules en de Awb, Addink 2014 en Van Ommeren & Wolswinkel 2014, waaraan het navolgende deels is ontleend.

69 Zoals de redelijke beslistermijn (anders dan de Awb drie maanden), de ontvangstbevestiging (anders dan de Awb bij alle aanvragen en niet alleen bij elektronische) en de hoorplicht in primo (anders dan de Awb in beginsel bij alle 'nadelige' beschikkingen, maar alleen geldend voor de aanvrager en andere 'nadelig getroffenen' en dus niet zonder meer voor alle belanghebbenden).

gekozen, is vooral ingegeven door de angst dat het project dan zou kunnen worden 'gegijzeld' door discussies over de bevoegdheid van de EU om zover te gaan (zie par. 6) en door mogelijk verzet uit de lidstaten. De verdergaande ambities zijn daarmee niet van tafel. De vraag naar de waardering van deze initiatieven zal daarom mede in dat licht worden besproken.

6 Bevoegdheid, nut en noodzaak voor een Europese Awb

Voor de waardering van de initiatieven om te komen tot een Europese Awb is in de eerste plaats van belang of de EU überhaupt bevoegd is om dergelijke algemene regels vast te stellen. Over deze kwestie wordt verschillend gedacht.[70] Dit meningsverschil betreft niet zozeer de bevoegdheid tot vaststelling van een Europese Awb, die alleen betrekking heeft op het handelen van de EU-instellingen. Daarvoor lijkt artikel 298 lid 2 VWEU, waarin expliciet is bepaald dat het EP en de Raad door middel van een verordening volgens de gewone wetgevingsprocedure (met gekwalificeerde meerderheid) bepalingen kunnen vaststellen met het oog op een open, doeltreffende en onafhankelijk Europees ambtenarenapparaat, een voldoende grondslag te bieden.[71] Of deze bepaling een grondslag biedt voor een Europese Awb die ook betrekking heeft op het nationale bestuur als dat handelt binnen het toepassingsgebied van het Unierecht, kan echter worden betwijfeld, omdat zij uitsluitend betrekking lijkt te hebben op de 'echte' Europese administratie.[72] Een grondslag voor de toepasselijkheid van een Europese Awb op het nationale bestuur wordt mogelijk wel geboden door artikel 352 VWEU, zij het dat dan wel – ook in het licht van het subsidiariteitsbeginsel – zal moeten worden hardgemaakt dat de algemene regels nodig zijn voor de verwezenlijking van de doelstellingen van de EU op de vele beleidsterreinen waarop ze van toepassing zullen zijn. Dat lijkt mij niet zo gemakkelijk aangezien het EU-recht op al die beleidsterreinen al jarenlang effectief door de lidstaten wordt uitgevoerd zonder dat de procedurele bepalingen over de hele linie zijn geëuropeaniseerd. Bovendien schrijft artikel 352 VWEU besluitvorming met unanimiteit voor en is het zeer de vraag of alle lidstaten met een dergelijke ruime Europese Awb zullen instemmen.

Hierna laat ik deze bevoegdheidskwesties verder buiten beschouwing en is de vraag aan de orde of een Europese Awb wenselijk is. Daarbij maak ik onderscheid tussen een Europese Awb alleen voor de EU-instellingen of ook voor de lidstaten (handelend binnen het toepassingsgebied van het Unierecht) en een Europese Awb van beginselen (zoals gewenst door het EP) of gedetailleerde Europese Awb (zoals de Model Rules van ReNEUAL).

---

70 Zie voor deze discussie Craig 2013, alsmede uitvoerig de ReNEUAL Model Rules on EU Administrative Procedure, Introduction to the ReNEUAL Model Rules, par. IV. Legal bases for EU codification, p. 14-21.

71 Daarvan gaat het EP ook uit in zijn resolutie betreffende de Europese verordening voor bestuurlijke procedures van de EU.

72 Zo ook Jans 2010, p. 611.

Mijn oordeel over een Europese Awb, voor zover zij betrekking heeft op de EU-instellingen, is zonder meer positief. Dat geldt zowel voor de door het EP gewenste beginselencodificatie als voor de Model Rules van ReNEUAL, ook al kan er best discussie mogelijk zijn over de inhoud van specifieke Model Rules. Zoals in de resolutie van het EP terecht wordt gesignaleerd is er de laatste jaren duidelijk sprake van een toename van het directe bestuur door deze instellingen en heeft de procedurele bescherming van de burger daarmee geen gelijke tred gehouden. Bovendien heeft een algemene codificatie als voordeel dat de toegankelijkheid van de geldende normen wordt verbeterd, dat deze normen op een coherente wijze worden geoperationaliseerd en dat leemten in bestaande regelgeving worden gedicht. Vanwege heel vergelijkbare voordelen heeft Nederland in 1994 gekozen voor een codificatie van het algemeen bestuursrecht in de Awb en ik zie geen goede redenen waarom de EU niet dezelfde weg zou (mogen) gaan.

Over de toepasselijkheid van een Europese Awb op het nationale handelen binnen het toepassingsgebied van het Unierecht is mijn standpunt genuanceerder. De door het EP gewenste beginselencodificatie zou wat mij betreft ook betrekking mogen hebben op dat nationale handelen. Voor de meeste daarin te codificeren beginselen geldt al dat de lidstaten deze moeten toepassen binnen het toepassingsgebied van het Unierecht (zie par. 3.3). Door deze verplichting te codificeren, zullen bestuur en burger zich hiervan beter bewust worden en zal de naleving ervan – en dus de kwaliteit van het bestuur – worden bevorderd.[73] Dat daardoor ook een beginsel als efficiency en dienstbaarheid als gedragsnorm voor het nationale bestuur zal gelden, lijkt mij helemaal niet zo verkeerd.

Van de wenselijkheid om een gedetailleerde codificatie als de Model Rules bindend van toepassing te verklaren op het nationale handelen binnen het toepassingsgebied van het Unierecht, ben ik vooralsnog minder overtuigd. Daarbij speelt een rol dat, zoals hiervoor al aangegeven, de noodzaak hiervan niet is aangetoond terwijl dat mijns inziens wel ingrijpende gevolgen zal hebben voor een nationale codificatie als de Awb. In dit verband is van belang dat, zoals in par. 3 aangegeven, 'het toepassingsgebied van het Unierecht' al veel nationale functionele rechtsgebieden bestrijkt en de grenzen ervan niet altijd even helder zijn. Op dit behoorlijke omvangrijke terrein zouden dan de Europese Model Rules en aanvullend de Nederlandse Awb gelden, daarbuiten alleen die laatste. Een dergelijke tweesporigheid is bij de toepassing van rechtsbeginselen al lastig (zie par. 3), maar lijkt mij bij twee gedetailleerde regelingen voor het nationale bestuur bijna ondoenlijk. Zo zal een bestuursorgaan wanneer het een Wabo-vergunning verleent waarbij indirect Europese (milieu)normen worden toegepast primair de Model Rules en in aanvulling de Awb-bepalingen moeten toepassen, terwijl datzelfde orgaan bij de verlening van een dergelijke vergunning die niet door Europese normen wordt bepaald, alleen gebonden is aan de Awb. Dat lijkt mij vragen om problemen. Om die te voorkomen zou het

---

73 Dat codificatie van een rechtsbeginsel kan leiden tot het vaker inroepen (en naleven) ervan ziet men bijvoorbeeld bij het beginsel van de rechten van verdediging. Voor de codificatie ervan in art. 41 Hv werd het beginsel voor de Nederlandse bestuursrechter slechts sporadisch ingeroepen (en alleen op het douaneterrein); sinds het bindend worden van art. 41 Hv is het aantal beroepen op het beginsel fors toegenomen, vooral in vreemdelingenzaken.

van toepassing verklaren van de Model Rules op het nationale handelen binnen het toepassingsgebied van het Unierecht moeten leiden tot aanzienlijke aanpassingen van de Awb, die dan ook zouden gelden voor alle terreinen buiten dat toepassingsgebied. Dat lijkt mij (voorlopig) een stap te ver, waarmee uitdrukkelijk niet is gezegd dat de Awb niets kan leren van de Model Rules. Op dat punt kom ik hierna terug.

Een bijkomende reden waarom ik terughoudend ben bij het van toepassing verklaren van de Model Rules op het nationale bestuur (handelend binnen het toepassingsgebied van het Unierecht) is gelegen in de relatieve inflexibiliteit van het Unierecht. Als een codificatie als de Model Rules eenmaal in een verordening is neergelegd, kan zij alleen worden aangepast met eenzelfde meerderheid van lidstaten waarmee zij is aangenomen. De praktijk van veel secundaire Unieregelgeving laat zien dat het krijgen van een dergelijke meerderheid lastig is, omdat de noodzaak tot verandering die in sommige lidstaten wordt gevoeld, lang niet altijd op hetzelfde moment in andere lidstaten speelt. Daar komt bij dat ook de rechterlijke interpretatie van de in een Unieregeling vastgelegde algemene regels minder flexibel is dan die van een nationale codificatie als de Awb, omdat die interpretatie een EU-aangelegenheid is waarover het Hof het laatste woord heeft. Dat betekent dat de nationale rechter niet langer de mogelijkheid heeft om onverwachte problemen bij de toepassing van zo'n algemene regeling via interpretatie soepel op te lossen, maar dat daarover, soms meer, langdurige prejudiciële procedures moeten worden gevoerd.[74] Kort en goed, door bindende codificatie van algemene regels door de EU, wordt de mogelijkheid voor lidstaten om deze regels via wetswijziging of rechterlijke interpretatie aan te passen aan de behoeften van en nieuwe (ook innovatieve) inzichten in die lidstaat beperkt. Gelet hierop is terughoudendheid bij het van toepassing verklaren van een codificatie als de Model Rules op de lidstaten volgens mij vooralsnog aangewezen en vind ik de keuze die ReNEUAL heeft gemaakt om de belangrijkste boeken II t/m IV alleen dwingend te willen voorschrijven aan de EU-instellingen verstandig.

Met het voorgaande is niet gezegd dat de voorstellen om te komen tot een Europese Awb voor Nederland irrelevant zijn en dat we rustig achterover kunnen leunen. Integendeel. Voor bestuursrechtelijke academische en praktijkjuristen is werk aan de winkel in elk geval op de volgende punten.

In de eerste plaats staat de vraag naar de mate van afstemming van de Nederlandse beginselen op de Europese beginselen op de agenda. Deze vraag is ingegeven door de constatering in par. 3 dat het steeds lastiger wordt om op nationaal niveau te werken met twee sets van beginselen en sluit aan bij de wens van het EP dat de lidstaten de in par. 5 genoemde beginselencodificatie vrijwillig zullen toepassen. Volgens mij is zo'n vrijwillige afstemming (die dus ook betrekking heeft op louter nationale procedures) in elk geval aangewezen bij het transparantiebeginsel.[75] Aldus zullen de

---

74 Zo heeft de in wezen eenvoudige vraag of het generiek niet-horen in primo bij financiële besluiten (maar pas in bezwaar) in strijd is met de Europese rechten van verdediging zo'n vijf jaar boven de markt gehangen, namelijk vanaf Rb. Haarlem 3 april 2009, *AB* 2009/326, waarin dit punt voor de eerste keer aan de orde kwam, tot aan de uitspraak van het Hof in gevoegde zaken C-129/13 en C-130/13 (*Kamino*), ECLI:EU:C:2014:2041, en is de uitspraak van het Hof – zoals in par. 3.2 aangegeven – ook nog niet glashelder.

75 Zo ook Drahmann 2013 en 2014.

eisen die het Unierecht stelt aan de verdeling van schaarse besluiten ook gelden bij nationale schaarse besluiten zonder Europese achtergrond. De afstemmingskwestie staat ook op de agenda bij het beginsel van de rechten van verdediging, waarbij de vraag aan de orde is of de keuze die in de Awb is gemaakt om deze rechten bij nogal wat besluiten pas te garanderen in de fase van bezwaar (en niet in primo) overeind kan blijven. Voor het vertrouwensbeginsel ben ik voorlopig geen voorstander van afstemming op het Unierecht. In de eerste plaats omdat dat een aanzienlijke beperking van de beschermende werking van dat beginsel zou betekenen en, bovendien, omdat het Hof deze beperking tot nu toe alleen toepast op zaken betreffende staatssteun en Europese subsidies, zaken waarin het Uniebelang nogal haaks staat op het door een nationale overheid gewekte vertrouwen. Of deze strenge lijn door het Hof ook zal worden voorgeschreven op andere Unierechtelijke terreinen, moet nog worden afgewacht.[76] Sowieso zie ik geen reden om de rechtspraak van het Hof in louter nationale zaken vrijwillig toe te passen.

In de tweede plaats is er voor Nederlandse bestuursrechtjuristen alle reden om de Model Rules van ReNEUAL serieus te bestuderen en deel te nemen aan de discussies erover.[77] In de eerste plaats omdat deze regels inspiratie – of zoals de opstellers het noemen *guidance* – kunnen bieden voor een verdere uitbouw van de Awb. De voorstellen bevatten, zoals in par. 5 al aangegeven, immers diverse onderdelen die in de Awb niet of nauwelijks zijn uitgewerkt terwijl daaraan wel behoefte bestaat, zoals de regels over Administrative Rulemaking van boek II en de regelingen van bewijsrecht in de bestuurlijke fase, van massaprocedures en van de intrekking van beschikkingen in boek III.[78] Bij de vormgeving van deze (en mogelijk andere) onderwerpen in de Awb zouden de Model Rules uitdrukkelijk moeten worden betrokken. In de tweede plaats zou moeten worden bestudeerd hoe de regeling van onderwerpen die zowel in de Model Rules als in de Awb staan, zich inhoudelijk tot elkaar verhoudt. Aldus kan worden bepaald of de regeling van Model Rules geheel of gedeeltelijk zou kunnen worden overgenomen in de Awb, maar ook – omgekeerd – of de Awb geen 'mooie' regelingen bevat die een plaats zouden verdienen in de Model Rules. De discussie over de inhoud van de Model Rules is met de publicatie ervan immers niet gesloten maar geopend.

Bij deze laatste suggestie is van belang dat de Model Rules voorlopig weliswaar een academische status hebben en de toepassing ervan in de lidstaten niet aan de orde is, maar dat de situatie bij een volgend jubileum van onze vereniging in 2039 wel eens heel anders kunnen zijn. Bovendien kan de nationale doorwerking van de Model Rules op functionele rechtsgebieden ook en al sneller gebeuren door de – door ReNEUAL gewenste – van toepassing verklaring ervan in sectorspecifieke EU-regelgeving. Om redenen van coherentie zou ik dit prefereren boven de huidige – in par. 4 beschreven – *patchwork* Europeanisering van diverse functionele

---

76 In CBb 27 juni 2006 (*Groene Vlieg*), *AB* 2008/282, ziet het College nog wel enige ruimte voor toepassing van het nationale beginsel in een Unierechtelijke zaak, die geen betrekking heeft op staatssteun en Europese subsidies.

77 Dat gebeurt overigens al. Deirdre Curtin en Joana Mendes (beide UvA) zijn lid van de Drafting Teams van ReNEUAL. Aan de discussies over de voorstellen is deelgenomen door tien personen uit de Nederlandse academische wereld en/of rechtspraktijk.

78 Aldus ook Van Ommeren & Wolswinkel 2014.

rechtsgebieden. Willen we in de toekomst niet geconfronteerd worden met dwingende Europese regels die haaks staan op (onderdelen van) de Awb of anderszins daarin lastig zijn in te passen, dan moeten we nu alert zijn.

7 Slot

De Europeanisering van het algemeen deel van het nationale bestuurs(proces)recht is al langer gaande, maar heeft de laatste jaren een duidelijke impuls gekregen. In de eerste plaats wordt het algemeen deel ingekaderd door het Rewe-beginsel van doeltreffendheid en de beginselen van effectieve rechtsbescherming (art. 47 Hv) en staatsaansprakelijkheid (par. 2). Daarnaast is al jarenlang sprake van een toenemende Europeanisering van de algemene rechtsbeginselen, waardoor bestaande nationale beginselen EU-rechtelijk worden ingekleurd en deels 'nieuwe' beginselen hun intrede in Nederland hebben gedaan (par. 3). De Unierechtelijke beginselen moeten door het Nederlands bestuur dwingend worden toegepast als dat handelt binnen het toepassingsgebied van het Unierecht, een gebied dat al behoorlijk ruim is en steeds verder uitdijt. Daardoor is de vraag opportuun of de Nederlandse rechtsbeginselen niet beter zouden moeten worden afgestemd op de Unierechtelijke, een vraag die ik voor transparantie en de rechten van verdediging positief heb beantwoord (par. 6).

Europeanisering van onderdelen van het algemeen bestuurs(proces)recht vindt ook plaats door secundaire Unieregelgeving. Tot nu toe is deze regelgeving sectorspecifiek en is er sprake van *patchwork* harmonisatie van het algemeen deel. Recentelijk is echter de vraag naar wenselijkheid van een Europese Awb op de politieke en academische agenda geplaatst, door een resolutie van het EP uit 2013, waarin de Commissie wordt verzocht om een voorstel te doen voor een Europese verordening voor bestuurlijke procedures van de EU, en door het academisch netwerk ReNEUAL, dat begin september 2014 een voorstel voor *Model Rules on EU Administrative Procedures* heeft gepubliceerd. Beide voorstellen zouden (grotendeels) alleen moeten gelden voor het directe bestuur door de EU-instellingen. Wat betreft dit bestuur is de EU volgens mij ook bevoegd om dergelijke algemene regels vast te stellen en ben ik van beide voorstellen voorstander vanwege de voordelen op het punt van coherentie, het opvullen van leemten en de toegankelijkheid van de geldende bestuurlijke normen.

Wat betreft de lidstaten: voor zover zij handelen binnen het toepassingsgebied van het Unierecht, betwijfel ik of de EU bevoegd is om deze algemene regels bindend voor te schrijven. Los daarvan lijkt het mij voorlopig – vanwege de ingrijpende consequenties voor bestaande nationale codificaties als de Awb en om redenen van flexibiliteit – niet verstandig om een gedetailleerde regeling als de Model Rules ook van toepassing te verklaren op het nationale bestuur. Daarmee is niet gezegd dat de Model Rules irrelevant zijn voor het Nederlandse bestuursrecht en Nederlandse bestuursrechtbeoefenaren. Integendeel, de Model Rules verdienen serieuze bestudering, omdat zij inspiratie bieden voor vernieuwingen en uitbreidingen van de Awb en – omgekeerd – om te vast te stellen of de Model Rules inspiratie zouden kunnen ontlenen aan de Awb. Deze bundel is daarvoor een uitstekend begin.

De invloed van de Europese fundamentele rechten op het bestuursrecht

Janneke Gerards, Tom Barkhuysen en Michiel van Emmerik[*]

1 Inleiding

De invloed van de (Europese) fundamentele rechten op het bestuursrecht is van oudsher groot. Dat is niet verwonderlijk, nu het bestuursrecht de regels omvat die de relatie tussen overheid en burger bepalen, terwijl fundamentele rechten juist in die onderlinge relatie een hoofdrol spelen. Tegelijkertijd is de verhouding tussen fundamentele rechten en bestuursrecht een paradoxale. Enerzijds beschermen de grondrechten tegen onredelijke of willekeurige vormen van overheidsinmenging in de vorm van besluiten, regelgeving of feitelijk handelen. Anderzijds is het bestuursrecht het instrument bij uitstek om fundamentele rechten te reguleren en grenzen te stellen aan de uitoefening van deze rechten. Te denken is aan de Wet Openbare Manifestaties, aan wetgeving over huisbezoeken om sociale zekerheidsfraude te voorkomen (die het huisrecht en de privacy beperkt), of aan de vele regelgeving over vergunningen voor bedrijven (die de uitoefening van het eigendomsrecht begrenzen). Dit paradoxale gegeven maakt dat er met grote regelmaat voor de bestuursrechter wordt geprocedeerd over fundamentele rechten. Bij die procesvoering spelen de fundamentele rechten opnieuw een belangrijke rol. Het is welbekend dat vooral onder druk van het EVRM en de rechtspraak van het EHRM in de loop van de jaren tachtig en negentig ingrijpende wijzigingen in het bestuursprocesrecht zijn doorgevoerd, en ook nu nog worden veel discussies over rechtsbescherming in termen van de fundamentele rechten gevoerd.

Deze invloed van de fundamentele rechten kent verschillende bronnen. Uit recent onderzoek blijkt dat het sterk afhankelijk is van het rechtsterrein welke bronnen voor het bestuursrecht de hoofdrol spelen. In het openbare-orderecht en het ambtenarenrecht zijn het bijvoorbeeld vooral de grondwettelijke grondrechten geweest die een grote invloed hebben uitgeoefend, terwijl het EVRM bepalend is gebleken op terreinen als die van het gezondheidsrecht, het migratie- en asielrecht, het

* Prof. mr. J.H. Gerards is hoogleraar Europees recht aan de Radboud Universiteit Nijmegen. Prof. mr. T. Barkhuysen is advocaat-partner te Amsterdam bij Stibbe en hoogleraar staats- en bestuursrecht aan de Universiteit Leiden. Mr. dr. M.L. van Emmerik is universitair hoofddocent staats- en bestuursrecht aan de Universiteit Leiden en rechter-plaatsvervanger in de afdeling bestuursrecht van de Rechtbank Amsterdam.

omgevingsrecht en het algemeen bestuursrecht.[1] In algemene zin blijkt vooral het EVRM van betekenis te zijn geweest; het EHRM heeft met zijn rechtspraak in bijzondere mate bijgedragen aan het naar de EVRM-standaarden toegroeien van het nationale bestuursrecht. Tegelijkertijd is de laatste jaren, sinds het moment waarop het EU-Handvest voor de Grondrechten verbindend is geworden, ook dit Handvest sterk in opkomst.[2] Het Handvest bevat voor een aantal belangrijke bestuursrechtelijke terreinen meer garanties dan het EVRM en het kent voor sommige rechten een ruimer toepassingsbereik (zij het dat dit is beperkt tot gevallen waarin ook EU-recht een rol speelt). Voor het migratierecht betekent het Handvest bijvoorbeeld een uitbreiding van de mogelijkheden om procedurele grondrechten te claimen en voor het financiële bestuursrecht is het in artikel 16 EU-Grondrechtenhandvest beschermde recht om een onderneming te voeren een interessante rechtsbron.[3]

Is de invloed van fundamentele rechten op het nationale bestuursrecht altijd groot geweest, het voorgaande laat al zien dat die invloed de komende jaren zeker niet zal teruglopen. Integendeel, de invloed van vooral de Europese grondrechten, zowel die van het EVRM als die van het EU-Grondrechtenhandvest, zal vermoedelijk alleen nog maar toenemen. De vraag kan daarbij opkomen hoe en waar die invloed zich het meest zal doen gevoelen en wat daarvan de meest waarschijnlijke consequenties zijn voor het nationale bestuursrecht. Die vraag staat in deze bijdrage centraal. Uiteraard zou het het bestek van deze bijdrage te buiten gaan om voor alle terreinen van het bestuursrecht uit te pluizen welke ontwikkelingen er zijn; daarmee kan een heel boek worden gevuld. In plaats daarvan beperken wij ons tot het identificeren van drie belangrijke algemene ontwikkelingen in de grondrechtenrechtspraak van het EHRM en het Hof van Justitie (voor zover die laatste iets toevoegt aan het EHRM-kader): (a) het vereiste van een individuele redelijkheidstoets; (b) de vereisten van een procedureel zorgvuldige voorbereiding, goede informatievoorziening, het verrichten van onderzoek en overheidsaansprakelijkheid; en (c) de eisen die worden gesteld aan de intensiteit van de rechterlijke toetsing aan grondrechten van wetgeving en bestuursbesluiten. Voor deze drie onderwerpen gaan wij na wat het Europese *acquis* op het terrein van de fundamentele rechten omvat en welke ontwikkelingen daarbij zichtbaar zijn. Vervolgens beoordelen wij wat de betekenis van deze eisen voor het Nederlandse bestuursrecht in algemene zin zou kunnen zijn. Wij doen dat steeds aan de hand van een enkele, naar onze mening illustratieve zaak. Wij sluiten af met de presentatie van enkele algemene bevindingen, waarbij wij ook

---

1 Zie onder meer de verschillende bijdragen aan J.H. Gerards & C. Sieburgh (red.), *De invloed van fundamentele rechten op het materiële recht*, Deventer: Kluwer 2013 en T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, *Het EVRM en het Nederlandse bestuursrecht*, Deventer: Kluwer 2011.

2 Idem.

3 Juist op dit soort terreinen wordt het Handvest dan ook steeds vaker ingeroepen; zie voor een recente statistische analyse H. van Harten & H. Grootelaar, 'Doorwerking van het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie in de Nederlandse rechtspraak: een kwantitatieve stand van zaken', *Nederlands Tijdschrift voor Mensenrechten/NJCM-Bulletin* 2014 (39-2), p. 182-200. Zie ook T. Barkhuysen & A.W. Bos, 'De betekenis van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie voor het bestuursrecht', *JB Plus* 2011, p. 3 e.v., en voor een actualisatie anno 2014 van dezelfde auteurs: *JB Plus* 2014, p. 90 e.v.

kort ingaan op de vraag wat de ontwikkeling van de grondrechtennormen betekent voor de Europese harmonisatie van het bestuursrecht.

2 Individuele toetsing of algemene regeltoepassing?

2.1 *Introductie*

In het bestuursrecht worden uiteraard veel geïndividualiseerde besluiten genomen, maar vaak is er daarbij sprake van toepassing van algemene regels of beleidsregels waarin voor bepaalde situaties of gevalstypen is vastgelegd wat de inhoud van die besluiten moet zijn. Vooral in het fiscale recht en het socialezekerheidsrecht is er vaak nauwelijks beoordelings- of beleidsvrijheid en wordt er veel gewerkt met algemene categorieën. Dergelijke algemene regels zijn efficiënt en praktisch voor het bestuur en ze bieden duidelijkheid en rechtszekerheid voor de burger. Het EHRM blijkt echter niet altijd ruimte te laten voor dit soort algemene regels of 'blanket rules'.[4] In toenemende mate heeft het Hof duidelijk gemaakt dat het de voorkeur geeft aan zo specifiek mogelijke, op het individuele geval toegesneden besluitvorming, die bovendien toetsbaar moet zijn voor de nationale rechter.[5] Het bestuur mag dan niet zomaar een algemene regel toepassen in het individuele geval, maar moet per concreet geval alle omstandigheden op een rij zetten en een geïndividualiseerde belangenafweging maken. Heeft het bestuur dat nagelaten, dan moet de nationale rechter daarop kunnen corrigeren door zo'n afweging alsnog te maken. Het EHRM lijkt dus te vereisen dat iedere wetgeving ten minste een zekere mate van beleidsvrijheid laat of toch zeker ruimte laat voor het nemen van afwijkende besluiten. De EHRM-rechtspraak hierover is echter genuanceerd en verdient daarom verdere bespreking. Daarna wordt aan de hand van een aantal voorbeelden bezien wat deze Europese rechtspraak op nationaal niveau kan betekenen.

2.2 *Ontwikkeling van de EHRM-rechtspraak*

Hoewel individualiseerbaarheid en beleidsvrijheid uitgangspunten lijken te zijn van de rechtspraak, heeft het Hof op beleidsterreinen waar de nationale autoriteiten in het algemeen een ruime 'margin of appreciation' toekomt, een relatief grote vrijheid gelaten om te werken met algemene regels en categorieën.[6] Hier hoeft dus

---

4 Zie hierover ook reeds J.H. Gerards, 'Concrete redelijkheidstoetsing en de rechtspraak van het EHRM. Over "mandatory rules", individuele gerechtigheid en de eisen die het Hof stelt aan de nationale rechtstoepassing', in: T. Barkhuysen e.a. (red.), *Geschakeld recht. Verdere studies over Europese grondrechten ter gelegenheid van de 70ste verjaardag van Prof. mr. E.A. Alkema*, Deventer: Kluwer 2009, p. 169-188.

5 Zie nader J.H. Gerards, 'De creativiteit van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens en de rechten van het kind', in: C. Forder (red.), *Rechterlijke creativiteit en de rechten van het kind*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2013, p. 47-60.

6 J.H. Gerards, 'Artikel 14. Discriminatieverbod', in: J.H. Gerards e.a. (red.), *Sdu Commentaar EVRM. Deel I – Materiële rechten*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2013; deze alinea is gebaseerd op onderdeel C.2.3.2 van dit commentaar.

niet te worden uitgegaan van verfijnde, op het concrete geval toegesneden individuele beschikkingen waarbij altijd een belangenafweging moet worden gemaakt en waarbij rechterlijke correctie steeds mogelijk is. Dit blijkt uit de rechtspraak op het terrein van het socialezekerheidsrecht, zoals *Carson*.[7] De klager in deze zaak, die betrekking had op de export van uitkeringen naar het buitenland, had gewezen op de bijzonderheid van zijn persoonlijke situatie in vergelijking tot die van anderen. Het Hof oordeelde echter dat het op het terrein van de sociale zekerheid niet aan de rechter was om voor ieder geval de bijzondere hardheid te onderzoeken. Daarbij erkende het dat '[a]ny welfare system, to be workable, may have to use broad categorisations to distinguish between different groups in need (...)'.[8] Op dit soort terreinen kan algemene regelgeving met sterk gebonden bevoegdheden dus worden geaccepteerd, tenzij de in de regelgeving opgenomen classificaties als zodanig onredelijk zijn – in dat geval zou de rechter de problematische wettelijke bepaling eventueel buiten toepassing moeten laten.

Buiten de sfeer van het typisch sociaaleconomische beleid is het EHRM een stuk veeleisender waar het gaat om individualiseerbaarheid. Voor bepaalde onderwerpen, zoals ontzetting van het kiesrecht, leek het er aanvankelijk zelfs op dat het Hof een individuele beoordeling – eerder dan toepassing van een door de wetgever gecreëerde wettelijke categorie – steeds nodig achtte. In *Frodl* benadrukte het Hof dat 'automatic and blanket restrictions' niet aanvaardbaar waren en oordeelde het dat 'it is an essential element that the decision on disenfranchisement should be taken by a judge, taking into account the particular circumstances'.[9] Bovendien was het nodig 'that such a measure is accompanied by specific reasoning given in an individual decision explaining why in the circumstances of the specific case disenfranchisement was necessary'.[10] Het is denkbaar dat deze hoge eisen aan individualiseerbaarheid van de besluitvorming verband houden met het specifieke onderwerp van de zaak, namelijk ontzetting van het kiesrecht. Het gaat daarbij om een zwaarwegend fundamenteel recht, waarvan de uitoefening essentieel is voor het handhaven van een goede democratische ordening. Vanuit het perspectief van het EHRM, dat vooral de effectieve bescherming van grondrechten nastreeft, is het redelijk dat er meer eisen worden gesteld aan beperkingen op de uitoefening van zo'n kernrecht dan als het gaat om een ongelijke behandeling in sociaaleconomische wetgeving.

Recenter, in de zaak *Animal Defenders*, heeft het EHRM meer duidelijkheid gecreëerd over de vraag wanneer algemene regelgeving en wettelijke of beleidsmatige categorieën kunnen volstaan, en wanneer nu echt geïndividualiseerde besluitvorming en rechterlijke toetsing nodig zijn.[11] De zaak *Animal Defenders* had betrekking op de reclamewetgeving voor de Britse televisie waarin een algemeen verbod was gesteld op iedere vorm van politieke reclame. Het ging in deze zaak dus om een

---

7 EHRM (GK) 16 maart 2010, nr. 42184/05 (*Carson e.a. t. VK*), *EHRC* 2010/60 (m.nt. Bollen-Vandenboorn), *AB* 2011, 149 (m.nt. Barkhuysen en Van Emmerik).

8 *Carson*, par. 62; zie bijv. ook EHRM (GK) 7 juli 2011, nr. 37452/02 (*Stummer t. Oostenrijk*), *EHRC* 2011/136 (m.nt. Barentsen), *RSV* 2012, 15.

9 EHRM 8 april 2010, nr. 20201/04 (*Frodl t. Oostenrijk*), par. 34.

10 *Idem*, par. 35.

11 EHRM (GK) 22 april 2013, nr. 48876/08 (*Animal Defenders Ltd. t. het Verenigd Koninkrijk*), *EHRC* 2013/149 (m.nt. Gerards).

'blanket prohibition' die geen enkele beleidsvrijheid liet aan het bestuursorgaan dat moest beslissen of bepaalde reclames moesten worden toegelaten (overigens wel beoordelingsvrijheid).[12] In zijn uitspraak in deze zaak formuleerde het Hof een drietal algemene criteria om te bepalen of een dergelijke algemene regeling, die alleen beoordelingsvrijheid geeft maar geen beleidsvrijheid, verenigbaar is met het EVRM. Dat is volgens het Hof het geval als een meer op het individuele geval toegespitste benadering zou leiden tot (1) een risico van significante rechtsonzekerheid, (2) een veelheid aan juridische procedures (en daardoor tot vertragingen en hoge kosten), en/of (3) discriminatie en willekeur. Hoe overtuigender de rechtvaardiging is voor een keuze voor een algemene regeling, dus hoe groter de drie genoemde risico's zijn, hoe minder waarde het Hof zal hechten aan de individualiseerbaarheid van die maatregel. Relevante factoren voor de beoordeling van de wettelijke regeling zijn daarnaast de grondigheid en de uitvoerigheid van de voorbereiding van de regelgeving en de mate waarin bij die voorbereiding rekening is gehouden met de wenselijkheid van een algemene, categorische regeling.[13]

Deze criteria om algemene regelgeving aanvaardbaar te vinden hangen duidelijk samen met de theoretische functies van het legaliteitsbeginsel, zoals die van rechtszekerheid, het tegengaan van willekeur bij de uitvoering, en gelijke behandeling.[14] Naarmate dergelijke doelstellingen voor bepaalde situatietypen belangrijker zijn, is het volgens het Hof aanvaardbaarder dat niet wordt gekozen voor individuele gevalstoepassing en dat een bestuursorgaan nauwelijks discretionaire vrijheid toegekend krijgt. Daarnaast omhelst het Hof in zijn overwegingen een tweede functie van het legaliteitsbeginsel, namelijk de bijdrage van de democratisch gekozen organen aan algemene regelgeving.[15] Bij controversiële onderwerpen kan er goede reden zijn om het aan de wetgever over te laten om politieke keuzes te maken en waardeoordelen te vellen. Verdere individualisering, waarbij het veelal de niet-democratisch gelegitimeerde rechter is die c.q. een bestuursorgaan is dat de keuzes maakt, kan bij dergelijke onderwerpen minder wenselijk worden gevonden.

Op basis van deze EHRM-rechtspraak mag worden aangenomen dat er verschillende criteria zijn die bepalen of het stellen van duidelijke wettelijke of beleidsmatige categorieën, regels of verboden aanvaardbaar is, of dat juist de nodige beleidsvrijheid aan het bestuur moet worden gelaten om rekening te kunnen houden met individuele omstandigheden (toetsbaar door de rechter). Allereerst is het beleidsterrein van belang, in samenhang met het gewicht van het individuele recht dat op het spel staat. Gaat het om regelgeving op sociaaleconomisch terrein waarbij geen kernrechten worden aangetast, dan zijn algemene categorieën, 'cut-off points' en gebonden bevoegdheden al snel aanvaardbaar, zij het dat het Hof de mogelijkheid

---

12 Overigens leek er wel beoordelingsvrijheid te zijn; zie daarover nader de noot in *EHRC* 2013/149.

13 Recenter herhaalde het Hof deze criteria nog in EHRM 7 mei 2013, nr. 19840/09 (*Shindler t. VK*), *EHRC* 2013/151 (m.nt. De Lange).

14 Zie eerder de annotatie van Gerards bij de zaak in *EHRC* 2013/149 en vgl. F. Schauer, *Playing by the Rules. A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life*, Oxford: Clarendon Press 1991.

15 Zie eveneens de annotatie van Gerards bij *EHRC* 2013/149 en zie nader bijv. W.J.M. Voermans, 'Legaliteit als middel tot een doel', in: *Controverses rondom legaliteit en legitimatie*, Preadviezen NJV 2011, Deventer: Kluwer 2011, p. 1-101, p. 11 e.v., met nadere bronverwijzingen.

van een hardheidsclausule wel op prijs lijkt te stellen.[16] Dat is anders als het gaat om regelgeving waardoor beperkingen worden gesteld op zwaarwegende fundamentele rechten, zoals de vrijheid van meningsuiting, het kiesrecht of de privacy dan wel het familieleven. In die gevallen moet een regelgever zorgvuldig nadenken over de vraag hoeveel ruimte voor individuele afweging hij wil overlaten aan uitvoeringsorganen en de rechter. Daarbij geldt dat er meer ruimte is voor algemene, categorische regelstelling naarmate bij de uitvoering meer risico bestaat voor willekeur, rechtsonzekerheid of ongelijke behandeling, en naarmate discretionaire vrijheid zou leiden tot een grotere aanzuigende werking voor rechterlijke procedures.

2.3 Doorwerking in het Nederlandse bestuursrecht

In zijn algemeenheid zullen de zojuist genoemde Straatsburgse eisen het nationale bestuursrecht niet voor problemen stellen. Toch zijn er wel enkele kwetsbaarheden te signaleren op terreinen waar de wetgever de ruimte voor bestuur en rechter behoorlijk heeft 'dichtgetimmerd'. In de eerste plaats volgt dit bijvoorbeeld uit de Straatsburgse veroordeling van Nederland in de zaak *Romet*.[17] Het Hof tikte Nederland op de vingers, nu zowel het bestuur (de Rijksdienst voor het Wegverkeer, RDW) als de rechter (de Afdeling) vasthield aan de strikte toepassing van de geldende wetgeving op grond waarvan de ongeldigverklaring van een (vermist) rijbewijs niet met terugwerkende kracht in het betreffende register kon worden opgenomen. Daardoor werd de heer Romet geconfronteerd met een groot aantal vervelende consequenties ten gevolge van identiteitsfraude. Het Hof achtte het nalaten van de autoriteiten om zo snel mogelijk na de aangifte van de vermissing het rijbewijs ongeldig te verklaren een schending van het recht op privéleven van de heer Romet, zoals beschermd door artikel 8 EVRM. Deze lijn werd daarna door de Afdeling in vervolgzaken een-op-een overgenomen.[18]

In de tweede plaats kan worden gewezen op de zogenoemde Koppelingswetgeving, op grond waarvan – kort gezegd – hier niet-rechtmatig verblijvende vreemdelingen van bepaalde sociale voorzieningen worden uitgesloten. De vergaande consequenties hiervan, zeker ook als er minderjarige kinderen bij betrokken zijn, worden zo nu en dan door de betrokken (bestuurs)rechters (rechtbank, Afdeling, Centrale Raad) gecorrigeerd onder verwijzing naar onder meer het recht op privé- en familieleven van artikel 8 EVRM, dat in het bijzonder ook bedoeld is om kwetsbare personen, onder wie kinderen, te beschermen. Op deze wijze fungeren de mensenrechten (naast art. 8 EVRM worden vaak ook bepalingen uit het IVRK ingeroepen) als een soort van hardheidsclausule om de onevenredige gevolgen van strikte

16 Vgl. bijv. EHRM 30 april 2013 (ontv.), nr. 37265/10 (*Lohuis e.a. t. Nederland*), *EHRC* 2013/201 (m.nt. De Kam), *AB* 2014, 13 (m.nt. Barkhuysen en Van Emmerik).

17 EHRM 14 februari 2012, nr. 7094/06 (*Romet t. Nederland*), *EHRC* 2012/87 (m.nt. Groothuis), *AB* 2012, 275 (m.nt. Barkhuysen en Van Emmerik), *JB* 2012/78 (m.nt. Overkleeft-Verburg). Centraal stond daarin ABRvS 7 december 2005, *JB* 2006/50 (m.nt. Overkleeft-Verburg).

18 ABRvS 20 maart 2013 (tussenuitspraak), *AB* 2013, 359 (m.nt. Barkhuysen en Van Emmerik), *JB* 2013/92 (m.nt. Sanderink).

wetstoepassing weg te poetsen.[19] Uit het bestaan van deze rechtspraak blijkt weliswaar dat de Nederlandse rechter bereid is tegemoet te komen aan de Straatsburgse eis van individuele rechtsbescherming, maar het valt op dat de wetgeving zelf daarin niet voorziet.

In de derde plaats vormt de steeds repressiever wordende bestuurlijk handhavingswetgeving een risico in het licht van de Straatsburgse eisen. Deze wetgeving, zoals de recente Wet aanscherping handhaving en sanctiebeleid SZW-wetgeving[20] en de wetgeving inzake de oplegging van het zogenoemde Alcoholslotprogramma (ASP), kenmerkt zich door strengere sancties (zoals hoge bestuurlijke boetes) waarvan de hoogte vaak precies wordt voorgeschreven en waarbij de verplichting voor het bestuursorgaan bestaat die op te leggen (naast de verplichting om de ten onrechte genoten uitkering terug te vorderen). Weliswaar bestaan er meestal hardheidsclausules (in geval van een ASP niet) maar de indruk bestaat dat bestuursorganen, zeker in bulkzaken, hier weinig tot geen gebruik van maken. Alles komt dan aan op de rechterlijke correctie in een concreet geval om een onevenredige beboeting te corrigeren, waarover hierna meer in de paragraaf over de intensiteit van de toetsing door de bestuursrechter. De rechtspraak op dat punt leek aanvankelijk zeer terughoudend,[21] maar de laatste tijd is daarin, zij het incidenteel, enige verandering te bespeuren.[22]

Tot slot kunnen de als gevolg van bezuinigingen steeds hogere legeskosten en griffierechten in individuele gevallen onevenredig uitpakken.[23] Ook hier is vanuit Straatsburgs perspectief een kwetsbaarheid gelegen, omdat vermoedelijk ook hier

---

19 Vgl. CRvB 20 oktober 2010, JB 2011/9 (buiten toepassing laten koppelingsbeginsel o.g.v. art. 8 EVRM m.b.t. minderjarige vreemdeling zodat geïndiceerde zorg kon worden verleend); CRvB 14 maart 2011, JB 2011/110, AB 2011, 242 (m.nt. Bröring) (geen onevenredige beperking art. 8 EVRM door weigering medewerking aan uitkeringsvervangende inkomensvoorziening); ABRvS 22 december 2010, AB 2011, 169 (m.nt. Leijten en Uzman) (stopzetten huurtoeslag i.v.m. koppelingsbeginsel moet in bijzondere gevallen achterwege blijven wegens strijd met art. 14 jo. 8 EVRM maar is in casu niet onevenredig). Vgl. ook ABRvS 13 februari 2013, AB 2013/125 (m.nt. Leijten) (Koppelingswet en kindgebonden budget).

20 *Stb.* 2012, 462.

21 Zie met verwijzing naar literatuur en jurisprudentie C. Albers, 'Bestraffend bestuur 2014. Naar een volwassen bestraffend bestuurs(proces)recht?', en zeer uitvoerig M.L. van Emmerik & C.M. Saris, 'Evenredige bestuurlijke boetes', beide in: *Boetes en andere bestraffende sancties: een nieuw perspectief?*, Preadviezen VAR 2014, VAR-reeks 152, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2014, respectievelijk op p. 33 en p. 133 e.v.

22 Zie bijv. ABRvS 11 juni 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2052 (de Afdeling brengt de oplegging van het ASP terug van vijf naar twee jaar, nu betrokken vrachtwagenchauffeur onvoldoende financiële draagkracht heeft om de hoge kosten van het ASP te voldoen en anders in de schuldsanering terecht zou komen). De strafrechter (Gerechtshof Den Haag 22 september 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:3017) lijkt daarin nog verder te gaan door de oplegging van een ASP in alle gevallen als een 'criminal charge' te beschouwen. Vraag is hoe de Hoge Raad daar – mede in het kader van de rechtseenheid – tegenaan zal kijken.

23 Vgl. EHRM 10 januari 2012, nr. 22251/07 (*G.R. t. Nederland*), EHRC 2012/61 (m.nt. Woltjer), AB 2012, 31 (m.nt. Barkhuysen en Van Emmerik) (legeskosten aanvraag verblijfsvergunning te hoog). Zie ook ABRvS 4 juli 2011, JB 2011/188 (m.nt. Bok). Daarbij is relevant HvJ EU 22 december 2010, zaak C-279/09, AB 2011, 222 (m.nt. Widdershoven). Vgl. EHRM 16 november 2010, nr. 24768/06 (*Perdigao t. Portugal*), EHRC 2011/11 (m.nt. Ruitenberg), AB 2011, 221 (m.nt. Barkhuysen en Van Emmerik) (art. 1 EP EVRM en griffierechten).

meer rekening zal moeten worden gehouden met individuele omstandigheden dan de huidige wetgeving strikt genomen toelaat.

2.4 *Conclusie*

Voor het Nederlandse bestuursrecht lijkt in algemene zin te kunnen worden vastgesteld dat vanwege de *margin of appreciation* dan wel via ruimte die wetgeving op zich al laat, al dan niet via hardheidsclausules, in de regel aan de Europese normen kan worden voldaan. Wel signaleren wij de tendens dat de wetgever met name op het terrein van toezicht en handhaving de ruimte voor het bestuur tot maatwerk steeds meer beperkt. Op dat punt en ten aanzien van de almaar stijgende legeskosten en griffierechten verwachten wij de komende jaren de nodige wrijving met Europese eisen over individuele toetsing. Hier laat zich duidelijk de waarborg- en correctiefunctie van de Europese normen voor het Nederlandse bestuursrecht zien, vooral als het gaat om toepassing van wetten in formele zin waarbij grondwettelijke grondrechten en algemene rechtsbeginselen deze rol vanwege het toetsingsverbod niet kunnen vervullen.[24] Op sommige punten is echt nog een inspanning nodig om naar de Europese harmoniserende eisen toe te kunnen groeien, op andere punten voldoen we er als vanzelf al aan.

3 Zorgvuldige voorbereiding, informatieplichten, onderzoek en overheidsaansprakelijkheid

3.1 *Introductie*

Op het terrein van het bestuursprocesrecht is het interessant te zien dat de EVRM-rechtspraak in de loop der tijd steeds specifieker en veeleisender is geworden. Aanvankelijk heeft het EHRM vooral procedurele rechten en verplichtingen gelezen in het recht op een eerlijk proces en op toegang tot de rechter, beschermd door artikel 6 EVRM, en het recht op een effectief rechtsmiddel van artikel 13 EVRM.[25] Daarnaast heeft het Hof een steeds groter aantal procedurele verplichtingen afgeleid uit de diverse materiële grondrechtenbepalingen van het EVRM, variërend van het recht op leven (art. 2 EVRM) en het recht op respect voor de persoonlijke levenssfeer (art. 8 EVRM) tot het recht op eigendom (art. 1 EP EVRM).[26] Deze procedurele verplichtingen betreffen niet alleen de rechterlijke toetsing van bestuursbesluiten, maar ook de

---

24 Vgl. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, 'Mensenrechten als waarborg voor toegankelijk, zorgvuldig, voortvarend en evenredig bestuursrecht', *JBplus* 2012, p. 180 e.v.

25 Voor een recent overzicht, zie o.m. P. Lemmens, 'The right to a fair trial and its multiple manifestations', in: E. Brems & J.H. Gerards (red.), *Shaping Rights in the ECHR: The Role of the European Court of Human Rights in Determining the Scope of Human Rights*, Cambridge: Cambridge University Press 2014, p. 294 e.v.

26 Voor een overzicht, zie o.m. E. Brems, 'Procedural obligations: an examination of procedural safeguards read into substantive Convention rights', in: E. Brems & J.H. Gerards (red.), *Shaping Rights in the ECHR: The Role of the European Court of Human Rights in Determining the Scope of Human Rights*, Cambridge: Cambridge University Press 2014, p. 137 e.v.

voorbereiding ervan. Recenter betoont ook het Hof van Justitie zich actief op dit terrein door steeds verdergaand vorm te geven aan het recht op behoorlijk bestuur (art. 41 EU Grondrechtenhandvest) en het recht op een eerlijk proces (art. 47 EU Grondrechtenhandvest).[27] Ook hier is daarmee sprake van een duidelijke ontwikkeling van Europese minimale standaarden van grondrechtenbescherming, waarbij de vraag is in hoeverre die (nog) van invloed zullen zijn voor het nationale bestuursrecht. De bespreking van enkele hoofdpunten kan laten zien hoe die minimale standaarden in recente Europese rechtspraak vorm hebben gekregen.

3.2 Zorgvuldige voorbereiding

Waar het gaat om de zorgvuldigheid van besluitvorming en het voorkomen van schendingen van fundamentele rechten is in de Europese rechtspraak een veelheid van positieve verplichtingen te onderscheiden. Het EHRM stelt allereerst hoge eisen aan de grondslag voor bestuurshandelen. Hiervoor is al aangegeven dat dit Hof in veel gevallen vereist dat het bestuur de mogelijkheid heeft om geïndividualiseerde besluiten te nemen, waarbij rekening wordt gehouden met de concrete omstandigheden van het geval. Volledige discretie voor het bestuur is daarentegen ook weer niet aanvaardbaar. Waar inbreuk dreigt te worden gemaakt op grondrechten als de privacy of het discriminatieverbod, zoals het geval kan zijn bij het aanwijzen van gebieden waarbinnen preventief mag worden gefouilleerd of bij het toekennen van bevoegdheden tot toezicht en handhaving, acht het Hof het van groot belang dat maatregelen worden getroffen om willekeur te voorkomen.[28] Bevoegdheden moeten nauwkeurig worden omschreven, in die zin dat in de betroffen wetgeving duidelijk is aangegeven met het oog op welke doelstellingen bepaalde bevoegdheden mogen worden uitgeoefend en wanneer en op welke manier van die bevoegdheden gebruik mag worden gemaakt.[29] Het vaststellen van beleidsregels kan daarbij vereist zijn met het oog op de rechtszekerheid.[30] Bovendien hebben de beide Europese rechters eisen gesteld aan de wijze waarop bestuursbevoegdheden worden uitgeoefend. Het EHRM vergt dat het bestuursorgaan (toetsbaar door de rechter) een

---

27 Te denken is aan zaken als HvJ EU 6 november 2012, zaak C-199/11 (*Otis*), *EHRC* 2013/3 (m.nt. Mak), *NJ* 2013, 168 (m.nt. Mok); ZZ, HvJ EU 4 juni 2013, zaak C-300/11, *EHRC* 2013/160 (m.nt. Woltjer), *AB* 2013, 374 (m.nt. Reneman); HvJ EU 18 juli 2013, gev. zaken C-584/10 P, C-593/10 P en C-595/10 P (*Kadi*), *EHRC* 2013/229 (m.nt. Hollenberg); HvJ EU 10 september 2013, zaak C-383/13 PPU (*M.G. en N.R.*), *EHRC* 2013/230 (m.nt. Boeles), *AB* 2013, 404 (m.nt. Reneman), *NJ* 2014, 3 (m.nt. Mok); HvJ EU 8 mei 2014, zaak C-604/12 (*H.N.*), *EHRC* 2014/163 (m.nt. Timmermans); HvJ EU 3 juli 2014, gev. zaken C-129/13 en C-130/13 (*Kamino*), n.n.g.; HvJ EU 17 juli 2014, gev. zaken C-141/12 en C-372/12 (*Y.S.*) n.n.g.

28 Zie bijvoorbeeld de rechtspraak over preventief fouilleren, in het bijzonder EHRM 12 januari 2010, nr. 4158/05 (*Gillan en Quinton t. het Verenigd Koninkrijk*), *EHRC* 2010/30 (m.nt. Van Sasse van Ysselt), *NJ* 2010/325 (m.nt. Dommering) en EHRM 5 mei 2012 (ontv.), nr. 49458/06 (*Colon t. Nederland*), *EHRC* 2012/199 (m.nt. Van Sasse van Ysselt), *NJ* 2013, 325 (m.nt. Gerards), *AB* 2012, 304 (m.nt. Barkhuysen en Van Emmerik); voor het verkrijgen van inzage in bestanden door de belastinginspectie, zie bijv. EHRM 14 maart 2013, nr. 24117/08 (*Bernh Larsen Holding AS e.a. t. Noorwegen*), *EHRC* 2013/123; en zie in een context als die van regulering van en toezicht op zorg, EHRM 29 april 2014, nr. 52019/07, *EHRC* 2014/159 (m.nt. Hendriks).

29 Zie nader J.H. Gerards, *EVRM – algemene beginselen*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2011, p. 126 e.v.

30 Vgl. bijv. EHRM 14 mei 2013, nr. 67810/10 (*Gross t. Zwitserland*), *EHRC* 2013/152 (m.nt. Hendriks).

zorgvuldige belangenafweging maakt, dat het het proportionaliteitsvereiste steeds uitdrukkelijk in zijn besluitvorming betrekt en dat het meer algemeen voldoet aan eisen van goed bestuur, zoals het horen van belanghebbenden.[31] Ook het Hof van Justitie heeft, vooral in verband met sanctiebesluiten, diverse zorgvuldigheidseisen gesteld, bijvoorbeeld waar het gaat om het informeren en horen van belanghebbenden en het motiveren van besluiten[32] en besluitvorming binnen redelijke termijn.[33] Het Hof van Justitie leidt deze zorgvuldigheidseisen tegenwoordig ook af uit het door artikel 41 Hv erkende recht op goed bestuur, waarvan het inmiddels heeft aangenomen (zij het met enige ambiguïteit) dat dit recht ook geldt in relatie tot het handelen van nationale bestuursorganen die uitvoering geven aan EU-recht.[34] Het EHRM leest een vergelijkbare eis van *good governance* in materiële rechten in.[35] Dit past in de trend in met name de Straatsburgse jurisprudentie om steeds vaker uit materiële verdragsrechten ook procedurele eisen af te leiden.[36]

Een bekende en richtinggevende uitspraak van het EHRM op het terrein van goed bestuur en zorgvuldige voorbereiding is verder *Öneryildiz*, een zaak die betrekking had op een sloppenwijk die (illegaal) was gebouwd rondom een grote vuilnisbelt en waar veel doden vielen toen op zeker moment een methaanexplosie in de vuilnisbelt plaatsvond.[37] Het Hof benadrukte in deze zaak dat er een positieve verplichting rust op de staat om alle passende maatregelen te treffen om bedreigingen van het recht op leven effectief af te wenden, in het bijzonder als bekend is dat er gevaar-

---

31 Zie voor enkele recentere voorbeelden waarin dit soort eisen naar voren komt: EHRM 2 oktober 2012, nr. 5744/05 (*Czaja t. Polen*), *EHRC* 2012/227 (m.nt. Leijten), *AB* 2013, 29 (m.nt. Barkhuysen en Van Emmerik); EHRM 14 mei 2013, nr. 66529/11 (*N.K.M. t. Hongarije*), *EHRC* 2013/170 (m.nt. Leijten), *AB* 2014, 14 (m.nt. Barkhuysen en Van Emmerik); EHRM 16 mei 2013, nr. 49317/07 (*Maksymenko en Gerasymenko t. Oekraïne*), *EHRC* 2013/153 (m.nt. Addink); EHRM 20 mei 2014, nr. 4241/12 (*McDonald t. het Verenigd Koninkrijk*), *EHRC* 2014/195 (m.nt. Gerards). Zie voor een interessant voorbeeld van een zaak waarin alle eisen van goed bestuur met voeten worden getreden EHRM 23 januari 2014, nr. 19336/04 (*East/West Alliance Limited t. Oekraïne*), *EHRC* 2014/100.

32 Zie bijv. HvJ EU 18 juli 2013, gev. zaken C-584/10 P, C-593/10 P en C-595/10 P (*Kadi*), *EHRC* 2013/229 (m.nt. Hollenberg); HvJ EU 28 november 2013, zaak C-280/12 P (*Fulmen en Fereydoun Mahmoudian*), *EHRC* 2014/29.

33 Bijv. HvJ EU 8 mei 2014, zaak C-604/12 (*H.N.*), *EHRC* 2014/163 (m.nt. Timmermans); zie voor dit laatste vereiste ook de EHRM-rechtspraak, bijv. EHRM 2 mei 2013, nr. 25498/08 (*Kristiansen en Tyvik AS t. Noorwegen*), *EHRC* 2013/208 (m.nt. Jansen).

34 Zie in het bijzonder HvJ EU 8 mei 2014, zaak C-604/12 (*H.N.*), *EHRC* 2014/163 (m.nt. Timmermans), maar zie recenter ook HvJ EU 17 juli 2014, gev. zaken C-141/12 en C-372/12 (*Y.S.*) n.n.g., waarin de verplichting voor nationale bestuursorganen weer lijkt te worden genuanceerd.

35 Vgl. o.g.v. art. 1 EP EVRM EHRM 15 september 2009, nr. 10373/05 (*Moskal t. Polen*), *EHRC* 2009/120 (m.nt. Pennings); EHRM 2 oktober 2012, nr. 5744/05 (*Czaja t. Polen*), *EHRC* 2012/227 (m.nt. Leijten), *AB* 2013, 29 (m.nt. Barkhuysen en Van Emmerik).

36 Zie bijv. EHRM 5 december 2013, nrs. 52806/09 en 22703/10 (*Vilnes e.a. t. Noorwegen*), *EHRC* 2014/45 (m.nt. Hendriks), *AB* 2014/165 (m.nt. De Jong).

37 EHRM (GK) 30 november 2004, nr. 48939/99, *EHRC* 2005/10, *AB* 2005, 43 (m.nt. Woltjer), *NJ* 2005, 210 (m.nt. Alkema); zie recenter ook EHRM 10 december 2011, nrs. 18299/03 en 27311/03 (*Finogenov e.a. t. Rusland*), *EHRC* 2012/58, *NJ* 2013, 91 (m.nt. Alkema). Uit de latere uitspraak in *Budayeva*, een zaak die betrekking had op een moddervloed waardoor een stadje werd getroffen, blijkt dat tot op zekere hoogte vergelijkbare eisen mogen worden gesteld bij natuurrampen (EHRM 20 maart 2008, nrs. 15339/02 e.a. (*Budayeva t. Rusland*), *EHRC* 2008/73 (m.nt. Janssen), *AB* 2008, 206 (m.nt. Barkhuysen en Van Emmerik), *NJ* 2009, 229 (m.nt. Alkema)).

lijke activiteiten plaatsvinden. In dat geval moet bijvoorbeeld regelgeving worden ingevoerd die betrekking heeft op vergunningverlening en toezicht en die een verplichting bevat voor alle betrokkenen om maatregelen te treffen om het leven van burgers te beschermen.[38] Daarnaast erkende het Hof een verplichting om informatie te verschaffen over mogelijke risico's en om procedures beschikbaar te stellen om tekortkomingen in processen en fouten in de uitvoering te kunnen signaleren.[39] Vergelijkbare positieve verplichtingen bestaan als niet het leven zelf wordt bedreigd, maar de gezondheid van het individu of diens leefomgeving.[40]

Het voorgaande laat zien dat er uit de Europese grondrechten specifieke zorgvuldigheidseisen, procedurele voorwaarden en informatieverplichtingen voortvloeien. Diverse beginselen van behoorlijk bestuur vinden daardoor inmiddels een weerslag in het Europese grondrechtenrecht, waardoor bestuursbesluiten die de grondrechten raken hieraan toetsbaar zijn. Zij zijn daarbij niet langer alleen ongeschreven beginselen, maar inmiddels vormen zij ook toetsingsnormen in de 'harde' vorm van de gecodificeerde grondrechten. Dit betekent dat hieraan niet alleen door de nationale bestuursrechter kan worden getoetst, maar ook door de Europese hoven. Op het naleven van de minimale standaarden is daarmee Europees toezicht mogelijk, hetgeen het effect van harmonisatie en de invloed voor het nationale bestuursrecht des te groter maakt.

Een interessant voorbeeld van de wisselwerking tussen de nationale en Europese normen op het punt van de zorgvuldige voorbereiding biedt de kwestie welk gevolg moet worden verbonden aan het verzuim een persoon te horen alvorens een sanctie op te leggen. Naar vaste Nederlandse rechtspraak kon dit verzuim worden hersteld door later na oplegging van de boete alsnog te horen. Op basis van een prejudiciële uitspraak van het Hof van Justitie heeft de Afdeling deze lijn genuanceerd.[41] In de nieuwe rechtspraak staat het verdedigingsbeginsel centraal, waarbij met name aandacht bestaat voor de vraag welke gevolgen aan schending daarvan moeten worden

---

38 Idem.

39 Idem. Zie ook EHRM 10 november 2004, nr. 46117/99 (*Taskin t. Turkije*), par. 109. Zie recenter bijv. EHRM 2 november 2006, nr. 59909/00 (*Giacomelli t. Italië*), *EHRC* 2007/7 (m.nt. Peeters), *JB* 2007/1, *AB* 2008, 23 (m.nt. Barkhuysen en Van Emmerik), *NJB* 2007, 265; EHRM 27 januari 2009, nr. 67021/01 (*Tatar t. Roemenië*); EHRM 21 juli 2011, nr. 38182/03 (*Grimkovskaya t. Oekraïne*); EHRM 5 december 2013, nr. 52806/09 (*Vilnes e.a. t. Noorwegen*), *EHRC* 2014/45 (m.nt. Hendriks), *AB* 2014, 105 (m.nt. De Jong). Ook moet op verzoek van individuen toegang tot informatie worden verschaft die bij de overheid rust; zie reeds EHRM 9 juni 1998, nrs. 21825/93 en 23414/94 (*McGinley en Egan t. het Verenigd Koninkrijk*) en EHRM 19 oktober 2005, nr. 32555/96 (*Roche t. het Verenigd Koninkrijk*), *EHRC* 2005/118, *NJ* 2009, 453. Zo'n verplichting geldt ook buiten de specifieke context van bescherming van gezondheid en milieu; zie bijv. EHRM 13 november 2012, nr. 43932/08 (*Joanna Szulc t. Polen*), *EHRC* 2013/32.

40 Voor een uitgebreid overzicht van deze rechtspraak en de daarin gestelde eisen, zie bijv. D. Sanderink, 'Artikel 8. Recht op eerbiediging van privé-, familie- en gezinsleven', in: J.H. Gerards e.a. (red.), *Sdu Commentaar EVRM. Deel I - materiële rechten*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2013, onderdeel C.5. Zie specifiek bijv. EHRM 19 februari 1998, nr. 14967/89 (*Guerra t. Italië*) en zie recenter bijv. EHRM 5 december 2013, nr. 52806/09 (*Vilnes e.a. t. Noorwegen*), *EHRC* 2014/45 (m.nt. Hendriks), *AB* 2014, 105 (m.nt. De Jong).

41 ABRvS 4 oktober 2013 (toepassing prejudiciële uitspraak), ECLI:NL:RVS:2013:1481, *JV* 2013/392.

verbonden. Aan deze nieuwe lijn is een prejudiciële procedure voorafgegaan, waarin de Afdeling onder meer de volgende vraag aan het Hof van Justitie voorlegde: 'Laat dit algemene beginsel van de eerbiediging van de rechten van de verdediging ruimte voor een belangenafweging, waarbij naast de ernst van de schending van dit beginsel en de daardoor geschonden belangen van de vreemdeling, tevens rekening wordt gehouden met de door de verlenging van de bewaring gediende belangen van de lidstaat?'[42] In antwoord op deze vraag is volgens het Hof van Justitie de aan te leggen toets of de procedure zonder de geconstateerde onregelmatigheid van schending van het verdedigingsbeginsel een andere afloop had kunnen hebben.[43]

Vanuit het perspectief van het nationale bestuursrecht is verder opvallend dat de Europese hoven meer en zwaardere zorgvuldigheidseisen lijken te stellen naarmate het belang van het recht waarop een inbreuk wordt gemaakt groter is. Wanneer het recht op leven in het geding is, bijvoorbeeld in het vreemdelingenrecht, is dat evident. Het nationale bestuursrecht gaat echter uit van een meer algemene benadering van de voorbereiding van besluiten, met name onder invloed van de Awb. Aannemelijk is dat het Europese recht de komende periode de wetgever en het bestuur zal dwingen meer rekening te houden met de zwaarte van het belang dat aan de orde is, ook in de voorbereiding van besluiten. Er moet dus ook op dat vlak genoeg ruimte bestaan voor maatwerk.[44] Of, anders geformuleerd, de eisen die worden gesteld aan de voorbereiding van een uitzettingsbesluit in het vreemdelingenrecht kunnen niet zonder meer gelijk zijn aan de eisen die gelden terzake van een omgevingsvergunningbesluit.[45]

3.3 Effectief onderzoek en overheidsaansprakelijkheid

Hoe goed bedoeld ook, in de praktijk zal het stellen van eisen aan zorgvuldig bestuurshandelen niet kunnen voorkomen dat grondrechten soms worden beperkt of aangetast. Daarbij komt de vraag op hoe de staat moet optreden om in dergelijke gevallen de schade te beperken en zo nodig te vergoeden, en welke eisen hierbij aan het bestuursrecht worden gesteld. Volgens de EHRM-rechtspraak heeft, wanneer het de overheid bekend is dat een ernstige inbreuk is gemaakt op een grondrecht, de staat de verplichting om effectief onderzoek uit te voeren en om de mogelijkheid te bieden om via rechterlijke procedures aansprakelijkheid vast te stellen. Deze verplichtingen bestaan vooral wanneer de inbreuk kernrechten betreft zoals het recht op leven of het verbod van onmenselijke behandeling.[46] In relatie tot deze

---

42 ABRvS 5 juli 2013, zaaknummer 201204861/1/T1/V3.

43 HvJ EG 10 september 2013, zaak C-383/13 PPU, *AB* 2013, 404 (m.nt. Reneman). Zie ook vergelijkbare vragen in HR 22 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BR0666 en de conclusie van A-G Wathelet terzake van 25 februari 2014 (zaken C-129/13 en C-130/13).

44 Vgl. met verwijzingen T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, 'Het EVRM als inspiratiebron en correctiemechanisme voor de Awb', in: T. Barkhuysen, W. den Ouden & J.E.M. Polak (red.), *15 jaar Awb: bestuursrecht harmoniseren*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010, p. 557-587.

45 Zie over de invloed op het omgevingsrecht T. Nijmeijer & D. Sanderink, 'Fundamentele rechten in het omgevingsrecht', in: J.H. Gerards & C. Sieburgh (red.), *De invloed van fundamentele rechten op het materiële recht*, Deventer: Kluwer 2013, p, 291 e.v.

46 Voor een overzicht zie Brems 2014, *supra* n. 26, p. 141 e.v.

rechten hebben de procedurele verplichtingen voor de staat zich bovendien vertaald in zelfstandig afdwingbare rechten.[47] Ook in relatie tot het recht op respect voor het privéleven of bij beweerde schendingen van het discriminatieverbod kan dit soort verplichtingen voor de staat ontstaan – denk aan de situatie waarbij bij ordehandhaving het vermoeden ontstaat dat sprake is geweest van racistisch gemotiveerd handelen, of aan de situatie waarin vanuit een bestuursorgaan vertrouwelijke informatie is gelekt naar de pers.[48] Effectiviteit betekent hierbij dat het onderzoek moet kunnen leiden tot de vaststelling of het gewraakte overheidshandelen al of niet gerechtvaardigd was.[49] Bovendien moet het onderzoek het mogelijk maken de verantwoordelijken te identificeren en aansprakelijk te stellen.[50] Het gaat hierbij om een inspanningsverplichting, niet om een resultaatverplichting: de autoriteiten moeten datgene doen dat onder de gegeven omstandigheden redelijkerwijze kan worden gevergd, ook als dat niet resulteert in het vinden of bestraffen van de verantwoordelijke actoren.[51]

In een lange lijn van rechtspraak heeft het Hof het algemene vereiste van effectief onderzoek verder uitgewerkt.[52] Daaruit blijkt onder meer dat onderzoek uit eigen beweging moet plaatsvinden, wat betekent dat de autoriteiten niet mogen wachten tot een officiële klacht wordt ingediend.[53] Het onderzoek moet volledig onafhankelijk worden uitgevoerd, wat betekent dat de met het onderzoek belaste organen en personen niet hiërarchisch ondergeschikt mogen zijn aan degene die verantwoordelijk is voor de grondrechtenschending en dat zij geen persoonlijke of feitelijke banden mogen hebben met dader of slachtoffer.[54] Verder moet het onderzoek met voldoende snelheid en zorgvuldigheid worden uitgevoerd en moet het worden

---

47 *Šilih t. Slovenië*, EHRM (GK) 9 april 2009, nr. 71463/01, EHRC 2009/83 (m.nt. Van der Velde) en recenter bijv. EHRM 16 juli 2013, nr. 43098/09 (*McCaughey e.a. t. Verenigd Koninkrijk*), EHRC 2013/198; zie voor art. 3 bijv. EHRM 13 december 2012, nr. 39630/09 (*El-Masri t. Voormalige Joegoslavische Republiek Macedonië*), EHRC 2013/92 (m.nt. Van der Wilt), NJ 2013, 167 (m.nt. Reijntjens).

48 Zie voor deze voorbeelden Brems 2014, *supra* n. 26, p. 143; zie concreet EHRM (GK) 6 juli 2005, nr. 43577/98 en 43579/98 (*Nachova e.a. t. Bulgarije*), EHRC 2005/97 (m.nt. Henrard) en EHRM 24 juli 2012, nr. 47159/08 (*B.S. t. Spanje*), EHRC 2012/213 (m.nt. Rodrigues); EHRM 17 juli 2003, nr. 25337/94 (*Craxi (nr. 2) t. Italië*), EHRC 2003/77. Als grondrechten zijn aangetast als gevolg van geweldgebruik door de staat (bijvoorbeeld bij optreden tegen rellen tijdens een demonstratie), staat eveneens voorop dat effectief onderzoek moet plaatsvinden; zie bijv. EHRM (GK) 24 maart 2011, nr. 23458/02 (*Giuliano en Gaggio t. Italië*), EHRC 2011/87. Datzelfde geldt als, bijvoorbeeld, schade is veroorzaakt door een medisch handelen of nalaten; zie bijv. EHRM 22 mei 2014, nr. 49278/09 (*Gray t. Duitsland*), EHRC 2014/173 (m.nt. Hendriks).

49 Zie bijv. EHRM (GK) 15 mei 2007, nr. 52391/99 (*Ramsahai t. Nederland*), EHRC 2007/83 (m.nt. De Jonge), NJ 2007, 618 (m.nt. Schalken).

50 Bijv. EHRM (GK) 24 maart 2011, nr. 23458/02 (*Giuliano en Gaggio t. Italië*), EHRC 2011/87, par. 301.

51 Toch zijn de eisen hierbij vrij hoog. Als bijvoorbeeld is opgetreden tegen een demonstratie kan de staat niet wegkomen met de stelling dat individuele ME'ers niet konden worden geïdentificeerd op videobeelden; de staat heeft een positieve verplichting om ervoor te zorgen dat zulke identificatie mogelijk is; zie bijv. EHRM 23 juli 2013, nr. 42606/05 (*Izci t. Turkije*) en EHRM 22 juli 2014, nr. 50275/08 (*Ataykaya t. Turkije*).

52 In meer detail hierover bijv. Brems 2014, *supra* n. 26.

53 Bijv. EHRM (GK) 6 juli 2005, nr. 43577/98 en 43579/98 (*Nachova e.a. t. Bulgarije*), EHRC 2005/97 (m.nt. Henrard), par. 111.

54 Bijv. EHRM 26 juli 2007, nr. 55523/00 (*Angelova en Iliev t. Bulgarije*), EHRC 2007/108, par. 138; EHRM 17 april 2014, nr. 68780/10 (*Guerdner e.a. t. Frankrijk*), EHRC 2014/129; zie voor een voorbeeld van het ontbreken van feitelijke onafhankelijkheid EHRM 28 juli 1998, nr. 23818/94 (*Ergi t. Turkije*).

gebaseerd op een grondige, objectieve en onafhankelijke analyse van alle relevante feiten.[55] Er moeten bijvoorbeeld getuigen worden ondervraagd, er moet forensisch bewijsmateriaal worden verzameld en onderzocht, en eventueel moet een reconstructie worden gemaakt.[56] Eventuele nabestaanden en andere direct betrokkenen moeten bij het onderzoek worden betrokken en het onderzoek moet voldoende openbaar zijn om de controleerbaarheid en het publieke vertrouwen in de rechtspleging te waarborgen.[57] Dat betekent dat de nabestaanden toegang moeten krijgen tot informatie en stukken die voor hen noodzakelijk zijn om effectief in het onderzoek en een eventueel daarop volgende gerechtelijke procedure te kunnen participeren.[58]

Als de verantwoordelijken voor een grondrechtenschending via een effectief onderzoek zijn opgespoord en de toedracht is vastgesteld, geldt vervolgens een positieve verplichting om te voorzien in voldoende mogelijkheden om henzelf of de staat aansprakelijk te stellen. Ingeval mogelijk inbreuk is gemaakt op het recht op leven of het verbod van onmenselijke behandeling, is volgens het EHRM vereist dat een strafrechtelijke procedure beschikbaar is die kan leiden tot een vrijheidsstraf of geldstraf voor de individuele verantwoordelijke(n).[59] In andere gevallen kan een bestuursrechtelijk rechtsmiddel volstaan.[60] Ook buiten de sfeer van de fysieke integriteit heeft het EHRM aangegeven dat er een effectief rechtsmiddel moet bestaan, zoals bij omgevingsrechtelijke beslissingen, bij besluiten die de uitoefening van het eigendomsrecht reguleren of bij demonstratieverboden.[61] De procedure moet daarbij voldoen aan de nodige zorgvuldigheidseisen, al lijken die onder de materiële EVRM-bepalingen niet altijd even hoog te zijn als bij artikel 6 EVRM.[62]

Voor het EU-recht geldt eveneens dat eisen worden gesteld aan de effectieve nationale rechtsbescherming in procedures waarin het EU-recht aan de orde is, vooral op grond van algemene EU-beginselen als die van doeltreffendheid en effectiviteit. Inmiddels vormt artikel 47 EU Grondrechtenhandvest een belangrijke waarborg, in die zin dat het Hof bereid is om in deze bepaling verplichtingen tot doeltreffende

---

55 EHRM (GK) 24 maart 2011, nr. 23458/02 (*Giuliano en Gaggio t. Italië*), EHRC 2011/87, par. 301-302.

56 Bijv. EHRM (GK) 15 mei 2007, nr. 52391/99 (*Ramsahai t. Nederland*), EHRC 2007/83 (m.nt. De Jonge), NJ 2007, 618 (m.nt. Schalken), par. 326 e.v.

57 EHRM 26 juli 2007, nr. 55523/00 (*Angelova en Iliev t. Bulgarije*), EHRC 2007/108, par. 140; EHRM (GK) 24 maart 2011, nr. 23458/02 (*Giuliano en Gaggio t. Italië*), EHRC 2011/87, par. 303.

58 EHRM (GK) 15 mei 2007, nr. 52391/99 (*Ramsahai t. Nederland*), EHRC 2007/83 (m.nt. De Jonge), NJ 2007, 618 (m.nt. Schalken), par. 347 e.v. Niet alles hoeft echter openbaar te zijn: gevoelig materiaal met mogelijk negatieve effecten voor andere personen of onderzoeken hoeft bijvoorbeeld niet meteen openbaar te worden gemaakt; zie EHRM (GK) 24 maart 2011, nr. 23458/02 (*Giuliano en Gaggio t. Italië*), EHRC 2011/87, par. 304.

59 Bijv. EHRM 16 april 2013, nr. 43531/08 (*Velev t. Bulgarije*).

60 EHRM 17 januari 2002, nr. 32967/96 (*Calvelli en Ciglio t. Italië*), EHRC 2002/22 (m.nt. Van der Velde), par. 51; zie recenter bijv. EHRM 22 mei 2014, nr. 49278/09 (*Gray t. Duitsland*), EHRC 2014/173 (m.nt. Hendriks).

61 Bijv. EHRM 13 december 2012, nrs. 3675/04 en 23264/04 (*Flamenbaum e.a. t. Frankrijk*), EHRC 2013/77 (m.nt. Tjepkema), JB 2013/89 (m.nt. Tjepkema); EHRM 12 december 2013, nr. 39544/05 (*Zagrebačka banka d.d. t. Kroatië*), EHRC 2014/58; EHRM 16 april 2013, nr. 16153/09 (*Rolim Comercial, S.A. t. Portugal*), EHRC 2013/144; EHRM 4 maart 2014, nr. 34129/03 (*Microintelect OOD t. Bulgarije*), EHRC 2014/145 (m.nt. Milo); EHRM 17 januari 2012, nr. 30385/07 (*Szerdahelyi t. Hongarije*).

62 Zie in het bijzonder EHRM 12 december 2013, nr. 39544/05 (*Zagrebačka banka d.d. t. Kroatië*), EHRC 2014/58.

rechtsbescherming in te lezen.[63] Belangrijk zijn bijvoorbeeld de eisen die het Hof heeft gesteld in procedures waarbij staatsgeheime of vertrouwelijke informatie een rol speelt. Daarbij verlangt het onder meer dat de rechter nagaat of het achterhouden van informatie voor een van de procespartijen echt noodzakelijk is en dat deze het vereiste van hoor en wederhoor waarborgt.[64] Daarnaast heeft het Hof van Justitie eisen gesteld aan de intensiteit en omvang van de toetsing van bepaalde besluiten, het onderwerp waarop de volgende paragraaf zich richt.

Het Nederlandse overheidsaansprakelijkheidsrecht lijkt goed aan deze vereisten tegemoet te kunnen komen. Een knelpunt zou aan de orde kunnen zijn wanneer formele rechtskracht van een vergunning in de weg staat aan het in rechte vaststellen van de oorzaak van en aansprakelijkheid voor een ramp en het daaraan verbinden van financiële consequenties, zoals bij de vuurwerkramp in Enschede. Verder – maar dat valt strikt genomen buiten de orde van deze bijdrage – is de beperkte strafrechtelijke aansprakelijkheid van de overheid mogelijk een probleem.[65] Daarnaast is een interessante ontwikkeling dat, mede onder invloed van Europese jurisprudentie, via (dreigende) schadevergoedingen het bestuur en de rechter worden gestimuleerd om voortvarend te handelen.[66] Verder is duidelijk dat schending van fundamentele rechten, bijvoorbeeld een onrechtmatig huisbezoek, voor bestuursorganen mede op grond van artikel 8 EVRM kan leiden tot schadeplichtigheid wegens aangenomen immateriële schade. In de rechtspraak hierover valt echter nog niet heel veel lijn te ontdekken.[67] Voorts kan hier worden gewezen op een uitspraak waarin de Hoge Raad in het kader van een onrechtmatigedaadsactie de staat dwingt opvang te bieden aan minderjarige asielzoekers en deze niet op straat te zetten. Daarbij spelen diverse mensenrechtelijke normen, zoals artikel 8 EVRM, een rol.[68] Het voorgaande laat zien dat ook ons onrechtmatigedaadsrecht kan bijdragen aan het verwezenlijken van mensenrechtelijke normen door de staat.

4 Intensiteit van de toetsing door de bestuursrechter

4.1 *Introductie*

Een laatste hier te bespreken aspect van de Europese rechtspraak over fundamentele rechten betreft de intensiteit van de toetsing door de bestuursrechter. Nederlandse

---

63 Zie bijv. HvJ EU 3 oktober 2013, zaak C-583/11 P (*Inuit e.a.*), *EHRC* 2014/4 (m.nt. Hoogveld), *AB* 2014, 179 (m.nt. Widdershoven), *NJ* 2014, 20 (m.nt. Mok), *RvdW* 2013, 1410.

64 ZZ, HvJ EU 4 juni 2013, zaak C-300/11, *EHRC* 2013/160 (m.nt. Woltjer), *AB* 2013, 374 (m.nt. Reneman), 1549; HvJ EU 18 juli 2013, gev. zaken C-584/10 P, C-593/10 P en C-595/10 P (*Kadi*), *EHRC* 2013/229 (m.nt. Hollenberg).

65 Vgl. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, 'Overheidsaansprakelijkheid voor falend toezicht en ontoereikende handhaving, Nadere lessen uit de uitspraak van de Grote Kamer van het EHRM inzake *Öneryildiz tegen Turkije*?', *O&A* 2005, p. 76-88.

66 Zie met uitgebreide verwijzingen B.J. van Ettekoven e.a., 'Overheidsaansprakelijkheid anno 2013: de stand van de rechtsontwikkeling', *O&A* 2013, p. 49 e.v.

67 Vgl. met verwijzingen T. Barkhuysen, 'Smartengeld bij schending van mensenrechten', *NJB* 2011/566.

68 HR 12 oktober 2012, *NJ* 2013, 22 (m.nt. Alkema).

bestuursrechters zijn in het algemeen geneigd om zo veel mogelijk ruimte te laten aan de wetgever en aan de bestuursorganen. Wetgeving wordt doorgaans terughoudend beoordeeld, waarbij een toets op kennelijke onredelijkheid het uitgangspunt is. Ook uitoefening van beleidsvrije bevoegdheden wordt meestal aan een marginale toets onderworpen. De Europese rechtspraak hierover is op twee punten van belang. Allereerst is het de vraag hoe op nationaal niveau moet worden omgegaan met de typische 'margin of appreciation'-doctrine zoals het EHRM die heeft ontwikkeld, vooral waar het gaat om de toetsing van wetgeving. In de tweede plaats is het interessant om te bezien welke eisen de Europese rechter stelt aan de intensiteit van de toetsing van bestuursbeslissingen, vooral waar het gaat om de beoordeling van bestuurlijke sancties.

Alvorens daarop nader in te gaan is het goed om kort stil te staan bij een andere belangrijke vraag, namelijk het moment waarop een rechter in het spel komt.[69] Opvallend is namelijk dat er door de Nederlandse wetgever niet systematisch lijkt te zijn nagedacht over de vraag of sommige ingrijpende bestuurlijke maatregelen alleen genomen zouden mogen worden na voorafgaande rechterlijke instemming. Zo kan het bestuur een bestuurlijk huisverbod opleggen of een huisbezoek zonder voorafgaand rechterlijk verlof laten plaatsvinden. Daarentegen kunnen vergelijkbare maatregelen in het strafrecht niet zonder een dergelijk verlof plaatsvinden. Dat roept de vraag op of daarin niet meer lijn moet worden gebracht en of niet het uitgangspunt zou moeten zijn dat, indien een ingreep in de fundamentele rechten van burgers zwaar is, voorafgaande rechterlijke bemoeienis aan de orde moet zijn. Europese normen schrijven dat weliswaar niet op alle vlakken keihard voor, maar betoogd kan worden dat met een dergelijke voorafgaande rechterlijke toetsing beter tegemoet zou kunnen worden gekomen aan tendensen in de Europese rechtspraak en het gelijkheidsbeginsel.[70] Net als de toetsing achteraf zou een dergelijke voorafgaande toetsing uiteraard moeten voldoen aan de eisen die vanuit het Europese recht worden gesteld en zoals die in het navolgende aan de orde komen.

4.2 *Betekenis van de margin of appreciation-doctrine voor het EHRM*

Voor een goed begrip van de 'margin of appreciation-doctrine' is het belangrijk te beseffen dat het EHRM deze doctrine heeft ontwikkeld in verband met zijn eigen, bijzondere, supranationale positie ten opzichte van de lidstaten.[71] Het Hof heeft altijd vooropgesteld dat het de primaire verantwoordelijkheid is van de nationale

---

69 Wij laten daar het zeldzame voorbeeld dat wetgeving toegang tot de rechter uitsluit. Vgl. met een correctie terzake ABRvS 30 november 2011, JB 2012/11, AB 2012, 142 (m.nt. Barkhuysen en Van Emmerik) (waarin de Afdeling op grond van art. 8 jo. 13 EVRM een bepaling van de Wet inlichtingen- en veiligheidsdiensten buiten toepassing laat die het eindoordeel over de gerechtvaardigdheid van beperking van kennisname van stukken bij de minister van BZK en niet – zoals voorzien in art. 8:29 e.v. Awb – bij de rechter legt).

70 Zie nader T. Barkhuysen e.a., *Adequate rechtsbescherming bij grondrechtenbeperkend overheidsingrijpen*, Deventer: Kluwer 2014.

71 Over dit onderwerp is zeer veel geschreven; voor een Nederlandstalig overzicht, met ruime literatuurverwijzingen, zie Gerards 2011, *supra* n. 29. Deze paragraaf is gebaseerd op J.H. Gerards, 'The European Court of Human Rights and the national courts – giving shape to the notion of "shared responsibility"', in: J.H. Gerards & J.W.A. Fleuren (red.), *Implementation of the European*

autoriteiten om de EVRM-rechten te respecteren, en het heeft onderkend dat de nationale autoriteiten meestal in een betere positie verkeren dan het Hof om te beoordelen welke beperkingen van grondrechten in bepaalde omstandigheden noodzakelijk zijn.[72] Met het oog daarop kent het Hof zichzelf slechts een subsidiaire, toezichthoudende rol toe.[73] Vanuit dat perspectief heeft het Hof aangenomen dat de staten in beginsel een zekere beoordelingsruimte of 'margin of appreciation' hebben, waarbij het expliciet heeft aangegeven dat deze beoordelingsruimte toekomt aan alle nationale autoriteiten, dus niet alleen aan de wetgever of bestuursorganen, maar ook aan de nationale rechter.[74] In de praktijk is de margin of appreciation-doctrine gaan fungeren als een maatstaf voor het Hof om de intensiteit te bepalen van de toets van nationale handelingen, of het daarbij nu gaat om wetgeving, bestuursbesluiten of rechterlijke beslissingen.[75] Het Hof gebruikt daarbij een soort glijdende schaal, waarbij twee uitersten denkbaar zijn: een ruime en een smalle margin of appreciation.[76] Grof gezegd betekent een ruime margin voor de staten dat het Hof oppervlakkig zal toetsen of de maatregelen, besluiten of uitspraken waarover wordt geklaagd kennelijk onredelijk waren.[77] Is daarentegen sprake van een smalle margin of appreciation, dan is de toetsing heel strikt. Het Hof zal dan bijvoorbeeld volledig herbeoordelen welke belangen op het spel stonden en hoe die hadden moeten worden afgewogen,[78] en of geen verdergaande beperkingen zijn gekozen dan nodig waren met het oog op de nagestreefde doelstellingen.[79] Voor de nationale autoriteiten bepaalt de 'margin of appreciation' dus hoe hoog de (zorgvuldigheids)eisen zijn die het Hof aan hun besluiten stelt, en voor het Hof in hoeverre het zich met nationale maatregelen, besluiten en rechterlijke uitspraken mag bemoeien.[80]

Convention on Human Rights and of the judgments of the ECtHR in national case law. A comparative analysis, Antwerpen: Intersentia 2014, p. 13-94, paragraaf 3.4, p. 27 e.v.

72 Zie reeds EHRM 7 december 1976, nr. 5493/72 (*Handyside t. het Verenigd Koninkrijk*), par. 48.

73 Zie bijv. EHRM (GK) 1 maart 2010 (ontv.), nrs. 46113/99 e.a. (*Demopoulos e.a. t. Turkije*), EHRC 2010/54, par. 69

74 Zie reeds EHRM 7 december 1976, nr. 5493/72 (*Handyside t. het Verenigd Koninkrijk*), par. 48.

75 Erg consistent is het Hof hierbij overigens niet; zie kritisch daarover J.H. Gerards, 'Diverging Fundamental Rights Standards and the Role of the European Court of Human Rights', in: M. Claes & M. De Visser (red.), *Constructing European Constitutional Law*, Oxford: Hart 2015 (nog te publiceren), ook via http://ssrn.com/abstract=2344626.

76 Zie bijv. P. Mahoney, 'Judicial activism and judicial self-restraint in the European Court of Human Rights: two sides of the same coin', 11 *Human Rights Law Journal* (1990) p. 57, op p. 78 en 87, N. Lavender, 'The Problem of the Margin of Appreciation', 4 *European Human Rights Law Review* 1997, p. 380 e.v. en Gerards 2011, *supra* n. 29.

77 Een klassiek voorbeeld is EHRM 21 februari 1986, nr. 8793/79 (*James e.a. t. het Verenigd Koninkrijk*), *NJCM-Bull.* 1986, p. 546 (m.nt. Heringa), par. 51. Voor een recenter voorbeeld, zie EHRM 2 juli 2013 (ontv.), nr. 27126/11 (*Nobel e.a. t. Nederland*), EHRC 2013/271 (m.nt. Stevens), *AB* 2014, 26 (m.nt. Barkhuysen en Van Emmerik).

78 Bijv. EHRM 27 mei 2004, nr. 66746/01 (*Connors t. het Verenigd Koninkrijk*), EHRC 2004/67 (m.nt. Henrard), par. 94; EHRM 26 juli 2007, nr. 35082/04 (*Makhmudov t. Rusland*).

79 Bijv. EHRM 4 december 2008, nrs. 30562/04 en 30566/04 (*S. en Marper t. het Verenigd Koninkrijk*), EHRC 2009/13 (m.nt. Koops), *NJ* 2009, 410 (m.nt. Alkema), par. 119-120; EHRM (GK) 22 april 2013, nr. 48876/08 (*Animal Defenders Ltd. t. het Verenigd Koninkrijk*), EHRC 2013/149 (m.nt. Gerards).

80 Zie over het grote belang van de doctrine voor het EHRM onder meer Gerards 2015 (nog te publiceren).

Is deze functie van de margin of appreciation-doctrine voor de rechtspraak van het EHRM zelf heel duidelijk, en kan bovendien worden aangenomen dat ook het Hof van Justitie EU een soortgelijke doctrine hanteert (zij het niet zo expliciet), op nationaal niveau komt soms de vraag op wat de consequenties zijn van de margin of appreciation-doctrine voor het bestuursrecht.[81] Dogmatisch bezien luidt het antwoord op die vraag dat die betekenis minimaal is, omdat het gaat om een doctrine die zich uitsluitend richt op het bepalen van de onderlinge verhouding tussen het EHRM en de autoriteiten van de lidstaten.[82] Voor de onderlinge verhouding tussen, bijvoorbeeld, de nationale wetgever en de nationale rechter, of tussen de nationale rechter en het nationale bestuur, is de doctrine niet relevant.[83] Als internationaalrechtelijk instrument betreft de toegekende beleidsmarge de staat als geheel, ongeacht de interne constitutionele structuur en ongeacht interne competentieverdelingen.[84] Dit betekent dat de doctrine als zodanig ook van toepassing is voor de nationale rechter, en dat ook de bestuursrechter dus een ruime beoordelingsmarge kan hebben. Over de vraag hoe die nationale rechter zich vervolgens tot de nationale wetgever of tot nationale bestuursorganen moet verhouden, zegt de doctrine helemaal niets. De Grote Kamer van het Hof benadrukte dit vrij recent nog in *A. e.a. t. het Verenigd Koninkrijk*, waarin het aangaf dat '[t]he doctrine of the margin of appreciation has always been meant as a tool to define relations between the domestic authorities and the Court. It cannot have the same application to the relations between the organs of State at the domestic level.'[85]

Het voorgaande betekent dat de nationale rechter niet gehouden is om de 'margin of appreciation' die het EHRM in bepaalde gevallen toekent te dupliceren, in die zin dat de bestuursrechter precies dezelfde mate van vrijheid toekent aan de nationale wetgever of aan een bestuursorgaan als het EHRM heeft toegekend aan de staat als

---

81 Zie reeds T. Barkhuysen, 'Het EVRM als integraal onderdeel van het Nederlandse materiële bestuursrecht', in: *De betekenis van het EVRM voor het materiële bestuursrecht*, Preadvies VAR 2004, VAR-reeks 132, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004, p. 97 e.v. en N. Jak & J. Vermont, 'De Nederlandse rechter en de *margin of appreciation*. De rol van de *margin of appreciation* in de interne horizontale relatie tussen de rechter, de wetgever en het bestuur', *NJCM-Bulletin* 2007 (32), p. 125. Zie nader ook Gerards 2014, *supra* n. 71, p. 31 e.v.

82 Idem.

83 Idem.

84 Het Hof merkt dan ook meestal op dat '*Contracting States* must have a broad margin of appreciation' (bijv. EHRM 18 januari 2011, nr. 39401/04 (*MGN Limited t. het Verenigd Koninkrijk*), EHRC 2011/69 (m.nt. Smet en Voorhoof), par. 142, curs. toegevoegd). In andere gevallen maakt het Hof duidelijk aan welk staatsorgaan de margin in een bepaald geval toekomt, waarbij het soms ook de nationale rechter noemt; zie bijv. EHRM (GK) 30 augustus 2007, nr. 44302/02 (*Pye t. het Verenigd Koninkrijk*), EHRC 2007/122 (m.nt. Milo), par. 71 (margin of appreciation voor de wetgever); EHRM 25 september 1996, nr. 20348/92 (*Buckley t. Verenigd Koninkrijk*), NJ 1997/555 (m.nt. Dommering), *NJCM-Bull.* 1998, p. 303 (m.nt. Gerbranda), par. 75 (margin voor lokale overheden die een besluit over ruimtelijke ordening nemen). Zie hierover ook Jak & Vermont 2007, *supra* n. 81.

85 EHRM (GK) 19 februari 2009, nr. 3455/05 (*A. e.a. t. het Verenigd Koninkrijk*), EHRC 2009/50 (m.nt. Loof), NJ 2010, 468 (m.nt. Alkema), par. 176, par. 184; zie ook D. Spielmann, 'Allowing the right margin. The European Court of Human Rights and the national margin of appreciation doctrine: waiver or subsidiarity of European review?', CELS Working Paper 2012, via www.cels.law.cam.ac.uk, p. 24.

zodanig. Integendeel: gelet op de primaire verantwoordelijkheid van de nationale autoriteiten, inclusief de nationale rechter, om de EVRM-rechten te garanderen, kan het juist belangrijk zijn dat de nationale rechter de redelijkheid van inbreuken op deze rechten zorgvuldig beoordeelt, ook als het EHRM op bepaalde terreinen in het algemeen een ruime margin of appreciation toekent.[86] Uiteraard staat dat niet in de weg aan een eigen beslissing van de rechter om zich in bepaalde gevallen terughoudend op te stellen, bijvoorbeeld omdat een bestuursorgaan of de wetgever voor een bepaald onderwerp naar nationaal recht een grote beleids- of beoordelingsvrijheid heeft. Het EHRM dwingt echter niet tot een dergelijke terughoudendheid; de nationale bestuursrechter kan hierin zijn eigen keuzes maken.

Kijken we echter naar de nationale jurisprudentie, dan valt op dat in de meeste uitspraken de rechter een-op-een de Straatsburgse margin toepast. Een recent voorbeeld daarvan biedt het arrest van de belastingkamer van de Hoge Raad waarin de vraag centraal stond of met een successiebelastingvrijstelling die wel voor ondernemingen gold maar niet voor particulieren al dan niet in strijd werd gehandeld met het verbod van ongerechtvaardigde ongelijke behandeling van artikel 14 EVRM (juncto het eigendomsrecht van art. 1 Eerste Protocol) en het Twaalfde Protocol. De Hoge Raad bepaalde daar de beoordelingsvrijheid die hij de wetgever zou moeten laten louter door verwijzing naar Straatsburgse uitspraken waarin het EHRM aangaf welke mate van beoordelingsvrijheid in de daar aanhangige zaak aan de orde zou moeten zijn.[87] Gelet op de functie van de *margin of appreciation*-doctrine is dat in feite een onjuiste benadering. Het is daarom zaak dat de Nederlandse bestuursrechters deze lijn heroverwegen en meer hun eigen positie kiezen. Probleem is hier wel dat een Straatsburgse stok achter de deur ontbreekt, nu het Hof juist vanwege de daar (wel) geldende margin op dat punt moeilijk kan ingrijpen. Het Straatsburgse vervolg van de successiezaak laat dat zien: daarin kwam het EHRM snel tot de conclusie dat er geen ongerechtvaardigde ongelijke behandeling aan de orde was mede onder verwijzing naar deze margin.[88]

4.4 *Toetsingsintensiteit en het vereiste van 'full jurisdiction'*

In een klein aantal omstandigheden blijkt het Europese recht zich wel met de intensiteit van de nationale rechterlijke toetsing te bemoeien. Allereerst zal het Hof in de gevallen waarin het een smalle margin of appreciation heeft toegekend, in het algemeen zorgvuldig beoordelen of de nationale bestuursrechter een oordeel heeft gegeven in overeenstemming met de door het EHRM geformuleerde uitgangspunten en criteria.[89] Veel ruimte voor de nationale rechter om daarvan af te wijken (en daarmee voor de bestuursorganen om een besluit te nemen dat afwijkt van de Europese

86 Zie ook Barkhuysen 2004, *supra* n. 81, p. 97 e.v.; Jak & Vermont 2007, *supra* n. 81, p. 132-133; Gerards 2014, *supra* n. 71, p. 31 e.v.

87 HR 22 november 2013, *V-N* 2013/59.21.

88 EHRM 27 mei 2014 (ontv.), nr. 18485/14 (*Berkvens t. Nederland*).

89 Zie bijv. EHRM (GK) 7 februari 2013, nr. 16574/08 (*Fabris t. Frankrijk*), *EHRC* 2013/88 (m.nt. Gerards), par. 72 en 75. Zie nader hierover Gerards 2014, *supra* n. 71, p. 23-27.

uitgangspunten) is er in die gevallen niet.[90] In de meeste gevallen gaat het dan echter om inbreuken op de vrijheid van meningsuiting of de verenigingsvrijheid, of om vergaande gevallen van ongelijke behandeling – situaties die zich in de alledaagse praktijk van het bestuursrecht niet zo vaak zullen voordoen. Een meer voorkomende situatie waarin zowel het EHRM als het Hof van Justitie bijzondere eisen heeft gesteld, is die van de rechterlijke toetsing van door het bestuur opgelegde sancties.[91] Daarbij geldt op grond van artikel 6 EVRM immers dat de rechter die deze toetsing uitvoert moet beschikken over 'full jurisdiction' of 'volledige rechtsmacht', waarbij vooral in Nederland vaak discussie is opgekomen over de vraag of dat een volle toetsing van het sanctiebesluit impliceert, waarbij de nationale rechter ook kan kijken naar aspecten als die van feitenvaststelling en beoordeling van de ernst van de overtreding in relatie tot de hoogte van de sanctie, of dat met een meer terughoudende aanpak kan worden volstaan, waarbij bijvoorbeeld alleen een rechtmatigheidstoets wordt uitgevoerd. Hierover heeft lange tijd wat onduidelijkheid bestaan, maar met twee uitspraken uit 2011, in *Sigma* en *Menarini*, heeft het EHRM enige verheldering gebracht.[92] Deze uitspraken sluiten nauw aan bij de eisen die het Hof van Justitie EU op dit punt heeft gesteld in zijn uitspraken in *Chalkor*, *KME*, *Telefonicá* en *Kadi*.[93] Uit deze uitspraken moet worden afgeleid dat een rechtmatigheidstoets alleen niet volstaat. Nodig is volgens het EHRM dat de bestuursrechter ten minste kan onderzoeken of het bestuursorgaan bij het opleggen van een sanctiebesluit een redelijk gebruik heeft gemaakt van zijn bevoegdheden, waarbij de proportionaliteit van dat besluit moet kunnen worden beoordeeld en eventueel de sanctie terzijde moet kunnen worden gesteld.[94] Van een werkelijk volle toets van de feiten hoeft volgens het EHRM echter geen sprake te zijn – een 'voldoende' toets volstaat, waarbij het niet noodzakelijk is dat de feiten volledig worden getoetst. Het Hof van Justitie heeft tot uitgangspunt gekozen dat de rechter een 'grondig toezicht in rechte en in feite' moet kunnen uitoefenen.[95] Daarbij lijkt het in ieder geval nodig te zijn dat de rechter

---

90 Hebben de rechters deze vereisten zorgvuldig toegepast, dan ziet het Hof overigens op zijn beurt weer weinig aanleiding om van het nationale oordeel af te wijken; zie daarvoor in het bijzonder EHRM (GK) 7 februari 2012, nrs. 40660/08 en 60641/08 (*Von Hannover (nr. 2) t. Duitsland*), *EHRC* 2012/72 (m.nt. De Lange en Gerards).

91 Maar ook bij andere benadelende maatregelen, zoals ontheffing uit de functie van een ambtenaar, wordt het vereiste wel gesteld – zie bijv. EHRM 16 april 2013, nr. 40908/05 (*Fazliyski t. Bulgarije*), *EHRC* 2013/164.

92 EHRM 21 juli 2011, nrs. 32181/04 en 35122/05 (*Sigma Radio Television Ltd. t. Cyprus*), *EHRC* 2012/6 (m.nt. Jansen onder «EHRC» 2012/7); EHRM 29 september 2011, nr. 43509/08 (*A. Menarini Diagnostics S.R.L. t. Italië*), *EHRC* 2012/7 (m.nt. Jansen).

93 HvJ EU 8 december 2011, zaak C-386/10 P (*Chalkor*), *EHRC* 2012/4; HvJ EU 8 december 2011, zaken C-272/09 P en C-389/10 P (KME); HvJ EU 10 juli 2014, zaak C-195/12 (*Telefonicá*); HvJ EU 18 juli 2013, gev. zaken C-584/10 P, C-593/10 P en C-595/10 P (*Kadi*), *EHRC* 2013/229 (m.nt. Hollenberg), *RvdW* 2013, 1238, *NJB* 2013, 1866.

94 Vgl. ook Albers 2014; Van Emmerik & Saris 2014, *supra* n. 22.

95 HvJ EU 8 december 2011, zaak C-386/10 P (*Chalkor*), *EHRC* 2012/4, punt 62; HvJ EU 8 december 2011, zaken C-272/09 P en C-389/10 P (KME), punt 102; HvJ EU 10 juli 2014, zaak C-195/12 (*Telefonicá*), punt 200. Zie nader hierover Van Emmerik & Saris 2014, *supra* n. 94, p. 149; zie nader hierover ook R. Stijnen, 'Menarini en KME: marginale of volle toetsing van mededingingsboetes door de rechter?', *NTER* 2012 (4), p. 119-125 en M. Bronckers & A. Vallery, 'Fair and effective competition policy in the EU: which role for authorities and which role for the courts after *Menarini*?', *European Competition Law Journal* 2012 (2), p. 283-299.

kijkt naar de relatie tussen de omvang van de sanctie en de ernst van de overtreding, waarbij deze laatste kan worden bepaald aan de hand van de omstandigheden van het geval. Bij mededingingsboetes kan hierbij bijvoorbeeld worden gekeken naar 'de aard van de inbreuk, de concrete weerslag ervan op de markt wanneer die meetbaar is, en de omvang van de betrokken geografische markt'.[96] Heeft de rechter dergelijke aspecten in ogenschouw genomen, dan voldoet zijn toetsing volgens het Hof van Justitie aan het vereiste van 'full jurisdiction'. De vraag is nog wel of differentiatie in de aard van de toetsing mogelijk is in die zin dat 'zware' sanctiebesluiten aan een striktere toetsing moeten kunnen worden onderworpen dan lichtere. De rechtspraak van het EHRM biedt daarvoor enige aanknopingspunten, maar het lijkt erop dat voor dergelijke differentiatie niet veel ruimte bestaat als het gaat om de intensiteit en aard van de rechterlijke toetsing.[97]

Waar het gaat om bijzonder zware sanctiebesluiten als bevriezing van tegoeden blijkt vooral het Hof van Justitie extra hoge eisen te stellen aan de rechterlijke toetsing.[98] De eisen die het Hof van Justitie in de zaak *Kadi* daarbij stelt, betreffen weliswaar de Unierechter die sanctiebesluiten te beoordelen krijgt, maar nu het deze eisen in algemene zin inleest in artikel 47 EU Handvest kan worden aangenomen dat ze ook relevant zijn voor nationale rechters die met soortgelijke besluiten worden geconfronteerd.[99] Volgens het Hof van Justitie heeft de rechter bij dit soort zaken een taak tot het bieden van effectieve rechtsbescherming, waarbij hij moet nagaan of de rechtsgrondslag toereikend is, of vorm- en bevoegdheidsvoorschriften zijn nageleefd en of de nodige procedurele vereisten en motiveringsplichten in acht zijn genomen.[100] Daarnaast heeft het Hof van Justitie bepaald dat de rechter de aangevoerde feiten en de redenen waarop het besluit zijn gebaseerd moet controleren, zodat de rechterlijke toetsing niet enkel een beoordeling van de abstracte waarschijnlijkheid van de aangevoerde redenen inhoudt, maar zich uitstrekt tot de vraag of die redenen, of ten minste een daarvan, voldoende berusten op de feiten.[101] Daarbij heeft het Hof van Justitie in *Kadi* aangegeven dat de Unierechter in voorkomend geval moet verzoeken om overlegging van het relevante bewijsmateriaal en dat hij moet nagaan of de aangevoerde feiten materieel juist zijn.[102] Zeker bij zware sanctiebesluiten zal de toetsing door de bestuursrechter dus nog iets verder moeten gaan dan het EHRM impliceerde in *Sigma* en *Menarini*.

Hiervoor zagen wij reeds dat de wetgever het bestuur vaak sterk in zijn handelingsvrijheid beperkt, in het bijzonder op het terrein van de handhaving. Bij de toetsing

---

96 HvJ EU 10 juli 2014, zaak C-195/12 (*Telefonicá*).

97 Vgl. EHRM (GK) 23 november 2006, nr. 73053/01 (*Jussila t. Finland*), EHRC 2007/31 (m.nt. Albers), AB 2007, 51 (m.nt. Barkhuysen & Van Emmerik) met EHRM 21 juli 2011, nrs. 32181/04 en 35122/05 (*Sigma Radio Television Ltd. t. Cyprus*), EHRC 2012/6 (m.nt. Jansen onder EHRC 2012/7) en EHRM 29 september 2011, nr. 43509/08 (*A. Menarini Diagnostics S.R.L. t. Italië*), EHRC 2012/7 (m.nt. Jansen); zie ook Van Emmerik & Saris 2014, *supra* n. 22, p. 137.

98 HvJ EU 18 juli 2013, gev. zaken C-584/10 P, C-593/10 P en C-595/10 P (*Kadi*), EHRC 2013/229 (m.nt. Hollenberg)

99 Vgl. Van Emmerik & Saris 2014, *supra* n. 22, p. 149.

100 HvJ EU 18 juli 2013, gev. zaken C-584/10 P, C-593/10 P en C-595/10 P (*Kadi*), EHRC 2013/229 (m.nt. Hollenberg), punten 117-118.

101 Idem, par. 119.

102 Idem, par. 120.

van de oplegging van de bestuurlijke boete dan wel een alcoholslotprogramma kan de vraag worden gesteld of de bestuursrechter (met name de Afdeling) niet te gemakkelijk vasthoudt aan het door de wetgever uitgesproken evenredigheidsoordeel op grond waarvan (de hoogte van) dergelijke sancties in de wet zijn gefixeerd. Hetzelfde geldt ten aanzien van door het bestuur in beleidsregels gefixeerde sancties. Juist de rechter heeft dan, mede op grond van het Europese vereiste van full jurisdiction, de verplichting te toetsen of er sprake is van een evenredige verhouding tussen de ernst van de overtreding en de opgelegde sanctie. Recent onderzoek laat zien dat de bestuursrechter in veel gevallen nog wel eens te terughoudend is op dit punt.[103]

Ook los van punitieve sancties dwingen de Europese normen de rechter – en overigens ook het bestuur[104] – om de wetgever te corrigeren, met name daar waar onverkorte toepassing van de wet tot evident onevenredige gevolgen zou leiden. Hoewel de Nederlandse rechter de wetgever in de regel de nodige ruimte laat, zijn er zo nu en dan gevallen waarin de rechter de wetgever daadwerkelijk corrigeert onder gebruikmaking van de Europese norm. Zo achtte de rechter de Wet werk en inkomen kunstenaars, die zonder overgangsregeling een uitkering voor kunstenaars afschafte, in strijd met het eigendomsrecht van artikel 1 Eerste Protocol en liet hij de relevante bepalingen uit de WWiK buiten toepassing.[105] Het EVRM fungeert dan als breekijzer om formele wetgeving buiten toepassing te laten die strijdig is met fundamentele rechten (waaronder het rechtszekerheidsbeginsel en al dan niet in verband daarmee het evenredigheidsbeginsel, zoals verdisconteerd in art. 1 EP). Dit is in het licht van het respect voor de grondrechten een uiterst belangrijk instrument voor de rechter, zeker zolang het toetsingsverbod van artikel 120 Grondwet blijft bestaan. De wetgever kan niet zonder het tegenwicht van de rechter op dit punt. Tegelijk is het goed – en gelet op de Europese normen ook toegestaan – wanneer de rechter zijn interventies beperkt tot gevallen van evidente onevenredigheid. Zoals hiervoor aangegeven, past ook dat in de Europese lijn, in die zin dat die evidente evenredigheid slechts kan worden vastgesteld als wordt gekeken naar de individuele situatie van de betrokkene. In diens positie zal de rechter zich dan ook intensief moeten verdiepen.

In het asielrecht is heel duidelijk de sturende hand van de Europese rechters zichtbaar die de nationale rechter dwingen tot een intensieve toets van besluiten en de daaraan ten grondslag liggende feitenvaststelling. Daarbij speelt een belangrijke rol de aard van de daar aan de orde zijnde fundamentele rechten.[106]

---

103 Zie de verwijzingen in paragraaf 2 van deze bijdrage.

104 Ook het bestuur is gehouden om een wet in formele zin buiten toepassing te laten als die in strijd is met een eenieder verbindende verdragsbepaling, zie ABRvS 25 september 2013, «JB» 2013/208 (m.nt Sillen). Overigens gaat deze plicht niet zover dat in dat kader een wettelijke begrenzing van een toetsingskader zoals dat van art. 44 Woningwet (oud) (het limitatief imperatieve stelsel) buiten toepassing moet worden gelaten, zie ABRvS 6 augustus 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2938.

105 Vrzngr. Rb. 's-Gravenhage (sector civiel) 3 januari 2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BU9921, bevestigd door Hof 's-Gravenhage 5 juni 2012, RSV 2012/184.

106 A. Terlouw, 'De invloed van het fundamentele recht op asiel op het Nederlandse recht', in: J.H. Gerards & C. Sieburgh (red.), *De invloed van fundamentele rechten op het materiële recht*, Deventer: Kluwer 2013, p. 101 e.v.

Wat betreft de intensiteit van de toetsing kan worden geconstateerd dat de Europese rechtspraak op dit punt nog steeds ambivalent is. Daardoor werkt zij maar in beperkte zin convergerend, namelijk in die mate dat er wel duidelijke minimale eisen zijn (toetsing in rechte), maar dat er nog verschillen mogelijk zijn waar het gaat om, bijvoorbeeld, beoordeling van de bestuurlijke feitenvaststelling. Alleen voor wat betreft de Nederlandse rechtspraak in boetezaken kan in meer algemene zin de vraag worden gesteld of deze in alle gevallen voldoet aan het minimale vereiste. In overige zaken is dat niet aan de orde, maar zouden er wel verschillen kunnen ontstaan met de Europese beoordeling als gevolg van een andere feitelijke waardering.

5 Bevindingen

In deze bijdrage stond de vraag centraal hoe en waar de invloed van Europese grondrechtelijke normen zich het meest zal doen gevoelen en wat daarvan de meest waarschijnlijke consequenties zijn voor het nationale bestuursrecht. Daarbij hebben wij ons beperkt tot drie belangrijke algemene aspecten van de grondrechtenrechtspraak van het EHRM en het Hof van Justitie EU (voor zover het Hof van Justitie iets toevoegt aan het EHRM-kader): (a) het vereiste van een individuele redelijkheidstoets; (b) de vereisten van een procedureel zorgvuldige voorbereiding, goede informatievoorziening, het verrichten van onderzoek en overheidsaansprakelijkheid; en (c) de eisen die worden gesteld aan de intensiteit van de rechterlijke toetsing aan grondrechten van wetgeving en bestuursbesluiten.

Gebleken is dat de Europese normen voor deze onderwerpen zowel een waarborg- als een correctiefunctie hebben. Zij bieden bescherming tegen met name formele wetgeving die onder de Europese minima duikt of dreigt te duiken en vormen een basis voor de nationale (bestuurs)rechter om corrigerend op te treden, bijvoorbeeld door in concrete gevallen af te wijken van de wettelijke bepalingen om recht te doen aan de individuele omstandigheden van het geval. Verder kan in de Europese grondrechtenrechtspraak een belangrijke inspiratiebron worden gezien voor het verder vormgeven van het nationale bestuursrecht.

Uit onze analyse blijkt dat deze functies op dit moment nog steeds vooral zichtbaar zijn voor het EVRM en de uitgebreide rechtspraak van het EHRM. Ten aanzien van de potentiële betekenis van het EU-Grondrechtenhandvest moet worden vastgesteld dat deze nog in de kinderschoenen staat. Tegelijkertijd kan worden geconstateerd, vooral voor wat betreft het procedurele bestuursrecht, dat het Handvest in toenemende mate meerwaarde heeft. Artikel 47 Handvest, dat een ruimere strekking heeft dan artikel 6 EVRM, kon door de Afdeling bijvoorbeeld al worden toegepast in vreemdelingenrechtelijke casus, en ook de betekenis van de Europese rechtspraak over 'full jurisdiction' is betekenisvol. Of artikel 41 Handvest (het recht op behoorlijk bestuur) nog verdere invloed krijgt, moet worden afgewacht. Dit geldt ook voor de vraag of het Handvest ook betekenis gaat hebben voor het materiële bestuursrecht. Weliswaar is over dat onderwerp zeker Luxemburgse rechtspraak te

verwachten, maar het zou tegelijkertijd vreemd zijn als deze tot geheel andere resultaten zou leiden dan nu al gelden op grond van het EVRM.[107]

Opvallend is dat waar het Nederlandse bestuursrecht (in het bijzonder de Awb) vooral de nadruk legt op een algemene uniforme benadering, de Europese normen juist het accent leggen op individuele omstandigheden. Dit betreft zowel de voorbereiding van besluiten (hoe zwaarder het belang dat aan de orde is, hoe meer eisen daar gelden) als de rechterlijke toetsing daarvan. Dit vormt een belangrijk aandachtspunt bij de verdere ontwikkeling van het algemene bestuursrecht en in het bijzonder het bestuursprocesrecht. Daarbij mag worden verwacht dat in het nationale recht meer aandacht wordt besteed aan de eigen vaststelling van de intensiteit en omvang van de rechterlijke toetsing. Tegelijkertijd valt op dat het Europese recht concepten als marginale toetsing en de beoordelingsvrijheid van de wetgever niet onderuit haalt. Deze normen grijpen daarop alleen in in de vorm van een ultieme evenredigheidstoets, vaak in feite als een soort buitenwettelijke hardheidsclausule. Dat kan anders zijn op terreinen waarin de meest fundamentele rechten centraal staan, zoals het vreemdelingenrecht. Daar wordt van de rechter een zeer intensieve toets verwacht.

Ten slotte kan op basis van deze analyse worden vastgesteld dat het Europese *acquis* op grond van de bestuursrechtelijke minimumnormen vergaand is uitgekristalliseerd. Weliswaar laten de ontwikkelingen die wij in het voorgaande hebben beschreven op enkele punten nog onduidelijkheid en ambiguïteit zien, maar heel veel nieuws lijkt er niet meer te verwachten. Harmonisatie van de Europese grondrechtelijke regels met relevantie voor het bestuursrecht heeft daarmee in belangrijke mate al plaatsgevonden. Dit betekent dat het codificeren van grondrechtelijke normen in een Europese Algemene wet bestuursrecht op basis van de bestaande rechtspraak goed mogelijk is. Tegelijkertijd laat de analyse zien dat zo'n codificatie voor Nederland geen vergaande gevolgen zal hebben, in die zin dat het Nederlandse bestuursrecht in de meeste opzichten al voldoet aan de Europese, geharmoniseerde minimumeisen op het terrein van de grondrechten. Wel hebben we kunnen wijzen op enkele kwetsbare punten, waarbij vooral de formele wetgever tekortschiet en het aan de rechter is om te fungeren als grondrechtenvangnet. Op die punten zou het goed zijn als de wetgever zich meer rekenschap geeft van de Europese normen. Mogelijk kan een Europese Awb daaraan bijdragen.

---

107 Zie nader Barkhuysen & Bos 2014, *supra* n. 3, p. 116.

Algemene beginselen van goed bestuur in de Nederlandse en Europese rechtspraak

Henk Addink[*]

1 Inleidende opmerkingen

Het concept en de beginselen van goed bestuur zijn voor bestuursrechtelijk Nederland nog geen vanzelfsprekendheid. Daarvoor zijn verschillende redenen te geven die deels samenhangen met de uiteenlopende benaderingen van het bestuursrecht in ons land. De redenen liggen echter ook in het onderwerp zelf. De termen 'goed bestuur' en 'beginselen van goed bestuur' roepen bij sommigen niet alleen sterk ethische connotaties op, maar maken het – gezien de ruime bestuursrechtelijke betekenis en invulling van deze beginselen – niet steeds eenvoudig om daaraan rechtsnormen te verbinden. Het concept 'goed bestuur' is tamelijk algemeen evenals de concepten van 'rechtsstaat' en 'democratie', hoewel het concept wel een zekere richting geeft en een juridisch-inhoudelijke invulling krijgt via de beginselen van goed bestuur. Dat is voor het bestuursrecht van belang. Naar mijn mening zijn de algemene beginselen van goed bestuur vanwege hun fundamentele betekenis, mede in de context van rechtsstaat en democratie, voor beoefenaren van het bestuursrecht zeer relevant. Daarenboven spelen ze een essentiële rol in de Europeanisering en internationalisering van het bestuursrecht.[1] Kortom, ze vormen de bouwstenen voor verbreding en verdieping van kennis en inzicht van het algemeen bestuursrecht, in het bijzonder wat betreft het normeren van bestuursoptreden in de bestuurlijke en rechterlijke fasen.[2]

In deze bijdrage ga ik eerst in op de terminologische verwarring die wordt veroorzaakt door gebrekkige vertalingen op Nederlands en Europees niveau van bestuursrechtelijke begrippen ter zake van goed bestuur. Dit leidt ook tot inhoudelijke onduidelijkheden zowel wat betreft de betekenis van het concept van goed bestuur als ten aanzien van de uitwerking die heeft plaatsgevonden via de beginselen van goed bestuur. Daarna bespreek ik de argumenten voor en de betekenis

---

* Prof. dr. G.H. Addink is hoogleraar bestuursrecht en goed bestuur aan de Universiteit Utrecht.

1 Zie mijn uitwerking daarvan in het bij OUP te verschijnen boek: *Good Governance: Concept and Context*.

2 Beide aspecten in de context van goed bestuur komen aan de orde in: G.H. Addink, 'Goed bestuur: een norm voor het bestuur of een recht van de burger', in: G.H. Addink e.a. (red.), *Grensverleggend Bestuursrecht* (Ten Bergebundel), Alphen aan den Rijn: Kluwer 2008, p. 3-25.

van de beginselen van goed bestuur voor de ontwikkeling van het bestuursrecht.[3] Ik beperk me in deze bijdrage tot de inhoudelijke invulling via de Nederlandse rechtspraak en plaats daarbij enkele kanttekeningen.[4] Vervolgens behandel ik de wijze waarop het recht op goed bestuur zoals dat is neergelegd (gecodificeerd) in artikel 41 van het EU-handvest[5] in de Nederlandse rechtspraak tot ontwikkeling komt. Ten slotte ga ik in op de EVRM-rechtspraak met betrekking tot het concept en de beginselen van goed bestuur en de mogelijke betekenis voor de Nederlandse rechtspraak. Afsluitend zullen enkele concluderende opmerkingen worden gemaakt.

2 Goed bestuur: terminologische onduidelijkheid die leidt tot inhoudelijke verwarring

Eerst ter illustratie een paar onduidelijkheden met betrekking tot de verhouding tussen de termen 'goed bestuur', 'deugdelijk bestuur', 'good administration' en 'good governance' die het gevolg zijn van gebrekkige vertalingen op het Nederlandse en het Europese niveau.[6]

In de considerans bij de Wet openbaarheid van bestuur (Wob) uit 1981 is vermeld dat die wet tot stand is gebracht met het oog op een 'goede en democratische bestuursvoering'. In de literatuur[7] is er al eerder op gewezen dat dit een inhoudelijke keuze van de wetgever is geweest die ook consequenties zou moeten hebben voor de uitleg die in de rechtspraak wordt gegeven. Daarvan is in de rechtspraak echter betrekkelijk weinig terug te vinden. Als we vervolgens kijken naar de Engelse vertaling van de Wob, zijn genoemde termen vertaald door 'effective, democratic governance'. Aldus wordt een wel zeer beperkte en naar mijn mening onjuiste uitleg gegeven van het begrip 'goede bestuursvoering'.

---

3 Het integriteitsbeginsel als beginsel van goed bestuur laat ik, ondanks de juridische en ook bestuursrechtelijke relevantie, hier buiten beschouwing en ik volsta met verwijzing naar twee voor dit onderwerp relevante publicaties: 'Integriteit, rechtmatigheid en goed bestuur' in: J.H.J. van den Heuvel e.a. (red.), *Handboek Integriteit*, Deventer: Kluwer 2012, p. 103-125; 'De toetsing van integriteitsschendingen getoetst. Een onderzoek naar het bestuurlijk-juridisch toetsingskader bij onderzoeken naar integriteitschendingen in de publieke sector', preadvies, in: S.C. Loeffen e.a. (red.), *Integriteit in Politiek en Bestuur* (Staatsrechtconferentie 2013), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2014, p. 115-149.

4 Ik verwijs hier naar drie publicaties van mij: 'Good Governance: an overview', in: H. Addink, G. Anthony, A. Buyse en Cees Flinterman (red.), *Human Rights & Good Governance*, Utrecht: Universiteit Utrecht 2010, p. 11; 'De doorbraak van het beginselenrecht in het bestuursrecht. Enkele opmerkingen over een conceptueel beginselenrecht', in: A.A.G. de Gier e.a. (red.), *Goed verdedigbaar* (Van Buurenbundel), Deventer: Kluwer 2011, p. 3-16; 'Het concept van "goed bestuur" in het bestuursrecht en de praktische consequenties', *Ars Aequi* 2012, p. 266-275.

5 Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie.

6 G.H. Addink, 'Principles of Good Governance: Lessons from Administrative Law', par. 3: Principles of Good Governance: The Theoretical perspective, in: D.M. Curtin en R.A. Wessel (red.), *Good Governance and the European Union*, Antwerpen: Intersentia 2005, p. 30-36.

7 ABRvS van 23 juni 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BM8796, zaaknr. 200908919/1/H3, *JB* 2010, 191, m.nt. G. Overkleeft-Verburg; ABRvS van 7 november 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BY2508, zaaknr. 201109485/1/A3, *JB* 2012, 280, m.nt. G. Overkleeft-Verburg. Bij eerstgenoemde uitspraak heeft de rechter ook het aspect van de integriteit van het bestuursoptreden onder de noemer van goede en democratische bestuursvoering gebracht.

Een ander voorbeeld is artikel 43, eerste en tweede lid, van het Statuut voor het Koninkrijk der Nederlanden (1954). Blijkens voornoemd artikel is de deugdelijkheid van het bestuur, waarvoor elk der landen zorg heeft te dragen, een aangelegenheid van het Koninkrijk. In de Engelse vertaling van het Statuut uit 2010 wordt 'deugdelijk bestuur' vertaald door 'good governance'. Maar de vraag is dan: moeten we deugdelijk bestuur nu als goed bestuur dan wel als behoorlijk bestuur opvatten?

Voorts is er sprake van onduidelijkheid met betrekking tot de term 'behoorlijk(heid)', hetgeen zich wreekt bij de invulling van dit begrip. Momenteel heeft het begrip 'behoorlijk' maar liefst drie verschillende betekenissen. In de eerste plaats in de samenstelling van de beginselen van behoorlijk bestuur, in de tweede plaats in de betekenis van behoorlijkheid als toetsnorm voor de ombudsman en in de derde plaats als vertaling van de Engels term 'good administration',[8] het Franse 'bonne administration'[9] en het Duitse 'Gute Verwaltung'[10] zoals die voorkomen in het opschrift van artikel 41 van het EU-handvest van de Grondrechten. De terminologische onduidelijkheid bij de eerste twee voorbeelden van de term 'behoorlijk(heid)' zijn welbekend alsook de verwarring met betrekking tot de invulling van de term. Ik verwijs naar de discussie (en spraakverwarring) in de literatuur met betrekking tot het onderscheid tussen de rechterlijke toetsing aan de beginselen van behoorlijk bestuur en de toetsing door de Ombudsman aan de eis van behoorlijkheid.[11]

Het is evident dat in de derde genoemde situatie het begrip behoorlijk bestuur een onjuiste vertaling is van de term good administration. Artikel 41 van het EU-handvest draagt als titel: *Right to good administration*. In vier artikelleden wordt dit opschrift gespecificeerd in artikelleden voor instellingen, organen en instanties van de EU. Deze omvat kort gezegd: (a) onpartijdige, billijke en tijdige behandeling, (b) hoor-, inzage- en motiveringsverplichting, (c) redelijke vergoeding van veroorzaakte schade, (d) gebruik van een van de verdragstalen.

Dat is taalkundig niet correct maar evenzeer – en dat is veel ernstiger – juridisch onjuist. Er wordt namelijk in dit artikel een nieuwe, ruimere inhoud gegeven aan de norm voor bestuursoptreden dan de term behoorlijk bestuur uitdrukt, ook al is het een opschrift. Bovendien gaat de vertaling van 'good administration' als 'behoorlijk bestuur' voorbij aan de discussies die in de literatuur worden gevoerd over het onderscheid tussen 'principles of good administration' en 'principles of good governance' waarbij het ten aanzien van de eerste groep beginselen gaat om normen voor het openbaar bestuur terwijl de tweede groep normen alle instellingen van de overheid betreft.[12] Ik wijs er voorts op dat met het begrip 'goed bestuur' geduid wordt op een concept dat ziet op een benadering van het openbaar bestuur die weliswaar rechts-

---

8 J. Wakefield, *Right to good administration*, Kluwer Law International 2007.

9 R. Boustra, *Essai sur la notion de bonne administration en droit public*, Paris: L'Harmattan 2010.

10 K. Pfeffer, *Dat Recht auf eine gute Verwaltung*, Baden-Baden 2006; D. Classen, *Gute Verwaltung im Recht der Europaischen Union*, Berlin 2008.

11 A.F.M. Brenninkmeijer en W.J. van Hoogstraten, 'De architectuur van behoorlijk bestuur', NTB 2008, nr. 5, p. 33-39; L.J.A. Damen, 'Behoorlijk, en ook rechtmatig, of juist eerlijk?', NTB 2008, nr. 5, p. 40-51.

12 G.H. Addink, 'Principles of Good Governance: Lessons from Administrative Law', par. 3: Principles of Good Governance: The Theoretical perspective, in: D.M. Curtin en R.A. Wessel (red.), *Good Governance and the European Union*, Antwerpen: Intersentia 2005, p. 30-36.

statelijke en democratische elementen in zich draagt maar daaraan ook nieuwe elementen toevoegt zoals de effectiviteit van en de verantwoording door het openbaar bestuur. Ten slotte sluit de term 'goed bestuur' veel beter aan bij de in andere landen en op het Europese en internationale niveau gebruikelijke terminologie.

Deze vernieuwende benadering via het concept van goed bestuur is aanvankelijk ontwikkeld in het kader van het internationale en Europese recht en heeft zich inmiddels voortgezet op de verschillende bestuurslagen van de landen van de Europese Unie.[13] De concepten van rechtsstaat, democratie en goed bestuur zijn fundamenten van de moderne staat en staatsvormen. De uitwerking van de concepten rechtsstaat en democratie zijn algemeen geaccepteerd en deze werken via het concept van goed bestuur gedeeltelijk door in de beginselen van goed bestuur. De volgende zes beginselen van goed bestuur worden thans vrij algemeen onderscheiden en onderschreven: behoorlijkheid, transparantie, participatie, effectiviteit, verantwoording en mensenrechten. Binnen ieder van deze beginselen worden subbeginselen onderscheiden. De uitwerking van die beginselen vindt nog steeds plaats, zowel in de rechtspraktijk als in het kader van diverse onderzoeken.[14]

Naast de invulling van de afzonderlijke beginselen zijn er twee hoofdlijnen die in het onderzoek steeds meer de aandacht vragen. Bij de eerste lijn gaat het om de toepassing van de beginselen van goed bestuur bij zowel de meer algemene vraagstukken van het bestuursoptreden (e.g. welk bestuursinstrument of welk handhavingsinstrument is het meest geschikt bezien vanuit het perspectief van de beginselen van goed bestuur?) als bij de toepassing van de beginselen op specifieke beleidsgerelateerde onderdelen van het bestuursrecht (zoals het financieel bestuursrecht, economisch bestuursrecht, omgevingsgericht bestuursrecht en het belastinggericht bestuursrecht). De tweede lijn heeft betrekking op de verhouding tussen de afzonderlijke beginselen van goed bestuur, meer in het bijzonder de vraag naar de hiërarchie van de beginselen van goed bestuur. Deze vraag kan benaderd worden vanuit het perspectief van de inhoud van de afzonderlijke beginselen, maar ook kan worden gekeken naar de rechtsvorm waarin de beginselen van goed bestuur gestalte hebben gekregen. In het verlengde van deze tweede lijn komt ook aan de orde de vraag naar de botsing tussen de beginselen van goed bestuur en hoe daarmee om te gaan. In de literatuur zijn daarvoor vanuit de bestuurswetenschap de zgn. copingstrategieën ontwikkeld, welke verschillende kaders bieden om daarmee op een verantwoorde wijze om te gaan.[15]

---

13 In opdracht van het ministerie van BZK verricht ik thans een onderzoek naar goed bestuur in de landen van de Europese Unie. Uit een eerder rechtsvergelijkend Zweeds onderzoek blijken de Beginselen van Goed Bestuur in andere landen al veel meer ingeburgerd te zijn dan in Nederland: *Principles of Good Administration. In the Member States of the European Union*, Stockholm 2004.

14 Er zijn onder mijn begeleiding ten aanzien van dit onderwerpen drie proefschriften verdedigd, aan tien wordt nog gewerkt.

15 Zie hoofdstuk 2 in het VU-onderzoek *Publieke waarden. Goed bestuur in de praktijk*, mei 2013.

3 Van beginselen van behoorlijk naar beginselen van goed bestuur

In het voorgaande heb ik melding gemaakt van twee lijnen in de ontwikkeling van het denken over de normering van bestuursoptreden. De eerste heeft betrekking op de omstandigheid dat aan het bestuursrechtelijke begrip 'beginsel' een verschillende inhoud wordt gegeven. Beginsel in de betekenis van concept of idee, beginsel als toetsingsnorm voor de rechter en beginsel in de vorm van een rechtsregel. De tweede lijn is dat verschillende rechtsbeginselen zich in het bestuursrecht hebben ontwikkeld en dan met name via de beginselen van behoorlijk bestuur. Er worden thans acht beginselen van behoorlijk bestuur onderscheiden die ieder op zichzelf genuanceerde toepassingen kennen.[16] De belangrijkste beginselen zijn: redelijkheid, verbod op détournement de pouvoir, rechtszekerheid, vertrouwen, gelijkheid, evenredigheid, zorgvuldigheid en motivering. Deze beginselen van behoorlijk bestuur hebben vooral een rechtsstatelijke achtergrond en zijn primair door de rechter ontwikkeld en later door het bestuur en de wetgever overgenomen.

Er zijn echter twee andere bronnen voor de ontwikkeling van beginselen ter zake van bestuursoptreden, waar ik in mijn oratie aandacht voor heb gevraagd.[17] De eerste bron wordt gevormd door de behoefte aan democratische legitimatie van bestuursoptreden. Het gaat dan om beginselen die, mede onder invloed van het parlement, primair door de wetgever ontwikkeld zijn. Daarbij moet in het bijzonder worden gedacht aan de beginselen van transparantie en de beginselen van participatie. Op verschillende plaatsen in de wetgeving vinden we een uitwerking van deze beginselen. Voor wat betreft transparantie kan bijvoorbeeld worden gewezen op de regelingen in het kader van de Wet openbaarheid van bestuur of de regeling inzake de bekendmaking van besluiten in de Awb. De beginselen van participatie vinden we niet alleen in de Awb terug maar ook in diverse provinciale en gemeentelijke verordeningen. De tweede bron zijn de meer rationele eisen van effectiviteit en verantwoording. Op verschillende plaatsen binnen ons constitutionele bestel houdt men zich bezig met verschillende vormen van verantwoording zoals de verantwoording van de Minister aan het parlement en de financiële verantwoording, waarbij de Algemene Rekenkamer een controlerende rol heeft. Al deze beginselen tezamen worden de beginselen van goed bestuur genoemd. Het concept van goed bestuur biedt de mogelijkheid om het geheel in een samenhangend kader te brengen en daarover van gedachten te wisselen in het belang van de bevordering van de eenheid in het (bestuurs)recht.

Maar waarom is dat nu nodig/wat is de noodzaak? Dat is een voor de hand liggende vraag. De reden daarvoor is dat zich op dit moment belangrijke problemen voordoen in het bestuur en in het bestuursrecht, welke in het bijzonder betrekking hebben op kwesties ter zake van de normering van bestuursoptreden. Ik noem de volgende in de praktijk en theorie gesignaleerde problemen: fragmentatie van de normering van bestuursoptreden, diversiteit van instellingen die besturen, onduidelijkheid ten aanzien van verantwoording (mede als gevolg van privatiseren en dereguleren),

---

16 P. Nicolaï, *Beginselen van behoorlijk bestuur* (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Kluwer 1990; G.H. Addink, *Algemene beginselen van behoorlijk bestuur*, Deventer: Kluwer 1999.

17 G.H. Addink, *Goed Bestuur* (oratie Utrecht), Deventer: Kluwer 2010.

verstarrend effect van eenzijdig benadrukken van het systeem van representatieve democratie, gebrekkige handhaving door bestuur, afstandelijke benadering door de rechter, enz. Overigens zijn dit verschijnselen die niet alleen in Nederland worden gesignaleerd, maar ook in andere landen binnen en buiten Europa spelen alsmede op de Europese en internationale niveaus.

We zien dan ook dat deze vraagstukken door middel van het concept en de beginselen van goed bestuur in verschillende landen en op diverse bestuursniveaus worden benaderd. Interessant is hier om te vermelden dat er zojuist een soort ABAR-rapport op Europees niveau is verschenen, *Model Rules on EU Administrative Procedures*, dat gebaseerd is op het concept en de beginselen van goed bestuur.[18]

Kort en goed, ook in Nederland zijn de beginselen van goed bestuur inmiddels aan de orde, wat blijkt uit de verschillende instellingen die deze ontdekken en verder ontwikkelen en de uiteenlopende beleidsterreinen waarop de beginselen worden toegepast en aldus nader ingevuld.[19] Eigenlijk hebben deze beginselen van goed bestuur – ook al is dat niet steeds duidelijk zichtbaar – al een eigen plaats gekregen in de theorie en praktijk van het Nederlandse bestuursrecht. Daarbij is het opvallend dat vooral in de ontwikkeling van beleid en regelgeving de ontwikkelingen zich hebben voorgedaan en zich als vanzelfsprekend de vraag voordoet: hoe gaat de rechter om met deze beginselen van goed bestuur?

4 Algemene beginselen van goed bestuur in de Nederlandse rechtspraak

Het is daarom nuttig om ter zake van het begrip 'goed bestuur' de jurisprudentie te raadplegen. Het blijkt dat het concept c.q. beginsel van goed bestuur niet alleen in de bestuursrechtspraak maar ook in de belastingrechtspraak en de civiele rechtspraak wordt gebruikt. In deze laatste groep gevallen gaat het vooral om goed bestuur in het kader van ondernemingen (corporate governance). Dat moet om verschillende redenen worden onderscheiden van goed bestuur dat wordt verwacht van instellingen die een publiek belang behartigen. De structuur is in dat geval anders, de instrumenten die daarbij gebruikt zijn verschillend en ook de normen zijn niet gelijk, ook al worden daarbij soms dezelfde termen gebruikt. Om die reden heb ik mij hier beperkt tot de bestuursrechtspraak en de belastingrechtspraak, hoewel rechtsvergelijkend onderzoek met de civiele rechtspraak zeker nuttig is.

In de rechtspraak zien we in de eerste plaats dat goed bestuur wordt gebruikt als een soort algemene norm waaraan optreden vanuit het publiek belang geacht wordt te voldoen. Het is opvallend dat de rechter die norm nooit overneemt als partijen daarmee komen. Ik denk dat daarvoor twee redenen zijn. Zo zijn het concept en

---

18 Zie de bijdrage 'Naar een Algemene wet bestuursrecht voor de EU' van Frank van Ommeren en Johan Wolswinkel, alsmede mijn bijdrage 'Europees bestuursrecht in ontwikkeling: op weg naar een Europese Awb' die beide zijn verschenen in: NTB 2014, nr. 7.

19 Zie voor een overzicht van de term 'goed bestuur' in parlementaire stukken mijn oratie: Addink 2010, p. 9. Het zijn de volgende vier departementen die 75 procent van de gevallen voor hun rekening nemen: Justitie, Buitenlandse Zaken, Onderwijs en Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties.

de beginselen van goed bestuur geen normen die als zodanig in de bestuursprocesrechtwetten zijn omschreven dus de rechter hoeft daaraan niet te toetsen. In de wetgeving en in de rechtspraak uit het verleden kennen we het concept en de beginselen van behoorlijk bestuur wel, en we zagen die destijds daarom ook in rechtspraak terugkomen. Een andere reden is mijns inziens gelegen in het feit dat de norm van (de beginselen van) goed bestuur een ruime en voor velen nog een zeer open bestuursnorm is met een tamelijk onbepaalde inhoud. De rechter zal daarom niet snel nu al en uit zichzelf die norm in een uitspraak opnemen. Bovendien zal de rechter bij de toetsing graag aan een zo specifiek mogelijke norm toetsen, wat betekent dat de rechter de behoefte zal hebben aan een specificatie van de norm van goed bestuur door middel van meer specifieke beginselen zoals het transparantiebeginsel, het participatiebeginsel of het effectiviteitsbeginsel.

De vraag rijst dan: op welke wijze komen we de norm van goed bestuur in de Nederlandse rechtspraak dan wel tegen?

In de eerste plaats wordt door procespartijen wel aangevoerd dat het van goed bestuur zou getuigen wanneer bepaalde bestuurshandelingen zouden zijn verricht of bepaalde handelingen waren nagelaten. De rechter gaat dan op twee manieren om met die grond. Soms wordt het concept genegeerd en onderzoekt de rechter of (het nalaten van) de betreffende gedraging terecht is geweest zonder dat er expliciet wordt getoetst aan het beginsel van goed bestuur. De andere manier is dat de rechter de eis van goed bestuur vertaalt als redelijk of als consistent bestuur en dan beoordeelt of die norm geschonden is.

Een tweede manier waarop partijen gebruikmaken van de norm van goed bestuur is door het aanhalen van rechtspraak van de Europese gerechten. In dit kader heeft het EHRM het met name over good governance en dit concept wordt in toenemende mate aangevoerd in zaken waarbij een aanzienlijke overschrijding van de termijnen door het bestuur heeft plaatsgevonden. Bij de EU-gerechtshoven speelt met name artikel 41 van het EU-Handvest een rol. De Nederlandse bestuursrechter kijkt naar die rechtspraak en gebruikt voorts verdragsbepalingen bij een verdragsconforme uitleg van Nederlandse bepalingen.

De derde wijze waarop de Nederlandse bestuursrechter de norm van goed bestuur gebruikt, is wanneer een uitwerking van die norm in een code heeft plaatsgevonden en door partijen wordt aangevoerd dat bepaalde regels of toepassingen daarvan in strijd zijn met een of meer bepalingen van de in de code van goed bestuur gespecificeerde normen. Er zijn enkele tientallen Codes van Goed bestuur in ons land waarin door de (semi)overheidsinstellingen op uiteenlopende beleidsterreinen nadere invulling is gegeven aan de norm van goed bestuur.[20] De meest algemene is de Nederlandse Code voor Goed Openbaar Bestuur. Enkele verschillen tussen de codes vallen op. Sommige meer op de semiprivate sectoren gerichte codes leggen sterk het accent op de institutionele structuur en de verantwoordelijkheden van en

20 Voorbeelden van Codes goed bestuur zijn: De Nederlandse code voor goed bestuur (2009); Zorgbrede Governancecode (2010); Governancecode UMC's (2010); Governance Principes Verbond van Zorgverzekeraars (2013); Code Goed Bestuur in het primair onderwijs (2010); Code Goed Onderwijsbestuur VO (2010); Branchecode goed bestuur hogescholen (concept 2013); Governancecode Woningcorporaties (2011).

de verhoudingen tussen de verschillende entiteiten binnen de organisatie en hebben een minder uitgewerkte regeling met betrekking tot de eisen vanuit het perspectief van goed bestuur ten aanzien van het externe optreden.

Veel jurisprudentie is verschenen als gevolg van de modernisering van het schappenstelsel waarbij de gezamenlijke product- en bedrijfschappen een Code Goed Bestuur hebben opgesteld. In de code zijn verschillende principes en uitwerkingen opgenomen ter bevordering van het transparant, democratisch en doelmatig functioneren van de schappen. De code is op 1 juli 2007 in werking getreden en vervolgens geëvalueerd en aangepast. In de code zijn verschillende principes en uitwerkingen opgenomen ter bevordering van het transparant, democratisch en doelmatig functioneren van de schappen.

Hieronder behandel ik eerst de rechtspraak terzake van de in een Code van Goed Bestuur neergelegde norm van 'Goed Bestuur'. Vervolgens zullen enkele voorbeelden van belastingzaken aan de orde komen waarbij in een resolutie van de belastingdienst nader inhoud is gegeven aan het begrip 'Goed bestuur'. Ten slotte komen de zaken aan de orde waarbij 'Goed bestuur' als algemene norm aan de orde is.

In de rechtspraak wordt in veel gevallen een door een product- of bedrijfschap vastgestelde verordening en de daarop gebaseerde vastgestelde heffing aan de orde gesteld.[21] Ten aanzien van de totstandkoming van de heffingsverordeningen wordt dan door partijen gesteld dat de formele zorgvuldigheidsnorm uit de Code Goed Bestuur is geschonden. De rechter merkt op dat hij de verordeningen niet kan toetsen aan de Code Goed Bestuur. Hij vervolgt dan dat ook dat dit niet anders was als de vaststelling van de verordeningen de toets aan de Code zou doorstaan. Dat de verordeningen in strijd zijn met de Code Goed Bestuur is, gelet op hetgeen verweerder daartegen heeft ingebracht in het verweerschrift, niet komen vast te staan, nog daargelaten de vraag in hoeverre een schending van deze Code zou moeten leiden tot onverbindendheid van de verordeningen, aldus de rechter.

Een aantal zaken valt op aan de overwegingen van de rechter bij de toetsing aan de Code. De rechter stelt dat hij de verordeningen niet kan toetsen aan de Code Goed Bestuur. De rechter vervolgt dat – en dat is opmerkelijk, ook als dat anders was – de vaststelling van de verordening de toets aan de Code zou doorstaan. Ik denk dat de rechter hiermee op een intelligente wijze de betekenis van de Code toch tot zijn recht laat komen. Op een indirecte wijze vindt er wel degelijk toetsing aan de Code Goed Bestuur plaats.

Een tweede punt van de uitspraak dat aandacht verdient, betreft de vraag of schending van de Code Goed Bestuur zou moeten leiden tot onverbindendheid van de verordeningen. De rechter werpt die vraag op maar de wijze waarop de rechter deze vraag stelt, is ook al een beantwoording. Impliciet zegt de rechter, tussen de regels door, dat een schending van de Code niet zal leiden tot onverbindendheid van de verordeningen.

---

21 CBb 15 februari 2012; ECLI:NL:CBB:2012:BV8841; CBb 23 november 2011, ECLI:NL:CBB:2011:BU6836; CBb 11 augustus 2010, ECLI:NL:CBB:2010:BN4954; CBb 26 augustus 2011, ECLI:NL:CBB:2011:BR6586; CBb 11 januari 2010, ECLI:NL:CBB:2010:BK9744; CBb 26 augustus 2011, ECLI:NL:CBB:2011:BR6592; CBb 1 september 2010, ECLI:NL:CBB:2010:BN6320.

Het derde punt is de door de rechter opgeworpen vraag of het in strijd handelen met de Code enige consequentie zou (moeten) hebben voor de rechtsgeldigheid van de opgelegde nota's.[22] De rechter handelt de zaak af via de criteria van onevenwichtigheid en onredelijkheid waarvan in dit geval geen sprake is. Op dit punt maakt de rechter zich er wel erg gemakkelijk van af. Het zou – gelet op het onderwerp – interessanter zijn geweest van de rechter te vernemen of door het volgen van de Code Goed Bestuur ook zou zijn voldaan aan de eisen die vanuit de beginselen van goed, inclusief behoorlijk bestuur, worden gesteld.

In een andere zaak[23] gaat het college in op de Code Goed Bestuur naar aanleiding van hetgeen partijen naar voren hebben gebracht terzake van de totstandkoming van een verordening en oordeelt dat niet in strijd is gehandeld met de Code Goed Bestuur ook al is er niet correct gehandeld. Ook hier merkt de rechter op dat schending van die bepaling uit de Code nog niet hoeft te leiden tot onverbindendheid van de verordening.

Er is sprake van een zekere diskwalificatie van het bestuursoptreden, maar dit betekent nog niet dat in strijd is gehandeld met de beginselplicht om zorg te dragen voor een evenwichtig stelsel van intern en verticaal toezicht. Kortom, een rechterlijke toetsing aan dat beginsel vindt hier wel degelijk plaats. Vervolgens zien we ook hier weer dezelfde lijn als bij de vorige besproken uitspraak omdat de vraag wordt gesteld of schending van het beginsel ook moet leiden tot de wel erg vergaande conclusie van onverbindendheid van de verordening.

Voorts is in de jurisprudentie[24] de vraag aan de orde geweest of het bestuursorgaan ter zake van vacatiegelden in strijd heeft gehandeld met de Code Goed Bestuur. De rechter overweegt dat niet in strijd is gehandeld met beginselen van behoorlijk bestuur en er geen sprake is van een relevante schending van de Code Goed Bestuur. Maar wat is een relevante schending?

Een tweede grote categorie van uitspraken ter zake van goed bestuur betreft het belastingrecht, meer in het bijzonder het gebied van verschuldigde omzetbelasting.[25] Het gaat dan om de vraag of en in hoeverre een naheffing in bepaalde gevallen mag worden opgelegd. In een resolutie[26] wordt aangegeven dat die naleving onder omstandigheden achterwege kan blijven met inachtneming van de regels van goed bestuur. Vervolgens worden bij de belastingrechter in verschillende zaken de volgende vragen aan de orde gesteld: Wat wordt hier verstaan onder regels van goed bestuur? Welke invulling wordt daaraan door de belastinginspecteur gegeven? En hoe oordeelt de belastingrechter daarover?

---

22 Zie ook CBb 11 januari 2010, ECLI:NL:CBB:2010:BK9744, zaaknummer AWB 06/851, NJB 2010, 244.

23 CBb 26 augustus 2011, ECLI:NL:CBB:2011:BR6586.

24 CBb 11 januari 2010, ECLI:NL:CBB:2010:BK9744, NJB 2010, 244.

25 HR 8 februari 2008, ECLI:NL:HR:2008:AT4927; Gerechtshof Amsterdam 3 maart 2008, ECLI:NL:GHAMS:2008:BC8009; HR 8 februari 2008, ECLI:NL:PHR:2008:AT4921; Gerechtshof Leeuwarden 14 juli 2004, ECLI:NL:GHLEE:2004:AR2236; Gerechtshof 's-Gravenhage 16 januari 2004, ECLI:NL:GHSGR:2004:AO2286; Gerechtshof 's-Hertogenbosch 8 januari 2010, ECLI:NL:GHSHE:2010:BM2877; Parket bij de HR 26 juni 2014, ECLI:NL:PHR:2014:688; Parket bij de Hoge Raad 5 maart 2010, ECLI:NL:PHR:2010:BG7206.

26 De Staatssecretaris van Financiën in de Resolutie van 23 april 1986, nr. 286-1389, V-N 2996, met name punt 4.

Een belangrijk aspect in de rechtspraak blijkt in de eerste plaats dat het motief om deze afwijking toe te staan is gelegen in het feit te voorkomen dat er sprake is van een dubbele belasting. Soms wordt op deze uitzondering een beroep gedaan waarbij de rechter in de betreffende context tot de conclusie komt dat de transacties een onderdeel vormen van een aanzienlijke belastingfraude waardoor de belastinginspecteur door de rechter in het gelijk wordt gesteld.[27]

Een ander geval is de situatie waarbij de belastingplichtige zelf niet de nodige zorgvuldigheid in de relatie tot de belastingdienst in acht heeft genomen, terwijl hij wel op de hoogte was. De rechter oordeelt dan dat belanghebbende, bekend zijnde met de problematiek van overdracht van ondernemingen, in het onderhavige geval bewust het risico heeft genomen dat ten onrechte omzetbelasting in rekening werd gebracht. Alsdan is van de in meergenoemde resolutie bedoelde zorgvuldigheid met betrekking tot het accepteren van de aan belanghebbende uitgereikte facturen geen sprake. Derhalve is op grond van die resolutie naheffing bij belanghebbende mogelijk en is de naheffingsaanslag voor wat betreft de levering van de onroerende zaak terecht opgelegd.[28]

Ook wijs ik op de rechtspraak waarbij de samenhang tussen behoorlijk en goed bestuur bij de belastingrechter aan de orde is.[29]

Er is nog een derde manier waarop goed bestuur in de (bestuurs)rechtspraak aan de orde is en dat betreft een soort basisnotie waaraan bestuursorganen moeten voldoen. Zo is er een al wat oudere uitspraak uit 2003 van de Afdeling met betrekking tot de door het College van B&W van Den Haag aan Vestia verleende vergunning voor het slopen van beschermde monumenten.[30] Appellante voert aan dat het college met vooringenomenheid heeft gehandeld omdat het zich bij de besluitvorming gebonden heeft gevoeld aan het Convenant Duindorp dat de Gemeente Den Haag heeft gesloten met het Wijkberaad Duindorp, de Bewonersraad Duindorp en verhuurder Vestia.

De Afdeling merkt op dat de strekking van artikel 2:4, eerste lid, Awb blijkens de memorie van toelichting is dat geenszins moet worden vermeden dat een bestuursorgaan vanuit bepaalde beleidskeuzes werkt; het voeren van beleid is immers inherent aan goed bestuur.[31] Het convenant behelst een samenvatting van het beleid dat partijen zijn overeengekomen, en dat nader zal worden vastgelegd in een wijkplan voor Duindorp. Met het oog daarop dwingt de omstandigheid dat het convenant is opgesteld op zich niet tot de conclusie dat het college heeft gehandeld met vooringenomenheid in de zin van artikel 2:4, eerste lid, van de Awb. Gelet op hetgeen over de besluitvorming uit de stukken blijkt, heeft de rechtbank ook verder geen grond aanwezig hoeven achten om tot vooringenomenheid van het college te concluderen.

Aldus zien we dat goed bestuur hier in de betekenis van het voeren van beleid door de rechter als een soort basisnorm voor het bestuursoptreden wordt gepresenteerd. Dit sluit aan bij de ook door de rechter vermelde passages uit de memorie van

---

27 HR 11 juli 2008, ECLI:NL:HR:2008:AX6292.
28 Gerechtshof Amsterdam 03-03-2008. ECLI:NL:GHAMS:2008:BC8009.
29 HR 8 februari 2013, ECLI:NL:PHR:2013:BX0945.
30 ABRvS 6 augustus 2003, ECLI NL:RVS:2003:AI0807.
31 *Kamerstukken II* 1988/89, 21 221, nr. 3, p. 53-54.

toelichting waarbij de eisen van bestuursoptreden zonder aanzien des persoons als het voeren van beleid inherent zijn aan goed bestuur.

In een andere uitspraak van de Afdeling[32] speelt de opvatting van het bestuursorgaan dat het honoreren van een zienswijze vanuit het oogpunt van goed bestuur niet wenselijk is. De gewenste aanpassing is zo groot dat deze volgens de raad niet bij een gewijzigde vaststelling van het bestemmingsplan moet worden geregeld, ook omdat daarover geen inspraak heeft kunnen plaatsvinden. Verder is in de besluitvorming geen rekening gehouden met de gevolgen voor verkeer en milieu van een dergelijke verhoging van de bouwhoogte. Voorts zijn deze plannen voor het gemeentebestuur niet haalbaar, omdat geen anterieure overeenkomst is gesloten en geen exploitatieplan is vastgesteld.

Ten slotte zijn er nog verschillende rechterlijke uitspraken waarbij de norm van goed bestuur aan de orde is. Zo dient op grond van het vierde lid van artikel 2.42 van de Mediawet 2008 een aanvrager ten genoegen van het Commissariaat van de Media aan te tonen dat de instelling voldoet aan de eisen aangaande goed bestuur en toezicht, verantwoording, transparantie en integriteit.[33] In een ander geval wordt gesteld dat de Sociale verzekeringsbank (Svb) vanwege de lange duur van de behandeling in strijd heeft gehandeld met de regels van goed bestuur en met het EVRM. De rechter stelt dat er sprake moet zijn van consistentie in het beleid en lijkt geen kennis te hebben van de hierna te behandelen rechtspraak van het EHRM vanaf 2011.[34] Door een andere rechter wordt de schending van de eisen van goed bestuur gezien als een vorm van corruptie.[35]

5 Doorwerking algemene beginselen van goed bestuur vanuit de EU-rechtspraak

Hoewel voor een nauwkeurig beeld van de doorwerking van de algemene beginselen van goed bestuur vanuit het EU-recht in het Nederlandse recht eerst de Europese wet- en regelgeving alsmede de Europese rechtspraak beschreven zou moeten worden, heb ik ervoor gekozen om de Nederlandse rechtspraak als startpunt te nemen. Ik bekijk de Nederlandse jurisprudentie voor zover daarin invulling wordt gegeven aan het recht op goed bestuur zoals dat in artikel 41 van het Handvest is omschreven. Artikel 41 staat in het hoofdstuk *Burgerschap* en wordt hier mede beoordeeld in het licht van artikel 47 dat in een ander hoofdstuk – het hoofdstuk *Rechtspleging* – is opgenomen en voorziet in een recht op een doeltreffende voorziening en op een onpartijdige rechter. Artikel 41 ziet op de bestuurlijke fase bij het bestuursoptreden en artikel 47 op de rechterlijke fase.

Vervolgens moet ook nog gewezen worden op enkele algemene aspecten van het Handvest die in het bijzonder van belang zijn in relatie tot genoemde artikelen 41

32 ABRvS 3 september 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3273.
33 ABRvS 13 juli 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BR1458.
34 CRvB 30 maart 2012, ECLI:NL:CRVB:2012:BW0888.
35 Gemeenschappelijk Hof van Justitie van Aruba, Curaçao, Sint Maarten en van Bonaire, Sint Eustatius en Saba 19 april 2011, ECLI:NL:OGHACMB:2011:BQ6343.

en 47. Artikel 6 van het VEU, zoals gewijzigd door het Verdrag van Lissabon (waarbij is bepaald dat het Handvest dezelfde juridische waarde heeft gekregen als de Verdragen), is op 1 december 2009 in werking getreden. Met die inwerkingtreding is ook het Handvest bindend geworden. Dat Handvest houdt geen verruiming in van de bevoegdheden zoals die zijn bepaald bij de Verdragen. Voorts is van belang te wijzen op artikel 51, eerste lid, van het Handvest dat bepaalt dat het Handvest is gericht tot de instellingen, organen en instanties van de Unie met inachtneming van het subsidiariteitsbeginsel. Dit artikel richt zich tevens tot lidstaten wanneer zij het recht van de Unie ten uitvoer brengen. Dit betekent dat ook de Nederlandse rechter met genoemde bepalingen van doen kan krijgen ingeval Nederlandse bestuursorganen het recht van de Europese Unie ten uitvoer brengen.

In de eerste plaats valt op dat Nederlandse rechters (net als hun Europese collega's) niet steeds een duidelijk onderscheid maken tussen de artikelen 41 en 47 van het Handvest, hoewel beide artikelen qua formulering duidelijk verschillen. Zo is er een zaak die speelt bij de Rechtbank Den Haag waarbij de eiser een beroep doet op artikel 41 en artikel 47 van het Handvest.[36] De rechtbank is het niet eens met de stelling dat zijn recht op behoorlijk bestuur, als bedoeld in artikel 41, is geschonden. Het enkele feit dat de aanvraag van betrokkene niet heeft geleid tot verlening van de gevraagde verblijfsvergunning, vormt in ieder geval onvoldoende grond voor het oordeel dat zijn zaak niet op onpartijdige of billijke wijze of binnen een redelijke termijn is behandeld. Daarbij is eiser in de onderhavige procedure gehoord, in de gelegenheid gesteld de door hem van belang geachte feiten en omstandigheden naar voren te brengen door middel van een zienswijze, heeft hij inzage gehad in zijn dossier en heeft verweerder zijn beslissing afdoende gemotiveerd.

Ook het beroep van betrokkene op artikel 47 van het Handvest slaagt niet omdat hij een rechtsmiddel heeft kunnen instellen tegen het besluit tot oplegging van het inreisverbod. Dat dit beroep niet tot de door betrokkene gewenste uitkomst heeft geleid, maakt niet dat het ingestelde rechtsmiddel niet kan worden aangemerkt als een doeltreffende voorziening in rechte bij een onpartijdig gerecht.

Van belang is ook hetgeen de rechter onder verwijzing naar twee bekende Hofuitspraken opmerkt terzake van het verdedigingsbeginsel.[37] Volgens de EU-rechtspraak leidt schending van de rechten van de verdediging – kort gezegd – pas tot nietigverklaring van het na afloop van de administratieve procedure genomen besluit, wanneer deze procedure zonder deze onregelmatigheid een andere afloop had kunnen hebben.[38]

In een volgende zaak bij het gerechtshof[39] wordt ook in het kader van artikel 41 van het Handvest gesproken van het verdedigingsbeginsel omdat betrokkene niet is gehoord. De rechter merkt op dat, ook indien sprake zou zijn van een schending van het beginsel – de rechter laat zich hierover niet uit – dit nog niet leidt tot vernietiging van een naheffingsaanslag. De rechter verwijst hierbij naar recente Europese

---

36 Rb. Den Haag 29 april 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:8031.
37 HvJ EG 18 december 2008, C-349/07 (*Sopropé*); HvJ EU 10 september 2013, C-383/13, punt 38.
38 Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 27 mei 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:4204.
39 Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 26 augustus 2014, ECLI: NL:GHARL:2014:6884.

rechtspraak: *Kamino en Datema*, C-129/13 en C-130/13.[40] Daaruit volgt dat schending van de rechten van de verdediging pas tot nietigverklaring van het na afloop van de administratieve procedure genomen besluit leidt, wanneer deze procedure zonder deze onregelmatigheid een andere afloop had kunnen hebben.

Vervolgens worden de beginselen van behoorlijk bestuur uitgebreid aan de orde gesteld en dan in het bijzonder het vertrouwensbeginsel en het zorgvuldigheidsbeginsel. Het hof komt tot de conclusie dat er geen sprake is van schending van enig algemeen beginsel van behoorlijk bestuur. Ik vind het wel opmerkelijk dat de rechter hier wel een duidelijk onderscheid aanbrengt tussen enerzijds de beginselen van de artikelen 41 en 47 van het Handvest en anderzijds de beginselen van behoorlijk bestuur en meer in het bijzonder het vertrouwensbeginsel en het zorgvuldigheidsbeginsel.

Ten slotte vraag ik aandacht voor een kortgeleden gepubliceerde conclusie van de A-G bij de Hoge Raad waarbij artikel 41 van het Handvest aan de orde is en waarbij in het cassatiemiddel schending van het nationale recht, in het bijzonder van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur naar voren wordt gebracht.[41] Allereerst merkt de A-G op dat belanghebbende meent dat het recht om te worden gehoord voordat een nadelige individuele maatregel wordt genomen, is vastgelegd in artikel 41 van het Handvest. Aangezien het hier om een zuiver intern belastinggeschil gaat, kan belanghebbende geen direct beroep doen op artikel 41 Handvest van de grondrechten van de Europese Unie.[42] Dit betekent echter niet dat dit Handvest geen hulp kan bieden bij het geven van uitleg aan een rechtsbeginsel uit de nationale rechtsorde. De Hoge Raad heeft van die mogelijkheid immers ook gebruikgemaakt bij zijn oordeel over de toekenning van een schadevergoeding wegens overschrijding van de redelijke termijn in zuivere belastinggeschillen. Voor de daarbij geldende uitgangspunten, sluit de Hoge Raad aan bij de uitgangspunten die gelden bij fiscale boeten op grond van artikel 6 EVRM.[43] Aldus wijst de A-G op de mogelijkheid om artikel 41 van het Handvest te gebruiken bij een interpretatie van een rechtsbeginsel uit de nationale rechtsorde.

Vervolgens bespreekt de A-G de relevante bepalingen uit de wetgeving (art.4:8, 4:12 en 6:22 Awb) en het Handvest (art. 41, eerste en tweede lid). Nu heeft de Hoge Raad bij arrest van 22 februari 2013 in een douanezaak de volgende prejudiciële vragen gesteld aan het Hof van Justitie EU:

1. Leent het Europeesrechtelijke beginsel van eerbiediging door de administratie van de rechten van de verdediging zich voor rechtstreekse toepassing door de nationale rechter?
2. Indien het antwoord op vraag 1 bevestigend wordt beantwoord:
   a. moet het Europeesrechtelijke beginsel van eerbiediging door de administratie van de rechten van de verdediging aldus worden geïnterpreteerd dat het beginsel is geschonden indien de adressaat van een voorgenomen beslissing weliswaar niet is gehoord voordat de administratie jegens hem

---

40 HvJ EU 3 juli 2014, C-129/13 en C-130/13 (*Kamino en Datema*), ECLI:EU:C:2014:2041, punt 80.
41 Parket bij de HR, Conclusie A-G 9 juli 2014, ECLI:NL:PHR:2014:1526.
42 HvJ EU 1 maart 2011, C-457/09 (*Chartry*).
43 Zie o.a. HR 10 juni 2011, *BNB* 2011/232.

een bezwarende maatregel nam maar in een nadien volgende bestuurlijke (bezwaar)fase, die voorafgaat aan een rechtsingang bij de nationale rechter, alsnog in de gelegenheid is gesteld te worden gehoord?

b. worden de rechtsgevolgen van schending door de administratie van het Europeesrechtelijke beginsel van eerbiediging van de rechten van de verdediging bepaald door het nationale recht?

3. Indien het antwoord op vraag 2b ontkennend is: welke omstandigheden kan de nationale rechter bij het bepalen van de rechtsgevolgen in aanmerking nemen, en met name kan hij in aanmerking nemen dat de procedure zonder de schending door de administratie van het Europeesrechtelijke beginsel van eerbiediging van de rechten van de verdediging een andere afloop zou hebben gehad?

De A-G geeft het Hof van Justitie EU in overweging de door de Hoge Raad gestelde vragen als volgt te beantwoorden: (1) Particulieren kunnen zich tegenover de nationale rechterlijke instanties rechtstreeks beroepen op het beginsel van eerbiediging van de rechten van de verdediging door het bestuursorgaan; (2a) Een nationale wettelijke regeling als die welke in het hoofdgeding aan de orde is, waarin de adressaat van een bezwarend besluit niet de mogelijkheid wordt geboden om te worden gehoord voordat de beschikking wordt gegeven, maar wel de mogelijkheid om tijdens een latere administratieve fase te worden gehoord, zonder dat dit beroep evenwel leidt tot een automatische schorsing van het bezwarend besluit, doet afbreuk aan het beginsel van eerbiediging van de rechten van de verdediging van de justitiabele en, meer specifiek, aan het recht om te worden gehoord; (2b) De voorwaarden waaronder het beginsel van eerbiediging van de rechten van de verdediging moet worden gewaarborgd en de gevolgen van de schending van dat beginsel worden bepaald door het nationale recht, mits de in dat verband vastgestelde maatregelen dezelfde draagwijdte hebben als die voor particulieren in vergelijkbare nationaalrechtelijke situaties (gelijkwaardigheidsbeginsel), en de uitoefening van de door de rechtsorde van de Unie verleende rechten van de verdediging in de praktijk niet onmogelijk of uiterst moeilijk wordt gemaakt (effectiviteitsbeginsel); (3) Aangezien de nationale rechter verplicht is om de volle werking van het Unierecht te verzekeren, kan hij, wanneer hij de gevolgen van een schending van de rechten van de verdediging (in het bijzonder het recht om te worden gehoord) beoordeelt, rekening houden met de omstandigheid dat een dergelijke schending pas tot nietigverklaring van het na afloop van de betrokken administratieve procedure genomen besluit leidt wanneer deze procedure zonder deze onregelmatigheid een andere afloop zou kunnen hebben gehad.

6 Betekenis algemene beginselen van goed bestuur vanuit de EVRM-rechtspraak

Bij de bespreking van de EVRM-rechtspraak richt ik mij op de rechterlijke uitspraken waarin gebruik wordt gemaakt van het beginsel van goed bestuur in het kader van het EVRM. Ik ga daarbij ook in op de (mogelijke) betekenis van die rechtspraak voor de nationale rechters.

Eerst een korte schets van de hoofdlijnen in de jurisprudentie van het Straatsburgse Hof met betrekking tot de invulling van de beginselen van goed bestuur via de norm van good governance. Het startpunt ligt halverwege de jaren negentig van de vorige eeuw toen het Hof in enkele zaken waar Nederland bij was betrokken, gebruikmaakte van de samenstelling van 'general principles of good governance'. Daarvan zijn verschillende voorbeelden.[44] Het blijkt in die context steeds te gaan om één of enkele van de bekende acht beginselen van behoorlijk bestuur.

Een tweede, ruimere benadering vinden we vanaf 2008 in de jurisprudentie van het Hof. Met verwijzing naar een door de Raad van Europa opgesteld verdrag wordt 'good governance' gebruikt als fundamenteel concept waaraan door lidstaten moet worden voldaan.[45] In een ander geval wordt een nationale grondwet aangehaald, in dit geval de Finse, en wordt gesteld dat het gaat om 'guarantees of a fair trial and good governance'.[46]

Een derde lijn is ingezet met enkele in 2011 door het Hof gewezen arresten. In het eerste arrest – *Rysovskyy t. Oekraïne*[47] – wordt het beginsel van 'good governance' gebruikt om te beoordelen of het bestuursoptreden in overeenstemming is met het verdrag, waarbij artikel 1 van het Eerste Protocol de rechtsingang vormt. De eis die aan het bestuursoptreden vanuit het good governance-beginsel wordt gesteld, is de volgende: 'in good time and in an appropriate and above all consistent manner'. Daaraan worden in latere uitspraken enkele elementen toegevoegd, namelijk: transparantie, minimalisering risico van fouten en uiterste zorgvuldigheid.

Ook het arrest *Maksymenko en Gerasymenko t. Oekraïne*[48] past in die lijn. In dit arrest herhaalt het Hof de bijzondere betekenis van het beginsel van 'good governance'. Dit beginsel vereist dat bij een onderwerp van algemeen belang, in het bijzonder wanneer de zaak fundamentele mensenrechten beïnvloedt (zoals met betrekking tot eigendom), de overheidsautoriteiten tijdig moeten handelen op een geschikte/passende en bovenal consistente wijze. Het beginsel van 'good governance' moet niet – als regel – autoriteiten ervan weerhouden om fouten te corrigeren die zijn gemaakt, zelfs als die het gevolg zijn van hun eigen nalatigheid. Echter, de noodzaak om een oude fout te corrigeren mag niet op een disproportionele wijze in strijd zijn met nieuwe rechten die zijn verkregen door een individu dat in goed vertrouwen is uitgegaan van de legitimiteit van het handelen van overheidsautoriteiten. Met andere woorden, de overheidsautoriteiten zijn in gebreke gebleven door niet in te grijpen of aanvullingen aan te brengen op hun eigen procedures; het mag hen daarom niet worden toegestaan om te profiteren van hun eigen fouten of te ontsnappen aan hun eigen verplichtingen. Het risico van een door een overheidsautoriteit gemaakte fout moet gedragen worden door de overheid zelf en de fouten mogen niet worden verhaald op de betreffende individuen. In de context van het intrekken van een eigendomsrecht vanwege fouten, legt het 'good governance'-beginsel niet

---

44 EHRM 28 november 1996, no. 23366/94 (*Nsona t. Nederland*); EHRM 28 november 1996, no. 21702/93 (*Ahmut t. Nederland*); EHRM 19 april 1994, no. 16034/90 (*Van de Hurk t. Nederland*); EHRM 23 februari 1995, no. 15375/89 (*Gasus Gmbh t. Nederland*).

45 EHRM 12 februari 2008, no. 14277/04 (*Guja t. Moldavië*).

46 EHRM 21 april 2009, no. 19235/03 (*Marittinen t. Finland*).

47 EHRM 20 oktober 2011, no. 29979/04 (*Rysovskyy t. Oekraïne*).

48 EHRM 16 mei 2013, no. 49317/07 (*Maksymenko en Gerasymenko t. Oekraïne*).

alleen de verplichting op om snel en op een correcte wijze een fout te herstellen, maar kan het ook noodzaken tot een adequate compensatie of een ander type van herstel ten opzichte van de vorige eigenaar die in goed vertrouwen handelde.

Het beginsel van 'good governance' heeft inmiddels in de jurisprudentie van het EHRM een veel ruimere betekenis gekregen dan de beginselen van behoorlijk bestuur zoals die in de rechtspraak uit begin jaren negentig van de vorige eeuw werden gebruikt. Ook aspecten zoals behoorlijkheid, transparantie, participatie, verantwoording en mensenrechten vallen daaronder. Al deze elementen hebben een plaats gekregen in diverse stukken die in de loop der tijd in het kader van de Raad van Europa zijn verschenen. Met de derde lijn geeft het EHRM echter een eigen invulling aan het beginsel van good governance bij de toetsing van overheidsoptreden. Die invulling is tweeledig en stelt eisen aan de snelheid waarmee een onjuiste beslissing moet worden gecorrigeerd. Het bestuur kan zich daardoor genoodzaakt zien om voldoende compensatie te betalen of een andere geschikte vorm van herstel aan te bieden. Met de tweeledige invulling heeft het beginsel van good governance een belangrijke plaats gekregen bij deze rechterlijke toetsing. Die omstandigheid verdient meer aandacht dan deze tot dusverre heeft gekregen.

7 Concluderende opmerkingen

In het voorgaande zijn verschillende argumenten genoemd die van belang zijn voor de aandacht voor de beginselen van goed bestuur in het bestuursrecht. Gelet op de bijzondere belangstelling in de praktijk voor de rechtspraak heb ik in deze bijdrage daarop mijn aandacht gericht.

Het verschaffen van de wenselijke helderheid omtrent het concept en de beginselen van goed bestuur wordt bemoeilijkt door gebrekkige vertalingen op nationaal en Europees niveau en de dientengevolge beperkte eenduidigheid en consistentie in het gebruik van het concept en de beginselen van goed bestuur. Er wordt gepleit voor een onderscheid tussen de beginselen van behoorlijk en de beginselen van goed bestuur. Het concept van goed bestuur wordt in samenhang met de concepten van rechtsstaat en democratie gerekend tot de fundamenten van de moderne staat.

In de Nederlandse bestuurs- en belastingrechtspraak worden het concept en de beginselen van goed bestuur in drie situaties gebruikt.

In de eerste plaats wanneer er sprake is van een Code Goed Bestuur waarbij het rechtskarakter een belemmering lijkt te vormen voor een beoordeling van de rechter, maar waarin de rechter op een meer indirecte wijze toetst of er sprake is van schending van de Code. Voorts merkt de rechter op dat een eventuele schending in ieder geval niet kan leiden tot het onverbindend verklaren van de in het geding zijnde verordening.

De tweede categorie van gevallen betreft het gebruik van de norm van Goed Bestuur als een algemene rechtsnorm die mede wordt ingevuld door de beginselen van behoorlijk bestuur maar die toch een ruimere invulling van de rechter krijgt. Men zou kunnen spreken van een toetsing van de Goed Bestuur-norm via een 'behoorlijkheid plus-toets' door de rechter.

Bij de derde groep gaat het om de toepassing van het belastingrecht waarbij met betrekking tot het opleggen van een naheffing in de circulaire is bepaald dat daarbij de eisen van Goed Bestuur in acht zullen worden genomen. Aan die eis wordt door de belastingrechter inhoud gegeven, waarbij de beginselen van behoorlijk bestuur een belangrijke inspiratiebron blijken te zijn.

Ik kom nu bij de toetsing van het in de artikelen 41 en 47 van het EU-Handvest uitgewerkte recht op goed bestuur. De rechter is niet steeds consequent in het maken van het onderscheid tussen beide (in verschillende hoofdstukken staande) rechten. Artikel 41 ziet op de bestuurlijke fase en artikel 47 vooral op de rechterlijke fase. In de tweede plaats leidt schending van genoemd artikel nog niet tot een vernietiging van het aangevochten besluit, tenzij de procedure zonder deze schending een andere afloop zou hebben gehad. Een derde punt van aandacht is dat er bij de toepasselijkheid van de artikelen 41 en 47 soms wel een duidelijk onderscheid wordt gemaakt tussen de daarin vervatte beginselen en de beginselen van behoorlijk bestuur. Als vierde punt noem ik het advies van de A-G bij de Hoge Raad waarin wordt gesteld dat particulieren zich tegenover de nationale rechterlijke instanties rechtstreeks kunnen beroepen op het beginsel van eerbiediging van de rechten van de verdediging door het bestuursorgaan.

Dan de good governance-jurisprudentie van het Straatsburgse Hof waarin drie ontwikkelingslijnen zijn te onderscheiden. In de eerste fase halverwege de jaren negentig werden beginselen van behoorlijk bestuur tot de general principles of good governance gerekend. Vanaf 2008 wordt good governance door het Hof gebruikt als fundamenteel concept waaraan een rechtsstaat moet voldoen. Sinds 2011 wordt het beginsel van good governance gebuikt om te beoordelen of het bestuursoptreden in overeenstemming is met het verdrag inclusief de daarbij behorende protocollen.

De eindconclusie van deze bijdrage kan zijn dat het concept en de beginselen van goed bestuur op verschillende plaatsen in de rechtspraak terug te vinden zijn. In sommige gevallen als fundamentele norm, die geen plaats in de Grondwet heeft gekregen, maar als een grondbeginsel van het EVRM wordt gezien. De doorwerking van deze rechtspraak in de Nederlandse rechtspraak is gering maar dit ligt anders ten aanzien van het recht op goed bestuur en de uitwerking daarvan in de artikelen 41 en 47 van het Handvest. Daar werkt de nationale rechter mee, hoewel hier en daar wel meer onderscheidingen zouden kunnen worden aangebracht tussen beide artikelen waaronder de beginselen van goed bestuur aan de ene kant en de beginselen van behoorlijk bestuur aan de andere kant. Maar ook de in Code Goed Bestuur verankerde beginselen van goed bestuur laten zich goed door de rechter gebruiken. Ten slotte blijkt Goed Bestuur ook als een algemene rechtsnorm te worden gebruikt.

We staan met het concept en de beginselen van goed bestuur in het kader van het Nederlandse algemeen bestuursrecht aan het begin van belangrijke ontwikkelingen, ook in het kader van de Europeanisering en internationalisering van dit rechtsgebied. Doel is uiteindelijk het bevorderen van rechtszekerheid en rechtsgelijkheid waarbij goed bestuur een vanzelfsprekendheid is voor al degenen die zich bezighouden met het bestuursrecht.

Lang leve de jarige VAR!

Europeanisering door rechtsbeginselen

Op weg naar rechtseenheid en duidelijkheid of de bescherming van de Nederlandse burger in gevaar?

Jacobine van den Brink en Willemien den Ouden[*]

1 Inleiding

In een bundel over de Europeanisering van het Nederlands bestuurs(proces)recht mag een bijdrage over de invloed van Unierechtelijke rechtsbeginselen natuurlijk niet ontbreken. Zoals al vaak is geconstateerd spelen de Unierechtelijke beginselen een bijzondere rol in de gedeelde rechtsorde. Door hun 'open karakter' zijn zij bijzonder geschikt voor de onderlinge afstemming van verschillende rechtsstelsels. Bovendien is het relatief jonge EU-recht vaak verre van af: gaten kunnen worden gevuld en tegenstrijdigheden kunnen worden gladgestreken met toepassing van flexibele beginselen.[1] Dat is in de rechtspraktijk goed zichtbaar. Met een zekere regelmaat benoemt het Hof van Justitie een nieuw rechtsbeginsel,[2] vaak aanvankelijk met een zeer globale inhoud, om daar vervolgens steeds specifiekere regels uit af te leiden. Deze regels normeren dusdoende steeds gedetailleerder (ook) het handelen van nationale autoriteiten, althans wanneer deze binnen de werkingssfeer van het Unierecht handelen. Voor Nederlandse bestuursorganen vormen deze beginselen normen die zij bij hun besluitvorming in acht dienen te nemen; voor bestuursrechters zijn het toetsstenen aan de hand waarvan de rechtmatigheid van besluiten dient te worden beoordeeld.

In veel gevallen laat het Hof van Justitie zich voor de vormgeving en inhoud van de Unierechtelijke rechtsbeginselen inspireren door bestaande nationale rechtsbeginselen en de gemeenschappelijke elementen daarin.[3] Gezien de uiteenlopende

---

* Mr. dr. J.E. van den Brink is universitair docent staats- en bestuursrecht aan de Universiteit Leiden. Prof. mr. drs. W. den Ouden is hoogleraar staats- en bestuursrecht aan de Universiteit Leiden.

1 Vgl. C. Semmelmann, 'General Principles in EU Law between a Compensatory Role and an Intrinsic Value', *European Law Journal* 2013, p. 457-487, H.C.H. Hofmann, G.C. Rowe & A.H. Türk, *Administrative Law and Policy of the European Union*, Oxford: Oxford University Press 2011, p. 71; J.H. Jans, S. Prechal & R.J.G.M. Widdershoven, *Inleiding tot het Europees Bestuursrecht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2011, p. 117 e.v.; R.J.G.M. Widdershoven, M.J.M. Verhoeven, S. Prechal, A.P.W. Duijkersloot, J.W. van de Gronden, B. Hessel & R. Ortlep, *Derde evaluatie van de Algemene wet bestuursrecht. De Europese agenda van de Awb*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007, p. 37 e.v.; J. Schwarze, *European Administrative Law*, Londen: Sweet & Maxwell 2006, p. 65.

2 Zie hieromtrent ook R.J.G.M. Widdershoven, 'Naar een Europese harmonisatie van het nationale bestuursrecht?', *NTB* 2014/33.

3 Hofmann, Rowe & Türk 2011, p. 71-72; K. Lenaerts & J.A. Gutiérrez-Fonds, ‚The constitutional allocation of powers and general principles of EU Law', *CMLRev* 2010, p. 1629-1669, p. 1629; T. Tridimas, *The general Principles of EU Law*, Oxford: Oxford EC Law Library 2006, p. 20 e.v.

invullingen van die rechtsbeginselen in de verschillende lidstaten, is het niet te voorkomen dat de inhoud en reikwijdte van Unierechtelijke beginselen en hun nationale broertjes en zusjes op punten uiteen gaan lopen. Bovendien is niet ieder Unierechtelijk rechtsbeginsel bekend in alle lidstaten en liggen aan dezelfde rechtsbeginselen in de verschillende nationale rechtsorden soms heel verschillende uitgangspunten ten grondslag. Daarbij komt dat het Hof niet schroomt om de uitleg van de verschillende rechtsbeginselen aan te passen aan de specifieke situatie van de EU, hetgeen resulteert in Unierechtelijke rechtsbeginselen met een eigen autonome inhoud.[4]

Het voorgaande betekent automatisch dat binnen de nationale rechtsorden vragen ontstaan rond de Unierechtelijke beginselen. In hoeverre is er bijvoorbeeld bij de implementatie en tenuitvoerlegging van EU-recht nog plaats voor de nationale varianten van rechtsbeginselen? En in hoeverre is het logisch, handig of wenselijk om de nationale varianten van rechtsbeginselen te laten toegroeien naar hun Unierechtelijke evenknieën?

Het verschijnsel van Europeanisering van het nationale bestuursrecht door Unierechtelijke beginselen is als gezegd niet nieuw, en zeker voor sommige Unierechtelijke rechtsbeginselen, zoals het gelijkheidsbeginsel en het evenredigheidsbeginsel, geldt dat hun beïnvloeding van het nationale recht al vergaand is uitgekristalliseerd. Wij willen een actuele en in omvang aanvaardbare bijdrage leveren aan deze bundel en kiezen in dat verband voor vier Unierechtelijke beginselen die in Nederland op dit moment stevig worden bediscussieerd. Eerst bespreken wij in dat kader het legaliteitsbeginsel en het vertrouwensbeginsel, twee beginselen die in hun nationale variant worden 'bedreigd' door de jurisprudentie van het Hof van Justitie, in die zin dat de Europese rechtsbeginselen minder bescherming (lijken te) bieden voor burgers tegen ingrijpend handelen van nationale bestuursorganen op basis van het EU-recht. Vervolgens richten we de blik op twee rechtsbeginselen die als zodanig niet van oudsher in het Nederlands bestuursrecht voorkwamen en waarschijnlijk nog tot de nodige discussie aanleiding zullen geven,[5] het verdedigingsbeginsel en het transparantiebeginsel. Deze beginselen lijken de Nederlandse burger juist verdergaande aanspraken te geven, wat zorgt voor een mooi contrast met de eerste twee beginselen die onderwerp van studie zijn.

Voor deze vier beginselen willen wij het Europeaniseringsproces bezien en de vraag stellen hoe dat te waarderen. Is de Europeanisering van het Nederlandse bestuursrecht via rechtsbeginselen een onvermijdelijke ontwikkeling die leidt tot rechtseenheid en rechtszekerheid in de Europese rechtsorde, of betekent deze ontwikkeling (ook of vooral) dat de rechtsbescherming van de Nederlandse burger steeds verder onder druk komt te staan in een uitdijend stelsel van gedeeld bestuur?[6] Daarbij besteden wij bij ieder Unierechtelijk beginsel vanzelfsprekend (kort) aandacht aan de ontwikkeling daarvan in de jurisprudentie van het Hof van

---

4 Vgl. Hofmann, Rowe & Türk 2011, p. 72; Tridimas 2006, p. 23.

5 Zie ook R.J.G.M. Widdershoven, 'Back to the future: de Europese Unie en het algemeen bestuursrecht', *JBplus* 2012, p. 195-213, p. 201-202.

6 Veelzeggend is in dat kader de titel van de preadviezen van de Jonge VAR in 2009. Zie M.J.M. Verhoeven, J.E. van den Brink & A. Drahmann, *Europees offensief tegen nationale rechtsbeginselen? Over legaliteit, rechtszekerheid, vertrouwen en transparantie*, Preadviezen Jonge VAR 2009, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010.

Justitie,[7] maar onze aandacht gaat vooral uit naar de interpretatie en implementatie daarvan door Nederlandse bestuursrechters. Welke aanpak kiezen zij om deze Europeanisering in de rechtspraktijk handen en voeten te geven? En kunnen zij dat ook in alle gevallen, of ligt hier ook een rol voor de Awb-wetgever?

2 De Europeanisering van rechtsbeginselen

2.1 *Legaliteit*

In de literatuur wordt algemeen aanvaard dat er een Europees legaliteitsbeginsel bestaat[8] en dat blijkt ook uit de jurisprudentie.[9] Het legaliteitsbeginsel leidt heel regelmatig tot discussies bij geschillen over besluiten genomen door Nederlandse bestuursorganen ter uitvoering van Unierecht. In die discussie ligt het accent op de betekenis van het Nederlandse legaliteitsbeginsel bij de uitvoering van Europese verordeningen. Dat de Europese wetgever in een Unierechtelijke verordening[10] een bevoegdheidsgrondslag *kan* geven voor handelen van Nederlandse

---

7 Zie voor veel diepgaander bespreking van Europese aspecten van het legaliteitsbeginsel bijv. L. Besselink, F. Pennings & S. Prechal (red.), *The Eclipse of the Legality Principle in the European Union*, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International 2011, voor het vertrouwensbeginsel bijv. N.A. de Vos, *Europeanisering van het vertrouwensbeginsel. De betekenis van het Europese vertrouwensbeginsel voor de equivalente beginselen in Nederland, Frankrijk en België in het kader van een groeiend ius commune*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011, voor het verdedigingsbeginsel Jans e.a. 2011, p. 180 e.v. en A.J.C. de Moor-van Vugt, 'The Ghost of the "Criminal Charge": the EU Rights of the Defense in Dutch Administrative Law', *REALaw* 2012, p. 5-16 (hierna: De Moor-van Vugt 2012A), en ten slotte, voor het transparantiebeginsel: A.W.G.J. Buijze, *The principle of transparency in EU law*, Den Bosch: BOXPress 2013 en de begin 2015 te verschijnen dissertatie over *Transparante en eerlijke verdeling van schaarse besluiten. Een onderzoek naar de toegevoegde waarde van een transparantieverplichting bij de verdeling van schaarse besluiten in het Nederlandse bestuursrecht*, van de hand van A. Drahmann.

8 Zie A.J.C. de Moor-van Vugt, 'Administrative Sanctions in EU Law', *REALaw* 2012, p. 5-41 (hierna: De Moor-van Vugt 2012B), p. 15 e.v.; Hofmann, Rowe & Türk 2011, p. 148 e.v.; M.J.M. Verhoeven, *The Costanzo Obligation. The Obligations of National Administrative Authorities in the Case of Incompatibility between National Law and European Law* (diss. Utrecht), Antwerpen: Intersentia 2011, p. 155-163; H. Eberhard, 'Das Legalitätsprinzip im Spannungsfeld von Gemeinschaftsrecht und nationalem Recht', *ZÖR* 2008, p. 49-116.

9 HvJ EG 21 september 1989, gevoegde zaken 46/87 en 227/88 (*Hoechst*), *Jur.* 1989, p. 2859, r.o. 19.

10 Wij beperken ons in deze bijdrage tot de discussie over bevoegdheidsgrondslagen in Europese verordeningen nu die het meest intensief is. Ook over bevoegdheidsgrondslagen in verdragen, richtlijnen en (vooral) besluiten wordt gediscussieerd, zie voor een overzicht van de discussie M.J.M. Verhoeven, 'Bestuursorganen en legaliteit in communautair perspectief', in: M.J.M. Verhoeven, J.E. van den Brink & A. Drahmann, *Europees offensief tegen nationale rechtsbeginselen? Over legaliteit, rechtszekerheid, vertrouwen en transparantie*, Preadviezen Jonge VAR, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010, p. 15-61; Jans e.a. 2011, p. 20-26; J.E. van den Brink, *De uitvoering van Europese subsidieregelingen in Nederland. Juridische knelpunten en uitdagingen* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2012, p. 229 e.v. en 551 e.v.; R. Ortlep, *De aantasting van stabiele bestuursrechtelijke rechtsvaststellingen in het licht van het Unierecht* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 2011, p. 50 e.v.; P.J. Huisman & N. Jak, 'Bevoegdheidsgrondslagen voor Awb-besluiten in internationaal en Europees recht', *NTB* 2010, p. 117-125 en i.h.b. over besluiten, Van den Brink & Den Ouden onder *AB* 2014/279 (ABRvS 20 november 2013 (*SOMVAO*)).

bestuursorganen, daarover lijkt iedereen het inmiddels wel eens.[11] Probleem is dat dat in theorie wel kan, maar in de praktijk vaak niet (volledig) gebeurt. In Europese regelgeving worden vrijwel nooit rechtstreeks Nederlandse bestuursorganen aangewezen als bevoegd gezag: het is gebruikelijk daarin te verwijzen naar 'de lidstaat', 'de nationale autoriteiten' of 'de beheersautoriteit', die moeten zorgdragen voor de tenuitvoerlegging van de Europese regels. Dat past geheel bij het leerstuk van de procedurele autonomie: het Unierecht geeft de norm en het is vervolgens aan de lidstaten zelf om te bepalen hoe daaruit voortvloeiende verplichtingen worden nagekomen, welke organen daarvoor worden aangewezen en welke procedures worden gevolgd.[12] Wel geldt dat wanneer een met de uitvoering van Unierechtelijke verplichtingen belaste nationale autoriteit in strijd handelt met het EU-recht de lidstaat daarvoor steeds aansprakelijk is.[13]

Een veel bediscussieerde vraag is wat er moet gebeuren op het moment dat de lidstaat verzuimt de bestuursorganen die feitelijk zijn belast met de uitvoering van Unierechtelijke verordeningen daartoe bij nationaal wettelijk voorschrift aan te wijzen en (voor zover nodig) daarvoor de nodige bevoegdheden toe te kennen. Die kwestie speelt in Nederland regelmatig en aanvankelijk oordeelde de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State (hierna: de ABRvS of de Afdeling) dat in dat geval geen bevoegdheid tot het nemen van de nodige besluiten bestond waarna deze (deels) werden vernietigd.[14]

Echter, in een reeks van procedures rond Europese subsidies gefinancierd uit het Europees Sociaal Fonds (ESF) die volgens de Europese Commissie in strijd met bepalingen van Unierecht waren verstrekt en op grond van de toepasselijke verordening dus moesten worden teruggevorderd, kwam de ABRvS tot de conclusie dat een terugvorderingsbevoegdheid naar nationaal recht ontbrak. Gelet daarop, besloot zij de vraag wat nu rechtens was toch in een prejudiciële procedure voor te leggen aan het Hof van Justitie EU.[15] Hoe kan aan de Unierechtelijke terugvorderingsver-

---

11 Dat een verordening een wettelijke grondslag kan vormen voor handelen van Nederlandse bestuursorganen valt inmiddels uit veel uitspraken af te leiden, vgl. bijv. HR 3 juli 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW3332, *AB* 2012/360, m.nt. Ortlep, CBb 7 januari 2011, ECLI:NL:CBB:2011:BP0967, *AB* 2011/244, m.nt. Ortlep, CBb 6 september 2013, ECLI:NL:CBB:2013:103, *AB* 2014/86, m.nt. R. Ortlep. Ook Jans e.a. concluderen dat de doctrine en de rechtspraak bevestigen dat verordeningen, voor wat betreft het legaliteitsbeginsel, kunnen worden gelijkgesteld aan een wettelijk voorschrift (Jans e.a. 2011, p. 23). Al blijft het op het gebied van de belastingheffing een gevoelige kwestie nu in art. 104 Grondwet de bewoordingen 'uit kracht van een wet' worden gebruikt, vgl. HR 4 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:779, *BNB* 2014/147, m.nt. Van Casteren. Soms zijn overigens uitvoeringsmaatregelen van de lidstaten noodzakelijk om het bepaalde in een verordening te kunnen uitvoeren: in dat geval kan geen directe bevoegdheid gevonden worden in de verordening, vgl. HvJ EU 26 september 2013, C-509/11 (*ÖBB-Personenverkehr*), *AB* 2014/120, m.nt. Ortlep & Verhoeven.

12 Zie Jans e.a. 2011, p. 15 e.v.

13 Zie hieromtrent uitgebreid C. de Kruif, *Onderlinge overheidsaansprakelijkheid voor schendingen van Europees recht. De complexiteit van het adagium 'de veroorzaker betaalt' in een veellagige rechtsorde*, Apeldoorn/Antwerpen: Maklu-uitgevers 2012, p. 69 e.v.

14 Zie bijv. ABRvS 11 januari 2006, ECLI:NL:RVS:2006:AU9416, *AB* 2006/208, m.nt. W. den Ouden, *Gst.* 2006, 98, m.nt. Van den Tweel (ontbrekende bevoegdheid voor het vorderen van rente bij terugvordering staatssteun).

15 Zie ABRvS 30 augustus 2006, *AB* 2007/241, m.nt. M.J. Jacobs & W. den Ouden (*Cedris*); ABRvS 30 augustus 2006, *AB* 2007/240, m.nt. M.J. Jacobs & W. den Ouden onder *AB* 2007/241, *JB*

plichting worden voldaan als het Nederlandse recht daarvoor aan de uitvoerende bestuursorganen niet de nodige bevoegdheden biedt? Moet of kan die bevoegdheid dan wellicht in het Unierecht worden 'gevonden', ook wanneer in de desbetreffende Unierechtelijke bepalingen niet met zoveel woorden een terugvorderingsbevoegdheid aan nationale uitvoeringsautoriteiten wordt toegekend?

Het arrest dat volgde, had helaas niet bepaald tot gevolg dat de discussie over het legaliteitsvraagstuk verstomde.[16] Het Hof van Justitie roept in herinnering dat verordeningen rechtstreeks toepasselijk zijn in de lidstaten, om daarna te benadrukken dat er een resultaatsverplichting is voor de lidstaten om wanneer onregelmatigheden zijn geconstateerd tot terugvordering over te gaan. Over de vraag of een verplichting voor de lidstaten ook leidt tot een bevoegdheid voor nationale bestuursorganen is het Hof opvallend kort van stof waar het stelt dat 'art. 23, lid 1, van verordening nr. 4253/88 voor de lidstaten, zonder dat een bevoegdheidsattributie naar nationaal recht noodzakelijk is, een verplichting schept om als gevolg van misbruik of nalatigheid verloren middelen terug te vorderen.'

Erg helder is dit antwoord niet. Dat op de lidstaten een terugvorderingsverplichting rust, was wel duidelijk. De vraag had daarom ook geen betrekking op de verplichting, maar op de daarvoor benodigde bevoegdheid van nationale bestuursorganen en de betekenis die in dat verband aan bepalingen in Europese verordeningen kan of moet worden toegekend. Op die vraag geeft het Hof echter geen (direct) antwoord. Over wat het Hof heeft bedoeld met de voormelde frase, die ook in latere arresten opduikt,[17] verschillen de meningen. Wat wij hier willen bezien is wat de Nederlandse bestuursrechter ermee heeft gedaan.

In haar einduitspraken in de ESF-zaken loste de ABRvS het probleem dat het Hof op haar bordje laat liggen op door, na het citeren van de hierboven weergegeven summiere overweging van het Hof over het legaliteitspunt, te komen met een net zo summiere overweging: 'Deze bepaling [art. 23 Vo 4253/88, JEvdB en WdO] schept derhalve de grondslag voor de bevoegdheid van de lidstaat Nederland tot terugvordering'.[18] Vervolgens stelt zij dat 'nu de bevoegdheidsgrondslag voor de lidstaat Nederland tot terugvordering ingevolge het communautaire recht een gegeven is, de uitoefening van die bevoegdheid moet plaatsvinden volgens de regels van het nationale recht en door het volgens het nationale recht bevoegde bestuursorgaan.' De vraag welk bestuursorgaan de Unierechtelijke bevoegdheid voor de lidstaat Nederland concreet mag uitoefenen, wordt dus beantwoord aan de hand van het nationale recht. In latere jurisprudentie wordt vaker een Unierechtelijke verplichting voor een

---

2006/303, m.nt. AJB (*De Sociaal Economische Samenwerking West-Brabant*) en ABRvS 30 augustus 2006, ECLI:NL:RVS:2006:AY7173 (*Gemeente Rotterdam*).

16 HvJ EG 13 maart 2008, *AB* 2008/207, m.nt. W. den Ouden, *JB* 2008/104, m.nt. AJB, *NJ* 2008/349, m.nt. M.R. Mok, *SEW* 2010, p. 163 e.v., m.nt. Verhoeven & Widdershoven.

17 Zie bijv. HvJ EU 21 december 2011, C-465/10 (*Chambre de commerce et d'industrie de l'Indre*), *AB* 2013/86, m.nt. J.E. van den Brink, r.o. 41.

18 Zie ABRvS 24 december 2008, *AB* 2009/96, m.nt. W. den Ouden, *JB* 2009/53, m.nt. AJB (*Gemeente Rotterdam*); ABRvS 24 december 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BG8283 (*Sociaal Economische Samenwerking West-Brabant I*); ABRvS 24 december 2008, *AB* 2009/95 (*Sociaal Economische Samenwerking West-Brabant II*), m.nt. W. den Ouden bij ABRvS 24 december 2008, *AB* 2009/96 en ABRvS 24 december 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BG8291 (*Cedris*).

lidstaat én de daarbij behorende bevoegdheid voor een Nederlands bestuursorgaan gevonden in een Europese verordening.[19]

Het College van Beroep voor het bedrijfsleven (hierna: het College of het CBb) koos aanvankelijk, net als de Afdeling, een principieel standpunt inzake het legaliteitsvraagstuk dat aansluit bij de 'leer van de dubbele bevoegdheidsgrondslag'.[20] In een uitspraak van 22 december 2009[21] oordeelde het College ambtshalve en expliciet dat een bestuursorgaan niet rechtstreeks een bevoegdheid aan een EU-verordening kan ontlenen die *de lidstaat* tot iets verplicht, wanneer niet vaststaat welk concreet bestuursorgaan met de uitvoering van deze verplichting is belast. Dat zal dan in Nederlandse wetgeving geregeld dienen te worden.

Maar inmiddels lijkt het CBb minder streng in de leer. Wij wijzen in dat verband bijvoorbeeld op een CBb-uitspraak van 6 september 2013,[22] waarin het College oordeelt dat het Productschap Tuinbouw terecht een erkenning van een coöperatieve telersvereniging als een producentenorganisatie voor telers heeft ingetrokken op basis van een bepaling in een Europese verordening die de lidstaten daartoe onder omstandigheden verplicht. Er worden geen woorden meer gewijd aan de vraag waaruit blijkt dat het productschap in Nederland met deze taak is belast en daartoe ook de nodige bevoegdheden toegekend heeft gekregen. In een uitspraak van 20 september 2013[23] komt de kwestie nog prangender naar voren. In die zaak oordeelt het College dat op grond van een bepaling in een Unierechtelijke verordening die bepaalt dat *de lidstaten* elke nog openstaande vordering verrekenen met nog uit te keren subsidies, voor *de staatssecretaris van Economische Zaken* een verrekeningsbevoegdheid en -verplichting oplevert, zonder dat daarover iets in het Nederlands recht is vastgelegd.

Zo lijkt de Nederlandse bestuursrechter niet te kiezen voor een ramkoers ten aanzien van uitvoeringsbesluiten van Nederlandse bestuursorganen waarvoor geen of een onduidelijk nationale wettelijke basis aanwezig is. De bestreden besluiten, die voor de burger vaak een ingrijpend karakter hebben, worden immers niet langer vernietigd wegens het gebrek aan een duidelijke Nederlandse bevoegdheid. Dat roept de vraag op hoe deze ontwikkeling moet worden beoordeeld. Aan Jans e.a. kan worden toegegeven dat deze tendens moeilijk valt te rijmen met de onderschikking van de uitvoerende macht aan de wetgevende macht, een van de ratio's achter het legaliteitsbeginsel en ook dat Nederlandse bestuursorganen nu eenmaal geen Unierechtelijke bestuursorganen zijn.[24] Toch ligt onze grootste zorg, althans vanuit het perspectief van de burger, niet daar. In veel van de hiervoor beschreven gevallen vloeien

---

19 Zie voor een recent voorbeeld: ABRvS 13 november 2013, ECLI:NL:RVS:2013:1930, *AB* 2014/280, m.nt. R. Ortlep.

20 Daarover Jans e.a. 2011, p. 21; W.J.M. Voermans, 'Legaliteit als middel tot een doel', *Preadvies NJV over het onderwerp: Controverses rondom legaliteit en legitimatie*, Deventer: Kluwer 2011, p. 3-101, p. 34; Verhoeven 2010, p. 39; W. den Ouden, M.J. Jacobs & N. Verheij, 'Bezint eer ge begint! Spraakmakende hofjurisprudentie over Europese subsidies,' *NTB 2008*, p. 155-166, p. 161. Zie ook Huisman & Jak 2010, p. 123.

21 *AB* 2010/74, m.nt. R. Ortlep, *JB* 2014/3, m.nt. Tans.

22 *AB* 2014/86, m.nt. R. Ortlep.

23 *AB* 2014/298, m.nt. J.E. van den Brink.

24 Zie Jans e.a. 2011, p. 26.

de problemen namelijk voort uit het feit dat de Nederlandse wetgever zijn taak niet (voldoende zorgvuldig) heeft uitgevoerd. Had de laatste wel zijn werk gedaan, dan zou de burger met precies hetzelfde besluit zijn geconfronteerd. Ook de afnemende rechtszekerheid voor de burger zien wij niet als het grootste probleem. De overzichtelijkheid van zijn rechtspositie is immers ook niet optimaal in situaties waarin er in het nationale recht slechts een aanwijzingsbesluit is te vinden en de materiële regels uit de Unierechtelijke verordening volgen.

Wel zien wij een reëel gevaar van een zwaar belaste bestuursrechter die in een complexe situatie van gedeeld bestuur te snel meegaat in een betoog van een gespecialiseerd bestuursorgaan dat beweert dat het op grond van een Unierechtelijke verordening tot het nemen van een bepaald besluit is verplicht. Wij zien in de rechtspraktijk namelijk met enige regelmaat gevallen waarin vermeende Unierechtelijke verplichtingen worden opgerekt, discutabel zijn of helemaal niet blijken te bestaan.[25] Zo bleek de verrekeningsverplichting waarop de staatssecretaris van EZ zich beriep in de laatst besproken uitspraak van 20 september 2013, niet in de Unierechtelijke regelgeving te zijn terug te vinden, althans niet voor het geval dat in die zaak aan de orde was. Wanneer dat niet door een bestuursrechter wordt onderkend ontstaat er een niet te rechtvaardigen nadeel voor de burger. Alleen door zorgvuldige controle van gestelde Unierechtelijke bevoegdheden en verplichtingen kan worden voorkomen dat bestuursorganen zich zelfstandig bevoegdheden toe-eigenen, met alle onnodige doorkruisingen van nationaal recht en vervelende consequenties voor de burger van dien.

2.2 *De beginselen van rechtszekerheid en vertrouwen*

2.2.1 *Onderscheid tussen de Unierechtelijke en Nederlandse uitleg van de beginselen van rechtszekerheid en vertrouwen*

In de literatuur is veel aandacht voor de Europeanisering van de Nederlandse beginselen van rechtszekerheid en vertrouwen.[26] Dit wordt veroorzaakt door het feit dat de Unierechtelijke en de Nederlandse uitleg van deze beginselen uit elkaar lopen, wat

---

25 Zie bijv. ABRvS 7 maart 2012, *AB* 2012/328, m.nt. W. den Ouden.

26 Zie bijvoorbeeld R.G.J.M. Widdershoven, 'De uitvoering van het gemeenschapsrecht in de lidstaten en de toepassing van het vertrouwensbeginsel', *NTB* 1994, p. 1-13; M.P. Gerrits-Janssens, 'Het vertrouwensbeginsel in communautair perspectief: terugvordering van steun', *JBplus* 2001, p. 90-100; W. den Ouden, De terugvordering van Europese subsidies in Nederland: Over legaliteit, rechtszekerheid en het vertrouwensbeginsel (oratie Leiden), Alphen aan den Rijn: Kluwer 2008; J.M. Davidson, 'The Full Effect of Community Law – An Increasing Encroachment upon National Law and Principles', *REALaw* 2008, p. 113-126; Den Ouden, Jacobs & Verheij 2008, p. 155-166; P.C. Adriaanse, 'Afzien van terugvordering van in strijd met het gemeenschapsrecht verleende financiële steun vanwege het rechtszekerheidsbeginsel', *NTER* 2008, p. 40-45; N.H.A. Gorissen, 'Het vertrouwensbeginsel in Nederland en de EU', *NTFR-B* 2009, p. 10-17; W. den Ouden, 'BUG – Alutechnik. De Europese invloed op het vertrouwensbeginsel bij terugvorderingszaken', in: T. Barkhuysen, J.E.M. Polak, B.J. Schueler & R.J.G.M. Widdershoven (red.), *AB Klassiek*, Deventer: Kluwer 2009, p. 253-262; R. Ortlep, 'Drie Nederlandse rechtsbeginselen in communautair perspectief: de EG-rechtelijke plicht tot terugvordering van communautaire steun', *JBPlus* 2009, p. 81-105; J.E. van den Brink, 'Europese grenzen aan het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel', in: M.J.M. Verhoeven, J.E. van den Brink & A. Drahmann, *Europees offensief tegen nationale*

tot vragen kan leiden wanneer Nederlandse bestuursorganen binnen de werkingssfeer van het Unierecht handelen. In de eerste plaats blijkt uit jurisprudentie van het Hof van Justitie dat bij de beoordeling van een beroep van de burger op het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel omdat hij naar zijn mening vertrouwen heeft kunnen ontlenen aan een nationale regeling, een nationale uitvoeringspraktijk dan wel uitlatingen van een nationaal bestuursorgaan, als maatman de 'professionele marktdeelnemer' wordt gekozen.[27] Het Hof oordeelt in dat verband bijvoorbeeld dat de nationale rechter moet nagegaan of een oplettende en waakzame marktdeelnemer had kunnen ontdekken dat een nationaal bestuursorgaan onjuiste informatie heeft verstrekt over de uitleg van het EU-recht.[28] Daarbij wordt ervan uitgegaan dat deze burger het EU-publicatieblad nauwkeurig leest. Hoewel ook in Nederland een burger wordt geacht de wet te kennen, gaat dit niet zover dat in alle gevallen van hem wordt verwacht dat hij precies nagaat of het bestuursorgaan hem de juiste informatie heeft verstrekt. Er bestaat ruimte om bij de beoordeling van een beroep op het vertrouwensbeginsel het gedrag van bestuursorganen te betrekken en voorts is relevant hoe ingewikkeld de desbetreffende regelgeving is.[29]

In de tweede plaats wijst het Hof van Justitie contra legem werking van het vertrouwensbeginsel stelselmatig af. Dit betekent dat het Unierechtelijk vertrouwensbeginsel niet tegen een duidelijke Unierechtelijke bepaling kan worden aangevoerd, en een daarmee strijdige gedraging van een met de toepassing van het Unierecht belaste nationale autoriteit bij een marktdeelnemer geen gewettigd vertrouwen op een met het Unierecht strijdige behandeling kan wekken.[30] In Nederland hebben bestuursrechters in sommige gevallen contra legem werking van het vertrouwensbeginsel wel toegestaan.[31] Belangrijker nog is dat in Nederland het vertrouwensbeginsel voor bepaalde beleidsterreinen is gecodificeerd. Een voorbeeld hiervan biedt artikel 4:49 van de Awb; het terugkomen op een subsidie die door het bestuursorgaan is vastgesteld is slechts in een drietal gevallen mogelijk, gelet op het vertrouwen dat een subsidieontvanger aan deze vaststelling heeft kunnen ontlenen. Dit heeft tot gevolg dat ondanks het feit dat een besluit tot subsidievaststelling evident in strijd is met de wet, de subsidie niet altijd kan worden teruggevorderd. De Nederlandse wetgever was van mening dat een subsidieontvanger die te goeder trouw is, er op een zeker moment van uit mag gaan dat de subsidie rechtmatig is verstrekt. Dat moment ligt naar Nederlands recht veel eerder dan in het EU-recht; anders dan in de Subsidietitel van de Awb (titel 4.2) is het terugkomen op onrechtmatige beslui-

---

rechtsbeginselen? Over legaliteit, rechtszekerheid, vertrouwen en transparantie, Preadviezen Jonge VAR, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010, p. 63-139; De Vos 2011.

27 Zie voor een recent voorbeeld HvJ EU 14 maart 2013, C-545/11 (*Neuzelle*), r.o. 33.

28 HvJ EG 12 juli 1989, 161/88 (*Binder*), *Jur.* 1989, p. 2415.

29 Zie bijvoorbeeld CBb 9 mei 2006, JB 2006/203 en voor een recent, sprekend voorbeeld waarin op grond van het gedrag van het bestuursorgaan zelfs wordt geoordeeld dat een contra legem situatie nog enige tijd dient te worden voortgezet: CRvB 20 mei 2014, *AB* 2014/312, m.nt. Bruggeman.

30 Zie voor een recent voorbeeld HvJ EU 20 juni 2013, C-568/11 (*Agroferm*), *AB* 2014/270, m.nt. J.E. van den Brink & W. den Ouden.

31 Zie bijv. CRvB 18 februari 1975, *AB* 1976/243, m.nt. J.St. en HR 12 april 1978, NJ 1979, 533, m.nt. M.S., *AB* 1979/262, m.nt. F.H. v.d. B.

ten op het terrein van Europese subsidies en staatssteun niet beperkt tot bepaalde gevallen. Wel geldt op grond van het EU-recht een verjaringstermijn van in beginsel vier jaren in Europese subsidiezaken[32] en van tien jaren in het staatssteunrecht,[33] maar beide verjaringstermijnen kunnen vrij eenvoudig worden gestuit.

2.2.2 *Van een ingekaderde nationale uitleg van het vertrouwensbeginsel naar toepassing van het Unierechtelijk vertrouwensbeginsel?*

Gelet op het verschil in uitleg van het vertrouwensbeginsel binnen de Europese rechtsorde enerzijds en in Nederland anderzijds, is het van belang vast te stellen welke uitleg door Nederlandse bestuursorganen en de bestuursrechter moet worden toegepast. Het is evident dat in zaken waarin het EU-recht niet relevant is, het vertrouwensbeginsel nationaal kan worden uitgelegd. Dit ligt anders in zaken waarin het gaat om de uitvoering van het EU-recht; in die gevallen lijkt het logisch dat het vertrouwensbeginsel Unierechtelijk moet worden uitgelegd.

De jurisprudentie van Europese rechters waarin de vraag aan de orde is welke uitleg van het vertrouwensbeginsel moet worden gehanteerd, ziet voor het merendeel op geschillen waarin het draait om de intrekking en terugvordering van Europese subsidies en staatssteun. In deze zaken vereisen de bescherming van de financiële belangen van de EU en het voorkomen van concurrentievervalsing intrekking en terugvordering van respectievelijk onrechtmatig verkregen Europese subsidies en staatssteun. Aan de andere kant staat echter het belang van de ontvangers van de Europese subsidie c.q. staatssteun. Zij stellen in de meeste gevallen dat zij vertrouwen mochten ontlenen aan de besluiten van nationale bestuursorganen die de Europese subsidie dan wel staatssteun hebben verstrekt. Oorspronkelijk was het Hof van Justitie van mening dat nationale bestuursorganen in sommige gevallen ruimte hadden om toepassing te geven aan nationale algemene rechtsbeginselen.[34] Deze ruimte was echter niet ongelimiteerd. In de eerste plaats oordeelde het Hof van Justitie dat in sommige situaties de intrekking en terugvordering van Europese subsidies is geëuropeaniseerd (de zogenoemde directe toepassing); in dat geval bestaat alleen ruimte voor toepassing van het Unierechtelijk vertrouwensbeginsel.[35] Deze jurisprudentie ziet op de intrekking en terugvordering van Europese landbouwsubsidies en wordt door het CBb doorgaans strikt toegepast.[36] In de tweede plaats

---

32 Zie artikel 3, eerste lid, van de Verordening nr. 2988/95 inzake de bescherming van de financiële belangen van de EU. Deze termijn begint te lopen op het moment dat zich een onregelmatigheid voordoet.

33 Zie artikel 15, eerste lid, van de Verordening nr. 659/99 van de Raad van 22 maart 1999 tot vaststelling van nadere bepalingen voor de toepassing van artikel 93 van het EG-verdrag. Op grond van het tweede lid van dit artikel gaat deze termijn in op de dag waarop de onrechtmatige steun als individuele steun of in het kader van een steunregeling aan de begunstigde is verleend.

34 Zie bijv. HvJ EG 21 september 1983, gevoegde zaken 205/82-215/82 (*Deutsche Milchkontor*), *Jur.* 1983, p. 2633.

35 Zie HvJ EG 15 december 1982, 5/82 (*Maizena*), *Jur.* 1982, 4601 en HvJ EG 26 april 1988, 31/68 (*Krücken*), *Jur.* 2213.

36 Zie bijv. CBb 14 oktober 2011, ECLI:NL:CBB:2011:BU4524. Let wel, in een uitspraak van 9 mei 2012 past het CBb desondanks het nationale vertrouwensbeginsel toe. Zie CBb 9 mei 2012, *AB* 2013/202, met annotatie onder *AB* 2013/203, m.nt. J.E. van den Brink & S. Pereth.

oordeelde het Hof van Justitie in zaken waarin het gaat om de terugvordering van EU-subsidies met behulp van het nationale recht (de zogenoemde indirecte toepassing van EU-recht) dat op grond van het nationale vertrouwensbeginsel alleen van terugvordering mag worden afgezien indien de ontvanger te goeder trouw was en ten volle rekening wordt gehouden met het belang van de Gemeenschap.[37] In de derde plaats oordeelde het Hof van Justitie in staatssteunzaken dat een beroep op het nationale vertrouwensbeginsel in zaken waarin ontvangers van onrechtmatige staatssteun opkwamen tegen een nationale terugvorderingsbeschikking niet kan slagen in gevallen waarin deze ontvangers niet hebben geverifieerd of de staatssteun daadwerkelijk door de steunverlenende overheid was aangemeld bij de Europese Commissie.[38]

Anno 2014 echter lijkt het Hof van Justitie in Europese subsidiezaken geen ruimte meer te bieden aan voormelde – ingekaderde – toepassing van het nationale vertrouwensbeginsel. Het Hof gaf hiervoor een belangrijke aanzet in het ESF-arrest,[39] dat door de ABRvS al zodanig is geïnterpreteerd dat het vertrouwensbeginsel in terugvorderingsgeschillen Unierechtelijk moet worden uitgelegd.[40] Ondanks het feit dat verschillende auteurs bezwaar maakten tegen deze uitleg[41] leidde dat tot vele uitspraken waarin de intrekking en terugvordering van Europese subsidies werd geaccordeerd, waar dat met toepassing van het Nederlandse vertrouwensbeginsel niet mogelijk zou zijn geweest.[42] Dat de Afdeling het bij het juiste eind had, valt naar onze smaak te lezen in het arrest *Agroferm*.[43] In dit arrest oordeelt het Hof, kort gezegd, dat hoewel de in de Unierechtelijke verordening neergelegde terugvorderingsverplichting een verwijzing bevat naar het *nationale recht*, de rechtsgrondslag voor de terugvordering is neergelegd in het EU-recht en daarom het vertrouwensbeginsel Unierechtelijk moet worden uitgelegd. In dat verband verwijst het Hof naar jurisprudentie waarin het gaat om gevallen waarin de intrekking en terugvordering van Europese subsidies is geëuropeaniseerd.

Wij hebben reeds in andere bijdragen aangegeven deze ontwikkeling in de jurisprudentie te betreuren.[44] Wij hebben begrip voor de (financiële) belangen van de EU en de wens om het Unierecht in de lidstaten uniform toegepast te krijgen. Maar naar onze smaak wordt het gewicht van die belangen in de besproken jurispru-

---

37 Zie bijv. HvJ EG 19 september 2002, C-336/00 (*Huber*) *Jur.* 2002, p. I-7699.

38 HvJ EG 20 september 1990, C-5/89 (*BUG-Alutechnik*), *Jur.* 1990, p. I-3437, *AB* 1993/143, m.nt. F.H. van der Burg, NJ 1993, 134 en *SEW* 1991, 10, m.nt. T.R. Ottevanger. Zie hieromtrent ook Den Ouden 2009.

39 HvJ EG 13 maart 2008, gevoegde zaken C-383/06-C-385/06 (*ESF*), *Jur.* 2008, p. I-1561, *AB* 2008/207, m.nt. W. den Ouden, JB 2008/104, m.nt. AJB, NJ 2008, 349, m.nt. M.R. Mok.

40 Zie ABRvS 24 december 2008, *AB* 2009/96, m.nt. W. den Ouden, JB 2009/53, m.nt. AJB (*Gemeente Rotterdam*); ABRvS 24 december 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BG8283 (*Sociaal Economische Samenwerking West-Brabant I*); ABRvS 24 december 2008, *AB* 2009/95 (*Sociaal Economische Samenwerking West-Brabant II*), m.nt. W. den Ouden bij ABRvS 24 december 2008, *AB* 2009/96 en ABRvS 24 december 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BG8291 (*Cedris*).

41 Zie bijv. Ortlep 2009 en Van den Brink 2012, p. 844 e.v.

42 Een meest in het oog springend voorbeeld betreft naar onze mening ABRvS 14 juli 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BN1146 (*Oliver*).

43 HvJ EU 20 juni 2013, C-568/11 (*Agroferm*), *AB* 2014/270, m.nt. J.E. van den Brink & W. den Ouden.

44 Zie de hiervoor genoemde annotatie onder het *Agroferm*-arrest.

dentie te zwaar aangezet, waardoor feitelijk geen ruimte meer bestaat voor een belangenafweging. Dit gaat soms ten koste van burgers die te goeder trouw hebben gehandeld naar de aanwijzingen van deskundige nationale bestuursorganen. Daarmee heeft het vertrouwensbeginsel in dit soort zaken feitelijk geen betekenis meer.

Een belangrijke vraag die nog onbeantwoord is gebleven, is in hoeverre deze jurisprudentie voor alle zaken met een EU-rechtelijk tintje betekent dat geen ruimte meer bestaat voor toepassing van de Nederlandse uitleg van het vertrouwensbeginsel. Naar ons idee valt er veel voor te zeggen dat voormelde jurisprudentie specifiek ziet op de intrekking en terugvordering van Europese subsidies en staatssteun en niet per definitie ook geldt voor andersoortige zaken. In de zaak *Agroferm* zegt advocaat-generaal Kokott dat in haar conclusie ook met zoveel woorden. Zij spreekt daar expliciet over geschillen over terugvordering van Unierechtelijk geregelde geldbedragen.[45] Dergelijke geschillen hebben om twee redenen een bijzonder karakter. In de eerste plaats betekent in Europese subsidiezaken een honorering van een beroep op het vertrouwensbeginsel vaak dat onrechtmatig verkregen Europese subsidies niet zouden hoeven te worden terugbetaald. Dat kan de financiële belangen van de EU schaden, terwijl de bescherming van die belangen nu juist hoog op de Europese agenda staat.[46] Bovendien kan het verschillend toepassen van het vertrouwensbeginsel in de lidstaten tot mededingingsverstoringen leiden. Dat speelt met name bij staatssteun, maar ook bij Europese subsidies.[47] Op andere rechtsterreinen spelen deze factoren niet steeds een rol; het staat dus niet vast dat de strenge jurisprudentielijn inzake het Unierechtelijke vertrouwensbeginsel ook geldt op andere rechtsterreinen.

Dit lijkt ook de opvatting van het CBb. Een voorbeeld biedt de uitspraak van het CBb in de zaak de *Groene Vlieg*.[48] In dit geschil rond de foutieve aanwijzing van een laboratorium in het kader van de Unierechtelijke bestrijding van aardappelmoeheid, past het CBb de Nederlandse beginselen van rechtszekerheid en vertrouwen toe. Deze uitspraak is gewezen nadat het ESF-arrest was gepubliceerd: kennelijk achtte het College de daarin ontwikkelde jurisprudentielijn niet automatisch ook van toepassing op het aanwijzingsbesluit dat in die casus ter discussie stond.[49]

In het licht van het voorgaande is opvallend te noemen dat de ABRvS in een uitspraak van 13 november 2013 de *Agroferm*-lijn zonder meer toepast in een geschil over een handhavingsbesluit tot het in bewaring nemen van 25.200 planten. Dit lijkt

---

45 Zie de conclusie van Kokott van 24 januari 2013 in de zaak *Agroferm* (C-568/11), paragraaf 46.

46 Dit blijkt onder meer uit een voorstel van de Europese Commissie voor een richtlijn betreffende de strafrechtelijke bestrijding van fraude die de financiële belangen van de Unie schaadt ((COM(2012)363 final) en een voorstel voor een verordening van de Raad tot instelling van het Europees Openbaar Ministerie (COM(2013)534 final). Het op te richten OM zal tot taak hebben strafbare feiten die de financiële belangen van de Unie schaden, te bestrijden. Ondanks een gele kaart van 19 nationale parlementen wegens strijd met het subsidiariteitsbeginsel heeft de Europese Commissie besloten het voorstel te handhaven (zie COM(2013)851 final). Dat ook het Hof van Justitie de bescherming van de financiële belangen hoog op de agenda heeft staan blijkt uit een recent arrest van 2 oktober 2014 (C-525/13 (*Van den Broeck*), zie in het bijzonder r.o. 32 en 33).

47 Zie ook de conclusie van Kokott van 24 januari 2013 in de zaak *Agroferm* (C-568/11), paragraaf 48.

48 CBb 27 juni 2008, *AB* 2008/282, m.nt. Ortlep.

49 Zie de annotatie van Ortlep bij CBb 27 juni 2008, *AB* 2008/282; Van den Brink 2010, p. 236 e.v.; De Vos 2011 p. 326.

erop te duiden dat de Afdeling de strekking van het *Agroferm*-arrest breed ziet; kennelijk ziet zij als relevante 'context' voor toepassing van dat arrest niet dat het moet gaan om een geschil over terugvordering van Unierechtelijk geregelde geldbedragen. Voldoende is dat er op grond van het Unierecht een verplichting tot handhaving bestaat voor een Nederlands bestuursorgaan.

Wij hebben eerder opgemerkt dat het gevolg hiervan is dat het *Agroferm*-arrest op veel meer rechtsterreinen een doodsteek voor het Nederlandse vertrouwensbeginsel kan betekenen.[50] In heel veel Unierecht wordt immers aan de lidstaten een handhavingsverplichting opgelegd. Onzes inziens gaat de Afdeling te gemakkelijk uit van een ruim toepassingsbereik van het *Agroferm*-arrest, met alle nadelen van dien. De vergaande beperking van de mogelijkheid om belangen af te wegen verspreidt zich zodoende vanuit de rechtsterreinen van staatssteun en Europese subsidies naar veel andere rechtsgebieden, zonder dat duidelijk is of het Hof dat ook verlangt.

2.3 Beginsel van eerbiediging van de rechten van verdediging

2.3.1 Het beginsel van eerbiediging van de rechten van de verdediging in de Unierechtelijke en Nederlandse rechtsorde

Het beginsel van eerbiediging van de rechten van verdediging – kort gezegd: het verdedigingsbeginsel – is door het Hof van Justitie in 1974 erkend.[51] Op Unierechtelijk niveau heeft het beginsel zich aanvankelijk vooral ontwikkeld op het terrein van het mededingingsrecht in oordelen over geschillen tussen de Europese Commissie en ondernemingen.[52] Uit de bekende arresten *Dokter* en *Sopropé* volgt echter dat het beginsel ook geldt voor nationale overheden van de lidstaten die besluiten nemen die binnen de werkingssfeer van het Unierecht vallen.[53] In het recente arrest *Kamino en Datema* heeft het Hof van Justitie geëxpliciteerd dat belanghebbenden zich voor de nationale rechter rechtstreeks op het verdedigingsbeginsel moeten kunnen beroepen.[54] Wanneer het specifieke EU-recht niet regelt hoe aan het verdedigingsbeginsel vorm moet worden gegeven – bijvoorbeeld: wat is de termijn voor de uitoefening van de rechten van de verdediging – en wat de gevolgen van een schending van dat beginsel moeten zijn, dan geldt het bekende beginsel van procedurele autonomie. Dat zijn dan kwesties van nationaal recht,[55] zij het dat natuurlijk wel moet worden voldaan aan de eveneens bekende beginselen van gelijkwaardigheid en doeltreffendheid.[56]

---

50 Zie onze noot bij het arrest *Agroferm*: HvJ EU 20 juni 2013, C-568/11, *AB* 2014/270.

51 HvJ EG 23 oktober 1974, 17/74 (*Transocean Maritime Paint Association (TMP)*), *Jur.* 1974, p. 1063.

52 Jans e.a. 2011, p. 180-181. Andere deelaspecten zijn: het recht om inlichtingen te ontvangen; een toereikende termijn om de verdediging voor te bereiden; het verbod van zelfincriminatie; legal professional privilege en het recht op rechtsbijstand. Zie Jans e.a. 2011, p. 183 e.v.

53 HvJ EG 15 juni 2006, C-28/05 (*Dokter e.a.*), *AB* 2006/390, m.nt. R.J.G.M. Widdershoven en HvJ EG 18 december 2008, C-349/07 (*Sopropé*), *AB* 2009/29, m.nt. R.J.G.M. Widdershoven.

54 HvJ EU 3 juli 2014, gevoegde zaken C-129/13 en C-130/13 (*Kamino en Datema*), *nog niet gepubliceerd*, r.o. 34.

55 HvJ EG 18 december 2008, C-349/07 (*Sopropé*), *AB* 2009/29, m.nt. R.J.G.M. Widdershoven, r.o. 38 en HvJ EU 10 september 2013, C-383/13 PPU (*M.G. en N.R*), *AB* 2013/404, m.nt. A.M. Reneman, r.o. 35. Zie omtrent het beginsel van procedurele autonomie Jans e.a. 2011, p. 36 e.v.

56 Zie hieromtrent Jans e.a. 2011, p. 37 e.v. Zie omtrent het effectiviteitsbeginsel in de context van het verdedigingsbeginsel T. Duijkersloot, 'Consequences of the Violation by Administrative

Het Unierechtelijk verdedigingsbeginsel bestaat uit verschillende deelaspecten. Voor deze bijdrage focussen wij op één kernaspect, namelijk het recht om te worden gehoord.[57] Dit recht ontstaat vanaf het moment waarop een bestuursorgaan voornemens is een bezwarend besluit ten opzichte van een bepaalde persoon vast te stellen[58] en houdt in dat de adressaten van besluiten die hun belangen aanmerkelijk raken, in staat worden gesteld naar behoren hun standpunt kenbaar te maken over de elementen waarop het bestuursorgaan zijn besluit wil baseren.[59] Het recht om te worden gehoord geldt ook in gevallen waarin de toepasselijke Unierechtelijke of nationale regeling niet in een verplichting tot horen voorzien.[60]

Inmiddels is het verdedigingsbeginsel deels in het Handvest van de Grondrechten gecodificeerd.[61] Het recht om te worden gehoord is ook terug te vinden in Book III van de Draft Model Rules on EU Administrative Procedure die zijn vastgesteld door het academische Research Network on EU Administrative Law.[62] In artikel III-23, eerste lid, is het volgende neergelegd: 'Every party to the proceedings has the right to be heard by a public authority before a decision, which would affect him or her adversely, is taken.' Bijzonder is dat dit recht in artikel III-24 ook van toepassing wordt verklaard op de lidstaten in gevallen dat sprake is van zogenoemde 'composite procedures between the EU and the Member States'[63] en de Model Rules in sectorspecifieke EU-regelgeving van toepassing zijn verklaard. In andere gevallen gelden de nationale regels, die moeten voldoen aan het Unierechtelijke verdedigingsbeginsel. Of deze Model Rules ooit rechtskracht zullen krijgen, moet worden afgewacht.

Authorities of the Right to be heard under EU Law: the Case M.G. and N.R.', *REALaw* 2014, p. 81-96, p. 91-93.

57 Duijkersloot 2014, p. 89; Jans e.a. 2011, p. 182; Hofmann, Rowe & Türk 2011, p. 206.

58 HvJ EG 18 december 2008, C-349/07 (*Sopropé*), *AB* 2009/29, m.nt. R.J.G.M. Widdershoven, r.o. 36. Zie ook HvJ EU 26 september 2013, C-418/11 (*Texdata*), r.o. 83 en HvJ EU 22 oktober 2013, C-276/12 (*Sabou*), *nog niet gepubliceerd*, r.o. 38.

59 HvJ EG 18 december 2008, C-349/07 (*Sopropé*), *AB* 2009/29, m.nt. R.J.G.M. Widdershoven, r.o. 37.

60 HvJ EU 3 juli 2014, gevoegde zaken C-129/13 en C-130/13 (*Kamino en Datema*), *nog niet gepubliceerd* en HvJ EG 18 december 2008, C-349/07 (*Sopropé*), *AB* 2009/29, m.nt. R.J.G.M. Widdershoven.

61 Zie artikel 47 en 48 wat betreft de toepasselijkheid van het verdedigingsbeginsel in gerechtelijke procedures. Zie artikel 41, tweede lid, van het Handvest wat betreft de toepasselijkheid van het verdedigingsbeginsel in administratieve procedures. Laatstgenoemde bepaling geldt formeel alleen voor de Europese instellingen en niet voor (bestuursorganen in) de lidstaten (dit volgt uit HvJ EU 21 december 2011 (*Cicala*), *AB* 2012/254, m.nt. R.J.G.M. Widdershoven). In het arrest *H.N.* (HvJ EU 8 mei 2014, C-604/12, *JB* 2014/147, m.nt. L.J.M. Timmermans) benadrukt het Hof van Justitie echter dat het in artikel 41 van het Handvest neergelegde recht op behoorlijk bestuur een afspiegeling vormt van een algemeen beginsel van het Unierecht. Dit heeft tot gevolg dat de normen die voortvloeien uit artikel 41 van het Handvest, waaronder het verdedigingsbeginsel, ook voor de lidstaten gelden in de administratieve procedures voor zover deze binnen het toepassingsgebied van het Unierecht vallen. Zie hieromtrent Duijkersloot 2014, p. 90 en Widdershoven 2014.

62 Zie over deze Draft Model Rules F.J. van Ommeren & C.J. Wolswinkel, 'Naar een Algemene wet bestuursrecht voor de EU', *NTB* 2014, p. 189-196; G.H. Addink, 'Europees bestuursrecht in ontwikkeling: op weg naar een Europese Awb', *NTB* 2014, p. 197-206 en Widdershoven 2014.

63 Het gaat hier blijkens paragraaf 27 van Book I van de Draft Model Rules on EU Administrative Procedure, general provisions, om 'complex forms of integrated administrative procedures' waarbij het mogelijk is dat de uiteindelijke beslissing door de EU ofwel een autoriteit van de lidstaat wordt genomen.

In Nederland kennen wij geen equivalent van het Unierechtelijk verdedigingsbeginsel. Het verdedigingsbeginsel is weliswaar in zaken zonder Unierechtelijke connotatie als beginsel van behoorlijke rechtspleging door de Nederlandse bestuursrechter erkend, maar beperkt zich tot de rechterlijke fase in een bestuursrechtelijk geschil.[64] De bestuursrechter is terughoudend met het toepassen van het beginsel op de bestuurlijke voorfase.[65] In de Nederlandse Awb zijn slechts bepaalde deelaspecten van het beginsel gecodificeerd. Zo verwoordt artikel 2:1 van de Awb het recht op rechtsbijstand voor een ieder in het verkeer met bestuursorganen. Verder bevat afdeling 4.1.2 van de Awb een regeling omtrent het horen voorafgaand aan het nemen van een besluit.

In de Nederlandse juridische literatuur is meermalen gesignaleerd dat de hoorregeling zoals die is neergelegd in afdeling 4.1.2 van de Awb waarschijnlijk niet door de Unierechtelijke beugel kan.[66] Unierechtelijk luidt immers de hoofdregel dat degene tot wie een bezwarend besluit zich richt voorafgaand aan het nemen van dat besluit moet worden gehoord. Weliswaar kan het verdedigingsbeginsel – en meer in het algemeen een grondrecht – wel worden beperkt, maar dergelijke beperkingen dienen werkelijk te beantwoorden aan de doeleinden van algemeen belang die met de betrokken maatregel worden nagestreefd, en, het nagestreefde doel in aanmerking genomen, niet zijn te beschouwen als een onevenredige en onduldbare ingreep, waardoor de gewaarborgde rechten in hun kern worden aangetast.[67] In het arrest *Dokter* kwam het Hof tot het oordeel dat de bescherming van de volksgezondheid een van de doelen is die een rechtvaardiging kunnen vormen voor dergelijke beperkingen. Uit het arrest *Kamino en Datema*, een douanezaak, kan worden afgeleid dat bij de beoordeling of een beperking van het recht om te worden gehoord gerechtvaardigd is, ook het algemeen belang van de Unie dient te worden betrokken en in casu met name het belang dat zij heeft bij een snelle inning van haar eigen middelen.[68]

De Awb-wetgever heeft deze kwestie heel anders benaderd. Dat wordt direct duidelijk uit de vele uitzonderingen op de hoorplicht die in de Awb zijn opgenomen. Zo kan het bestuursorgaan het horen achterwege laten wanneer de vereiste spoed zich daartegen verzet (art. 4:11, aanhef en onder a, Awb). De hoorplicht geldt in beginsel evenmin wanneer het gaat om een beschikking die strekt tot het vaststellen van een financiële verplichting of aanspraak (art. 4:12 Awb). Het verschil tussen het Unierecht en het Nederlandse bestuursrecht laat zich verklaren door de verschillende uitgangspunten die aan de hoorplicht ten grondslag liggen. Terwijl de Unierechtelijke hoorplicht primair zijn oorsprong vindt in de effectieve bescherming van de burger/

---

64 Zie D.W.M. Wenders, 'Doorwerking van de beginselen van behoorlijke rechtspleging in de bestuurlijke voorprocedures en de harde knip van de bestuursrechter', *JBplus* 2011, p. 159-184.

65 Zie hieromtrent Wenders 2011.

66 Zie Jans e.a. 2011, p. 190-191; Widdershoven, Verhoeven e.a. 2007, p. 82-83. Zie voor een andere opvatting G.J. van Slooten, 'Over Sopropé en het horen in de Awb als regeling van aanvullend recht', *WFR* 2013.

67 Zie HvJ EG 15 juni 2006, C-28/05 (*Dokter e.a.*), *AB* 2006/390.

68 HvJ EU 3 juli 2014, gevoegde zaken C-129/13 en C-130/13 (*Kamino en Datema*), *nog niet gepubliceerd*, r.o. 54.

onderneming,[69] is de hoorregeling die is neergelegd in de Awb vooral bedoeld om het bestuursorgaan in staat te stellen om op een zorgvuldige wijze feiten en gegevens te vergaren.[70]

Een ander probleem is dat in gevallen waarin de Awb-hoorplicht wel geldt, maar deze wordt geschonden, daaraan door de bestuursrechter zelden de consequentie wordt verbonden dat het desbetreffende besluit wordt vernietigd. De gedachte is dat het schenden van de hoorplicht voorafgaand aan het nemen van het primaire besluit wordt gerepareerd wanneer de betrokkene in bezwaar alsnog is gehoord.[71] Deze opvatting is ook in de literatuur verdedigd.[72] In belastingzaken die raken aan het Unierecht oordeelt de Nederlandse rechter overigens anders; in diverse uitspraken komt de rechter tot het oordeel dat schending van het verdedigingsbeginsel tot gevolg heeft dat het besluit moet worden vernietigd.[73] In bewaringszaken in het vreemdelingenrecht beoordeelt de Afdeling of de met de bewaring of de verlenging van de bewaring gediende belangen niet in redelijke verhouding staan tot de ernst van de onregelmatigheid en de daardoor geschonden belangen.[74] Deze aanpak vindt zijn oorzaak in het feit dat tegen de bewaring of een verlenging daarvan geen bezwaar openstaat,[75] met als gevolg dat het niet-horen voorafgaand aan het opleggen van de bewaring dan wel de verlenging daarvan niet in bezwaar kan worden hersteld.

Het Hof denkt daar anders over. Terwijl het in sommige arresten een strikte benadering hanteert en tot het oordeel komt dat schending van het recht om te worden gehoord leidt tot nietigverklaring van het besluit,[76] wordt in andere arresten een

---

69 Zie HvJ EG 18 december 2008, C-349/07 (*Sopropé*), *AB* 2009/29, m.nt. R.J.G.M. Widdershoven, r.o. 49 en HvJ EU 3 juli 2014, gevoegde zaken C-129/13 en C-130/13 (*Kamino en Datema*), *nog niet gepubliceerd*, r.o. 38.

70 Vergelijk A.J.C. de Moor-van Vugt, 'Hobbels bij de rechtshandhaving. De rol van algemene beginselen van behoorlijk bestuur bij de handhaving van het gemeenschapsrecht', in: J.A.E. Vervaele (red.), *Bestuursrechtelijke toepassing en handhaving van het gemeenschapsrecht in Nederland*, Deventer: Kluwer 1993, p. 83-105, p. 91; Widdershoven, Verhoeven e.a. 2007, p. 81; Jans e.a. 2011, p. 190; De Moor-van Vugt 2012A, p. 12-13.

71 Op basis van de artikelen 7:2 Awb. e.v. Zie bijvoorbeeld ABRvS 7 september 2005, *AB* 2006/155, m.nt. N. Verheij. Zie echter ook CRvB 24 januari 2013, *AB* 2013/106, m.nt. M.B. de Witte-van den Haak waarin de Raad tot het oordeel komt dat de hoorplicht op zodanig ernstige wijze is geschonden dat dit niet hersteld kon worden in de bezwarenprocedure. Volgens de Raad heeft de rechtbank in eerste aanleg het beroep van betrokkene dan ook terecht gegrond verklaard en het bestreden besluit vernietigd.

72 Zie bijvoorbeeld A.J.C. de Moor-van Vugt, 'Hobbels bij de rechtshandhaving. De rol van algemene beginselen van behoorlijk bestuur bij de handhaving van het gemeenschapsrecht', in: J.A.E. Vervaele (red.), *Bestuursrechtelijke toepassing en handhaving van het gemeenschapsrecht in Nederland*, Deventer: Kluwer 1993, p. 83-105, p. 93. Widdershoven neemt een genuanceerder standpunt in. Zie hieromtrent punt 6 van zijn noot bij HvJ EG 15 juni 2006, C-28/05 (*Dokter e.a.*), *AB* 2006/390; punt 2 van zijn noot bij Rb. Haarlem 3 april 2009, *AB* 2009/326. Volgens hem kan, wanneer er geen rechtvaardiging op grond van een algemeen belang bestaat, een beperking van het hoorrecht in de bezwarenprocedure alleen worden gerepareerd als het besluit niet ten uitvoer wordt gelegd voordat op het bezwaar is beslist.

73 Rb. Haarlem 3 april 2009, *AB* 2009/326, m.nt. R.J.G.M. Widdershoven.

74 Zie omtrent deze jurisprudentie uitgebreid ABRvS 5 juli 2013, *JV* 2013/292.

75 Dit volgt uit de artikelen 93 e.v. van de Vreemdelingenwet 2000.

76 Zie bijv. HvJ EG 24 oktober 1996, C-32/95P (*Lisretal/Commissie*), *Jur.* 1996, p. I-5373, r.o. 45; HvJ EG 21 september 2000, C-462/98P (*Mediocurso/Commissie*), *Jur.* 2000, p. I-7183, r.o. 48-50 en HvJ EU

soepeler benadering gekozen. In laatstgenoemde arresten komt het Hof tot het oordeel dat een schending van het recht te worden gehoord slechts dan tot nietigverklaring van het besluit leidt, wanneer deze procedure zonder de onregelmatigheid een andere afloop gehad had kunnen hebben.[77] Lange tijd was niet duidelijk welke benadering in de visie van het Hof van Justitie de voorkeur verdient;[78] duidelijk was wel dat de benadering van het Hof een andere was dan die van de Nederlandse bestuursrechter.

Het vorenstaande laat zien dat de Nederlandse hoorregeling in de Awb en de Nederlandse jurisprudentie van de bestuursrechter ten aanzien van de gevolgen van het niet-horen voorafgaand aan het nemen van een besluit in nationale gevallen, niet in de pas lopen met de eisen die het Unierechtelijk verdedigingsbeginsel stelt.[79] Deze discrepantie wordt in veel gevallen door de Nederlandse bestuursrechter opgevangen; in zaken die raken aan het Unierecht kiest de Nederlandse bestuursrechter voor een EU-conforme interpretatie.[80] Vrij recent echter heeft zowel de Hoge Raad in de voormelde douanezaak als de Afdeling in een vreemdelingenzaak prejudiciële vragen gesteld aan het Hof van Justitie over de toepassing van het Unierechtelijke verdedigingsbeginsel.[81]

2.3.2 *De arresten Kamino en Datema en M.G. en N.R.*

Naar aanleiding van prejudiciële vragen van de Hoge Raad en de Afdeling heeft het Hof van Justitie recentelijk twee arresten gewezen waarin meer duidelijkheid is gekomen over de vraag in hoeverre de hoorregeling in de Awb en de toepassing daarvan door de Nederlandse bestuursrechter zich verdragen met het Unierechtelijk verdedigingsbeginsel en de vraag wat het gevolg moet zijn wanneer dat beginsel is geschonden. In de eerste plaats heeft het Hof in het arrest *Kamino en Datema*[82] zich naar aanleiding van prejudiciële vragen van de Hoge Raad uitgelaten over herstel in de bezwaarfase. Kan een beperking van het verdedigingsbeginsel omdat een betrokkene niet voorafgaand aan het nemen van een primair bezwarend besluit is gehoord, ongedaan worden gemaakt door het feit dat diegene zijn standpunt alsnog kenbaar kan maken in de bezwaarfase?[83] Een dergelijke beperking van het

---

1 oktober 2009, C-141/08P (*Foshan Shunde/Commissie*), *Jur.* 2009, p. I-9147, r.o. 115. Zie Duijkersloot 2014, p. 93-94; Jans e.a. 2011, p. 187.

77 Zie bijvoorbeeld HvJ EG 10 juli 1980, 30/78 (*Distillers Company/Commissie*), *Jur.* 180, p. 2229, r.o. 26; HvJ EG 14 februari 1990, C-301/87 (*Frankrijk/Commissie*), *Jur.* 1990, p. I-307, r.o. 31; HvJ EG 5 oktober 2000, C-288/96 (*Duitsland/Commissie*), *Jur.* 2000, p. I-8237, r.o. 101; HvJ EG 2 oktober 2003, C-194/99P (*Thyssen Stahl/Commissie*), *Jur.* 2003, p. I-10821, r.o. 31. Zie Duijkersloot 2014, p. 94; Jans e.a. 2011, p. 187.

78 Zie hieromtrent ook Jans e.a. 2011, p. 187.

79 Vergelijk Jans e.a. 2011, p. 192.

80 Zie Rb. Haarlem 3 april 2009, *AB* 2009/326, m.nt. R.J.G.M. Widdershoven. In deze zaak komt de belastingrechter tot het oordeel dat het Unierechtelijk verdedigingsbeginsel is geschonden en dientengevolge het besluit moet worden vernietigd. Zie verder bijvoorbeeld ook Hof Amsterdam 6 januari 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:BP1057.

81 ABRvS 5 juli 2013, *JV* 2013/292.

82 HvJ EU 3 juli 2014, gevoegde zaken C-129/13 en C-130/13 (*Kamino en Datema*), *nog niet gepubliceerd*.

83 In deze zaken was van horen afgezien op grond van artikel 4:12 van de Awb.

verdedigingsbeginsel lijkt weinig problematisch in gevallen waarin het bezwarende besluit door het maken van bezwaar automatisch wordt opgeschort.[84] Is dat geen automatisch gevolg van het maken van bezwaar, zoals in de casus van Kamino en Datema, waarin om opschorting moest worden verzocht door de geadresseerde, dan ligt het ingewikkelder. Het Hof stelt, in een uiterst moeizaam geformuleerd antwoord, vast dat in zo'n geval automatische opschorting door het maken van bezwaar niet per definitie is vereist om voldoende recht te doen aan de rechten van de verdediging,[85] om vervolgens in te zoomen op de specifieke rechten die Kamino en Datema in dit geval konden ontlenen aan het communautair douanewetboek.

Dat maakt het lastig te beoordelen hoe breed de betekenis van dit arrest is. Voorlopig houden wij het erop dat een schending van het verdedigingsbeginsel door het niet horen voorafgaand aan het nemen van een bezwarend besluit, niet automatisch kan worden gerepareerd door alsnog in de bezwaarprocedure te horen. Weliswaar kan het Unierechtelijk verdedigingsbeginsel worden beperkt, maar de algemene uitzonderingen op de hoorplicht zoals die zijn neergelegd in de artikelen 4:11 en 4:12 van de Awb staan naar onze mening op gespannen voet met de eisen die het Hof aan zo een beperking stelt. Immers, volgens vaste jurisprudentie van het Hof dienen beperkingen op grondrechten, waaronder het verdedigingsbeginsel, werkelijk te beantwoorden aan de doeleinden van algemeen belang die met de betrokken maatregel worden nagestreefd, en, het nagestreefde doel in aanmerking genomen, niet zijn te beschouwen als een onevenredige en onduldbare ingreep, waardoor de gewaarborgde rechten in hun kern worden aangetast. Deze eisen vergen een afweging per beleidsterrein en laten naar onze mening geen ruimte voor de algemene uitzonderingen die zijn neergelegd in de Awb. Dit heeft naar onze mening tot gevolg dat de hoorregeling zoals die is neergelegd in artikel 4:7 e.v. van de Awb aanpassing behoeft.[86]

In de tweede plaats heeft het Hof van Justitie in de zaak *M.G en N.R.* duidelijk gemaakt dat in gevallen waarin op EU-niveau niet is geregeld wat de gevolgen van de schending van het verdedigingsbeginsel moeten zijn, deze gevolgen een aangelegenheid zijn van nationaal recht. Daarbij geldt wel dat aan de voormelde voorwaarden van gelijkwaardigheid en effectiviteit moet zijn voldaan. Het Hof schrijft in dat kader een precies criterium voor dat de lidstaten dienen te hanteren: schending van het verdedigingsbeginsel leidt slechts tot nietigverklaring van het bestreden besluit indien de procedure zonder deze schending een andere afloop had kunnen hebben.[87] Het is aan de nationale rechter om dit aan de hand van de specifieke

---

84 HvJ EU 3 juli 2014, gevoegde zaken C-129/13 en C-130/13 (*Kamino en Datema*), *nog niet gepubliceerd*, r.o. 66.

85 Advocaat-generaal Wathelet zag dat anders (zie paragraaf 74 van zijn conclusie), hij vond dit een doorslaggevend element.

86 Hiervoor werd al eerder gepleit. Zie punt 5 van de noot van Widdershoven bij HvJ EG 18 december 2008, C-349/07 (*Sopropé*), *AB* 2009/29; Widdershoven e.a. 2007, p. 82-84; punt 7 van de noot van Widdershoven bij HvJ EG 15 juni 2006, C-28/05 (*Dokter e.a.*), *AB* 2006/390;. Zie hieromtrent ook Jans e.a. 2011, p. 192.

87 HvJ EU 10 september 2013, C-383/13 PPU (*M.G. en N.R*), *AB* 2013/404, m.nt. A.M. Reneman. Deze overweging is herhaald in het *Kamino en Datema*-arrest. Zie hieromtrent uitgebreid Duijkersloot 2014, p. 92-93.

feitelijke en juridische omstandigheden van het geval na te gaan. Het is overigens de vraag of reeds op basis van de arresten *M.G. en N.R.* en *Kamino en Datema* kan worden geconcludeerd dat het Hof hiermee afstand doet van de strikte benadering in zijn jurisprudentie waarbij het besluit wegens schending van het verdedigingsbeginsel wordt vernietigd. Het Hof verwijst in beide arresten niet naar deze strikte jurisprudentielijn en geeft dus geen antwoord op de vraag of deze lijn helemaal is verlaten.[88] Wat hier ook van zij, opvallend is dat het Hof van Justitie het doet voorkomen of de vraag wat de gevolgen moeten zijn van een schending van het verdedigingsbeginsel een aangelegenheid is van nationaal recht, maar vervolgens teruggrijpt op een Unierechtelijk criterium[89] dat door de lidstaten moet worden gehanteerd. Ook hier zien wij dus een Europeaniseringstrent met als keerzijde van de medaille een verdere uitholling van de procedurele autonomie.[90] Dit betekent dat in gevallen waarin de Nederlandse bestuursrechter in Unierechtelijke zaken constateert dat het verdedigingsbeginsel is geschonden, hij niet langer kan volstaan met de beoordeling of deze schending in bezwaar is gerepareerd, dan wel met de voormelde belangenafweging in bewaringszaken.

2.4 *Het transparantiebeginsel*

In vergelijking met de beginselen van rechtszekerheid en vertrouwen en het verdedigingsbeginsel, is het transparantiebeginsel als Unierechtelijk rechtsbeginsel pas laat tot ontwikkeling gekomen.[91] Bij transparantievereisten gaat het om de beschikbaarheid, toegankelijkheid en duidelijkheid van informatie over overheidshandelen.[92] In relatie tot de lidstaten heeft het beginsel vooral betekenis bij de verdeling van schaarse publieke rechten.[93] Voor deze rechten geldt dat het aantal inschrijvers/aanvragers groter is dan het aantal beschikbare dan wel beschikbaar gestelde

---

88 Vergelijk Duijkersloot 2014, p. 94.

89 Dit criterium is immers terug te vinden in arresten waarin het gaat om geschillen tussen de Europese Commissie en lidstaten/ondernemingen.

90 Vergelijk Duijkersloot 2014, p. 92-93.

91 Vergelijk Jans e.a. 2011, p. 192. Zie over het Unierechtelijk transparantiebeginsel verder Buijze 2013; A.W.G.J. Buijze, 'Waarom het transparantiebeginsel maar niet transparant wil worden', NTER 2011, p. 240-248; A.W.G.J. Buijze & R.J.G.M. Widdershoven, 'De Awb en EU-recht: het transparantiebeginsel', in: T. Barkhuysen, W. den Ouden & J.E.M. Polak (red.), *Bestuursrecht harmoniseren: 15 jaar Awb*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010, p. 589-607; A. Drahmann, 'Tijd voor een Nederlands transparantiebeginsel?', in: M.J.M. Verhoeven, J.E. van den Brink & A. Drahmann, *Europees offensief tegen nationale rechtsbeginselen? Over legaliteit, rechtszekerheid, vertrouwen en transparantie*, Preadvies Jonge VAR, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010, p. 143-196; S. Prechal, 'De emancipatie van het het algemene transparantiebeginsel', *SEW* 2008, p. 316-322; S. Prechal & M.E. de Leeuw, 'Transparancy: A General Principle of EU Law?', in: U. Bernitz, J. Nergelius & C. Cardner (red.), *General Principles of EC Law in a Process of Development*, Reports from a conference in Stockholm, 23-24 March 2007, organised by the Swedish Network for European Legal Studies, Kluwer Law International 2008, p. 207-248; S. Prechal & M.E. de Leeuw, 'Dimensions of Transparency: The Building Blocks for a New Legal Principle?', *REALaw* 2007, p. 51-62; Widdershoven, Verhoeven e.a. 2007, p. 85-93.

92 Buijze & Widdershoven 2010, p. 589.

93 Zie Widdershoven 2012, p. 203; F.J. van Ommeren, W. den Ouden & C.J. Wolswinkel, 'Schaarse publieke rechten. Wat Bard, Betfair en BNR met elkaar gemeen hebben', *NJB* 2011, p. 1858-1866.

rechten; in dat geval dient het aantal beschikbare rechten te worden verdeeld.[94] Deze verdeling kan bijvoorbeeld plaatsvinden door middel van een loting, een veiling, een tenderprocedure of een verdeling op volgorde van binnenkomst.[95] Door het beperkte aantal beschikbare rechten ontstaat er een vorm van competitie tussen de verschillende inschrijvers/aanvragers.[96]

Het transparantiebeginsel wordt in het kader van de verdeling van schaarse publieke rechten gezien als een uitvloeisel van het beginsel van gelijke behandeling.[97] Om te bewerkstelligen dat inschrijvers/aanvragers gelijke kansen hebben op het verwerven van een schaars publiek recht, is het nodig dat zij inzicht hebben in de te volgen procedure. Alleen zo kunnen zij controleren of het gelijkheidsbeginsel is nageleefd door de verstrekkende overheid.[98] In eerste instantie werd het beginsel van toepassing verklaard bij de verdeling van overheidsopdrachten. Echter, het Hof van Justitie heeft de werking van het transparantiebeginsel steeds verder uitgebreid,[99] waardoor het steeds meer het karakter krijgt van een algemeen beginsel van Unierecht.[100] Ook in Unierechtelijke wetgeving wordt het transparantiebeginsel in toenemende mate van toepassing verklaard.[101] Zo vallen thans ook de verdeling van concessies[102] en Europese subsidies[103] onder de werking van dit beginsel. In de zaak *Betfair* heeft het Hof van Justitie bovendien uitgemaakt dat het transparantiebeginsel ook van toepassing is op de procedure inzake het toekennen van een vergunning in een éénvergunningsstelsel.[104]

---

94 Zie over schaarse publieke rechten bijvoorbeeld C.J. Wolswinkel, 'Schaarse publiekrechtelijke rechten. Een algemeen leerstuk gerelativeerd', *NTB* 2014, p. 58-66.

95 Vergelijk A. Drahmann, 'Hoe kunnen transparantieverplichtingen worden geïntroduceerd in het Nederlandse bestuursrecht bij de verdeling van schaarse besluiten?', *NTB* 2014, p. 86-95, p. 87. Zie meer in het bijzonder over de verdeling van schaarse publiekrechtelijke rechten C.J. Wolswinkel, *De verdeling van schaarse publiekrechtelijke rechten. Op zoek naar algemene regels van verdelingsrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2013.

96 Vergelijk Drahmann 2014, p. 87.

97 Vergelijk Jans e.a. 2011, p. 192-193.

98 Zie bijv. HvJ EG 7 december 2000, C-324/98 (*Telaustria*), *Jur.* 2000, p. I-10745, r.o. 62.

99 Zie Buijze 2013, p. 207 e.v.

100 Vgl. Widdershoven 2012, p. 203; Buijze 2011.

101 In artikel 59, eerste lid, van de Verordening nr. 966/2012 inhoudende het financieel reglement is expliciet neergelegd dat de lidstaten bij de verdeling van Europese subsidies het transparantiebeginsel in acht moeten nemen.

102 Zie bijvoorbeeld HvJ EU 9 september 2010, C-64/08 (*Engelmann*), *Jur.* 2010, p. I-8219. Zie omtrent dit arrest H.M. Stergiou, 'Het Hof van Justitie: Engelbewaarder van het transparantiebeginsel', *NTER* 2011, p. 77-87. Naar aanleiding van deze jurisprudentie is inmiddels ook een richtlijn inzake concessies vastgesteld, namelijk Richtlijn 2014/23 van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van concessieovereenkomsten. Zie over deze richtlijn en de andere nieuwe aanbestedingsrichtlijnen M.J.J.M. Essers, R.S. Damsma & C.G. van Blaaderen, 'De nieuwe aanbestedingsrichtlijnen: werk aan de winkel of kan de wetgever op zijn lauweren rusten?', *NTER* 2014, p. 147-157.

103 Zie omtrent de verdeling van Europese subsidies en de daarvoor geldende eisen meer in het bijzonder Van den Brink 2012, p. 341 e.v. en J.E. van den Brink, 'Europeesrechtelijke eisen aan de verdeling van schaarse Europese subsidies', *NALL* 2012 april-juni, DOI: 10.5553/NALL/.000003.

104 HvJ EU 3 juni 2010, C-203/08 (*Betfair*), *AB* 2011/17, m.nt. A. Buijze, *JB* 2010/171, m.nt. C.J. Wolswinkel, *NJ* 2010, 40, m.nt. M.R. Mok onder *NJ* 2010, 491, *SEW* 2011, p. 82-84, m.nt. A.J.C. de Moor-van Vugt.

Het Unierechtelijk transparantiebeginsel eist dat de verdeling van schaarse publieke rechten 'doorzichtig' is. Dit betekent in de eerste plaats dat de overheid op een passende wijze[105] moet bekendmaken dat er een opdracht, concessie, vergunning of Europese subsidie te vergeven is.[106] In de tweede plaats moet duidelijk zijn welke verdeelprocedure zal worden gevolgd en wat de voorwaarden zijn om voor het schaarse publieke recht in aanmerking te komen.[107] Deze voorwaarden moeten bovendien zodanig zijn geformuleerd dat iedere redelijk geïnformeerde en zorgvuldige aanvrager ze op dezelfde manier zal interpreteren.[108] Voorts mogen de voorwaarden tijdens de procedure niet worden gewijzigd,[109] moeten zij gedurende de hele procedure op dezelfde wijze worden uitgelegd[110] en dienen zij bij de beoordeling van de aanvragen op objectieve en uniforme wijze te worden toegepast op alle aanvragers.[111] Ook moet er een uiterste datum worden vastgesteld voor het indienen van aanvragen.[112] In de derde plaats moeten de binnengekomen aanvragen gelijk worden behandeld. Dit betekent onder meer dat ingekomen aanvragen in beginsel niet mogen worden gewijzigd.[113] Ten vierde moet het voor aanvragers mogelijk zijn om te controleren dat het transparantiebeginsel en het beginsel van gelijke behandeling daadwerkelijk zijn nageleefd. Dit betekent dat degenen wier aanvraag is afgewezen moeten worden geïnformeerd over de redenen van afwijzing en ook over de redenen waarom andere aanvragen zijn gehonoreerd.[114] Ten slotte mag een besluit waarbij een schaars recht is toegekend in een latere fase niet zomaar worden gewijzigd.[115]

In de Nederlandse Awb zijn het transparantiebeginsel, noch de daaruit voortvloeiende eisen gecodificeerd. Evenmin kennen we een ongeschreven transparantiebeginsel. In de literatuur is echter wel betoogd dat het transparantiebeginsel grotendeels gedekt wordt door de bestaande Nederlandse beginselen van behoorlijk bestuur, zoals het verbod van vooringenomenheid en het gebod van fair play, het formele rechtszekerheidsbeginsel, het willekeurverbod en het materiële zorgvuldigheidsbeginsel, het formele zorgvuldigheidsbeginsel, het motiveringsbeginsel

---

105 Wat een passende mate van openbaarheid is, hangt af van de opdracht; zie hieromtrent Buijze & Widdershoven 2010, p. 594.

106 Zie bijvoorbeeld HvJ EU 13 april 2010, C-91/08 (*Wall*), *Jur.* 2010, p. I-2815, r.o. 36 en HvJ EG 7 december 2000, C-324/98 (*Telaustria*), *Jur.* 2000, p. I-10745, r.o. 62. Zie omtrent deze vereisten ook Drahmann 2014, p. 88 en Buijze & Widdershoven 2010, p. 594.

107 Zie bijvoorbeeld HvJ EG 29 april 2004, C-496/99P (*Succhi di frutta*), *Jur.* 2004, p. I-3801, r.o. 111.

108 Zie HvJ EG 29 april 2004, C-496/99P (*Succhi di frutta*), *Jur.* 2004, p. I-3801, r.o. 111 en HvJ EG 18 oktober 2001, C-19/00 (*SIAC*), *Jur.* 2001, p. I-7725, r.o. 42.

109 HvJ EG 4 december 2003, C-448/01 (*Wienstrom*), *Jur.* 2003, p. I-14527, r.o. 93.

110 HvJ EG 4 december 2003, C-448/01 (*Wienstrom*), *Jur.* 2003, p. I-14527, r.o. 92; HvJ EG 18 oktober 2001, C-19/00 (*SIAC*), *Jur.* 2001, p. I-7725, r.o. 43.

111 Zie bijvoorbeeld HvJ EG 4 december 2003, C-384/07 (*Wienstrom*), *Jur.* 2003, p. I-14527, r.o. 48; HvJ EG 18 oktober 2001, C-19/00 (*SIAC*), *Jur.* 2001, p. I-7725, r.o. 44.

112 HvJ EG 25 april 1996, C-87/94 (*Waalse bussen*), *Jur.* 1996, p. I-2043, r.o. 55.

113 Zie HvJ EG 25 april 1996, C-87/94 (*Waalse bussen*), *Jur.* 1996, p. I-2043, r.o. 56.

114 Dit volgt wat betreft het aanbestedingsrecht uit artikel 55, tweede lid, van de Richtlijn 2014/24 van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten en tot intrekking van Richtlijn 2004/18.

115 Zie bijvoorbeeld HvJ EU 13 april 2010, C-91/08 (*Wall*), *Jur.* 2010, p. I-2815, r.o. 37-38 en HvJ EG 29 april 2004, C-496/99P (*Succhi di frutta*), *Jur.* 2004, p. I-3801, r.o. 117.

en het gelijkheidsbeginsel.[116] Het is echter de vraag of deze beginselen alle Unierechtelijke transparantievereisten dekken,[117] nog afgezien van het feit dat het werken met één overkoepelend transparantiebeginsel misschien wel zo overzichtelijk is.[118]

Uiteraard dienen Nederlandse overheden het Unierechtelijk transparantiebeginsel in acht te nemen wanneer zij schaarse publieke rechten verdelen die binnen de werkingssfeer van het EU-recht vallen. Voor veel van dergelijke verdelingsprocedures geldt echter dat weliswaar duidelijk is dat het transparantiebeginsel moet worden nageleefd, maar dat niet in EU- of Nederlandse wet- en regelgeving is vastgelegd wat dat nu precies betekent.[119] Uiteraard kunnen bestuursorganen en ook de bestuursrechter[120] de uit het transparantiebeginsel voortvloeiende eisen uit zichzelf toepassen. Het is echter de vraag of dit voldoende gebeurt, waardoor strijd kan ontstaan met het EU-recht. Dit roept de vraag op of het transparantiebeginsel niet ook voor andere verdeelprocedures dan de aanbestedingsprocedure zou moeten worden gecodificeerd. Er gaan in dat kader stemmen op om het transparantiebeginsel, dan wel de eisen die het beginsel stelt, in de Awb te codificeren.[121]

Een algemene codificatie in de Awb zou tot gevolg hebben dat het transparantiebeginsel en de daaruit voortvloeiende eisen niet alleen betekenis hebben voor zaken die raken aan het Unierecht, maar ook voor zogenoemde 'zuiver interne situaties'.[122] Het is de vraag of dat bezwaarlijk is: het neemt discussies over of er werkelijk sprake is van een zuiver interne situatie weg.[123] De verdeling van schaarse subsidies raakt

---

116 Drahmann 2014, p. 88 e.v.; Jans e.a. 2011, p. 198-199; Buijze & Widdershoven 2010, p. 605; Widdershoven & Verhoeven 2007, p. 91.

117 Vergelijk Drahmann 2014, p. 91; Buijze & Widdershoven 2010, p. 605; Prechal 2008, p. 322; Widdershoven & Verhoeven 2007, p. 91-92; Van Ommeren 2004, p. 49-52.

118 Vergelijk Widdershoven & Verhoeven 2007, p. 91.

119 Een uitzondering bestaat voor het aanbestedingsrecht, voor zover het gaat om opdrachten boven de drempel (zie de Richtlijn 2014/24 van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten en tot intrekking van Richtlijn 2004/18) en inmiddels ook voor concessieovereenkomsten (zie de Richtlijn 2014/23 van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van concessieovereenkomsten).

120 Zie bijvoorbeeld CBb 19 december 2007, ECLI:NL:CBB:2007:BC2460, r.o. 5.4. Toch lijkt de bestuursrechter terughoudend om het transparantiebeginsel als zodanig te benoemen. Zie Widdershoven 2012, p. 204; F.J. Ommeren, 'Schaarse publieke rechten: een verplichting tot het creëren van mededingingsruimte?', in: F.J. van Ommeren, W. den Ouden & C.J. Wolswinkel (red.), *Schaarse publieke rechten*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011, p. 235-265; A. Drahmann, 'Streven naar een transparante (her)verdeling van schaarse publieke rechten', in: F.J. van Ommeren, W. den Ouden & C.J. Wolswinkel(red.), *Schaarse publieke rechten*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011, p. 267-292.

121 Buijze & Widdershoven 2010, p. 606-607. Zie ook Jans e.a. 2011, p. 199; Widdershoven & Verhoeven 2007, p. 91-92. Drahmann is voorstander van het codificeren van bepaalde concrete onderdelen van het transparantiebeginsel in de Awb, wanneer blijkt dat de transparantieverplichting onvoldoende in het Nederlandse bestuursrecht wordt toegepast. Zie Drahmann 2014, p. 95. Zie over het codificeren van algemene beginselen van behoorlijk bestuur in de Awb in algemene zin R.J.N. Schlössels, 'Rechtsbeginselen en de Algemene wet bestuursrecht; tevreden met een codificatie "light"?', *JBplus* 2012, p. 87-100 en J.H. Gerards, 'Meer rechtsbeginselen in de Awb?', in: T. Barkhuysen, W. den Ouden & J.E.M. Polak (red.), *Bestuursrecht harmoniseren: 15 jaar Awb*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010, p. 787-807.

122 Vergelijk Drahmann 2014, p. 92; A. Drahmann, 'Is de transparantie bij de verdeling van schaarse vergunningen voldoende gewaarborgd?', *JBplus* 2013, p. 141-170, p. 144-145.

123 Zie in dat verband de prejudiciële vragen van de ABRvS van 9 juli 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2488.

immers al snel aan het Europese staatssteunrecht en de verdeling van schaarse vergunningen al snel aan het vrij keer van diensten. Bovendien is een terechte vraag wat erop tegen is dat de overheid die schaarse rechten verdeelt, zich in alle gevallen houdt aan het transparantiebeginsel en de eisen die daaruit voortvloeien.

3 Conclusie

Uit de voorgaande paragrafen komt het beeld naar voren van Europese rechtsbeginselen die het Nederlandse bestuursrecht steeds fijnmaziger beïnvloeden. Daarbij kan een onderscheid gemaakt worden tussen Unierechtelijke beginselen die een Nederlandse evenknie hebben enerzijds en de voor Nederland relatief nieuwe Unierechtelijke beginselen anderzijds.

Om met de eerste categorie te beginnen; het Hof legt in de jurisprudentie over het legaliteits- en vertrouwensbeginsel steeds meer de nadruk op de effectieve tenuitvoerlegging van het EU-recht. Het Hof zegt niet met zoveel woorden dat de nationale beginselen niet mogen worden toegepast, maar ontwijkt de vraag en benadrukt tegelijkertijd dat lidstaten hun verplichtingen moeten nakomen of zegt dat deze beginselen Unierechtelijk moeten worden uitgelegd. Voor zover op papier nog ruimte aan de nationale varianten wordt geboden, lijkt het noemen van die ruimte niet meer dan een plichtmatige formaliteit. Zo wordt linksom of rechtsom hetzelfde resultaat bereikt; burgers die geraakt worden door besluiten van nationale bestuursorganen ter uitvoering van EU-recht kunnen nog maar zelden bescherming ontlenen aan het legaliteits- en vertrouwensbeginsel. Dat geldt in het bijzonder in geschillen waarin Unierechtelijk geregelde geldbedragen aan de orde zijn. De consequentie van deze jurisprudentie is dat er in de jurisprudentie van de Nederlandse bestuursrechter van ieder beginsel twee varianten zijn te ontwaren; in zuiver interne situaties worden de nationale beginselen toegepast, terwijl in zaken die raken aan het Unierecht de beginselen Unierechtelijk worden uitgelegd en toegepast. Die conclusie roept de al vaker gestelde vragen naar rechtseenheid en rechtszekerheid in de gedeelde rechtsorde op.[124] Naar onze mening is het geen oplossing om deze beginselen dan ook maar in interne situaties (meer) Unierechtelijk toe te passen. Dit zou immers betekenen dat rechtseenheid wordt bereikt door rechtsbescherming voor burgers op te offeren.

De genoemde vragen naar rechtseenheid en rechtszekerheid in de gedeelde rechtsorde spelen minder in het geval van de tweede categorie Unierechtelijke beginselen, in deze bijdrage besproken in de vorm van het verdedigings- en transparantiebeginsel. In dat geval bestaat immers geen nationale variant, maar moet het Unierechtelijk beginsel in acht worden genomen bij de uitvoering van het Unierecht. Toch zien we ook hier de nodige 'aanvaringen'[125] tussen de Unierechtelijke beginselen en het Nederlandse bestuursrecht, nu het Hof steeds minder ruimte biedt voor het beginsel van procedurele autonomie en het Nederlandse bestuursrecht moet wijken. Een

124 Zie hierover ook T. Barkhuysen, *Eenheid en coherentie van rechtsbescherming in de veellagige Europese rechtsorde* (oratie Leiden), Deventer: Kluwer 2006.

125 Widdershoven 2012, p. 202.

verschil met het legaliteits- en vertrouwensbeginsel is echter dat de Unierechtelijke beginselen van verdediging en transparantie de burger doorgaans meer bescherming bieden dan het Nederlandse bestuursrecht. In dat opzicht zou het wat ons betreft minder problematisch zijn om de rechtseenheid en rechtszekerheid te vergroten door deze Unierechtelijke beginselen ook toe te passen in zuiver interne situaties. Wat daar ook van zij, in beide categorieën zien we zodoende voortschrijdende Europeanisering van het bestuursrecht door Unierechtelijke beginselen.

Uit de Nederlandse jurisprudentie blijkt dat de bestuursrechter deze ontwikkeling niet uit de weg gaat. De Hof-jurisprudentie wordt nauwlettend gevolgd en in veel gevallen zonder al te veel morren toegepast.[126] Wat betreft het legaliteits- en vertrouwensbeginsel zijn wij van mening dat de Nederlandse bestuursrechters wel erg proactief zijn, ook daar waar dat (nog) niet noodzakelijk is. Voor de andere twee beginselen geldt dat de bestuursrechter nog meer in de aftastende fase zit. Dat komt waarschijnlijk ook doordat minder duidelijk is wat deze Unierechtelijke beginselen precies vragen van het Nederlandse bestuursrecht. Wij verwachten echter dat naarmate het Hof van Justitie op deze terreinen meer duidelijkheid biedt, de Nederlandse bestuursrechter ook deze beginselen loyaal zal toepassen.

Is deze faciliterende rol van de Nederlandse bestuursrechter ten aanzien van de doorwerking van Unierechtelijke rechtsbeginselen voldoende, of is hulp van de Awb-wetgever nodig of wenselijk? Het antwoord op die vraag ligt genuanceerd. In het algemeen ontstaat de indruk dat de bestuursrechter zich prima redt. Doordat de Europeanisering van het bestuursrecht door rechtsbeginselen vooral via de jurisprudentie gestalte krijgt, leidt dit echter wel tot een onoverzichtelijk en versnipperd geheel, hetgeen doet denken aan het pre-Awb-tijdperk. Bovendien bestaat het risico op uiteenlopende jurisprudentie van de verschillende bestuursrechters. Dit komt de rechtszekerheid van de burger niet ten goede. Om actief optreden van de Awb-wetgever te vragen lijkt het ons echter, op een enkele uitzondering na,[127] nog te vroeg, gelet ook op de ontwikkeling van een meer uniform Europees bestuursrecht. Het lijkt een kwestie van tijd dat deze toekomstige Unierechtelijke wetgeving ook betekenis zal hebben voor nationale bestuursorganen die het EU-recht uitvoeren.[128] Gelet op de toch al overbelaste Awb-wetgever kunnen deze Unierechtelijke ontwikkelingen naar onze mening beter worden afgewacht.

---

126 Daar waar fel bekritiseerde arresten volgens de bestuursrechter duidelijk zijn, ziet men geen reden voor het stellen van (nieuwe) prejudiciële vragen. Zie bijvoorbeeld ABRvS 30 december 2009, *AB* 2010/283, m.nt. J.E. van den Brink & W. den Ouden.

127 Het lijkt bijvoorbeeld hoog tijd voor de behandeling van het wetsvoorstel terugvordering staatssteun. Zie daarover M.J. Jacobs & W. den Ouden, 'Wat was, werd en wordt belangrijk in het algemene subsidierecht?', *NALL*, januari 2014, DOI:10.5553/NALL/.000017 en P.C. Adriaanse & J.R. van Angeren, 'De Awb en staatssteunvragen', in: T. Barkhuysen, W. den Ouden & J.E.M. Polak (red.), *Bestuursrecht harmoniseren: 15 jaar Awb*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010, p. 669-686. Ook de subsidietitel van de Awb (titel 4.2) is wat betreft de uitvoering van Europese subsidieregelingen achterhaald, zie daarover Van den Brink 2012, p. 519 e.v.

128 Dit blijkt bijvoorbeeld ook uit de hiervoor besproken Draft Model Rules, in het bijzonder waar het gaat om composite procedures. Zie ook Widdershoven 2014 en Van Ommeren & Wolswinkel 2014, p. 196.

Regels over regelgeving

Anne Meuwese[*]

1 Inleiding

Heeft het zin om het verschijnsel bestuurlijke regelgeving te reguleren? De Algemene wet bestuursrecht (Awb) staat erom bekend het thema slechts mondjesmaat aan te snijden. De oorspronkelijke plannen om artikel 8:3, eerste lid, Awb dat het effect heeft regelgeving als object uit te sluiten van beroep en daarmee van grote delen van de Awb zijn eigenlijk nooit teruggekeerd op de agenda. Dit gebrek aan 'regels over regelgeving' vanuit het algemene bestuursrecht sluit aan bij de internationale status quo. Jensen & McGrath analyseerden een groot aantal 'algemene wetten bestuursrecht' (*administrative procedure acts; APA's*) en ontdekten dat terwijl alle APA's binnen presidentiële stelsels bestuurlijke regelgeving reguleerden, slechts twee van de onderzochte 'parlementaire' APA's ook maar een poging hiertoe deden.[1] Op EU-niveau, waar de tegenstelling presidentieel-parlementair minder relevant is, stelt het academische ReNEUAL-project[2] voor om regelgeving nu juist wel expliciet te gaan reguleren. Mocht de 'Europese Awb', waarvoor met een beetje goede wil in de artikelen 225 en 298 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU) een juridische basis kan worden gelezen, er komen dan is alvast een blauwdruk beschikbaar.[3] De *model rules* bevatten zelfs een heel boek met regels over regelgeving (*rulemaking* (Book II)).[4] Met dat voorstel als inspiratiebron en de Nederlandse praktijk als referentiekader onderzoekt deze bijdrage wat er

---

* Prof. dr. A.C.M. Meuwese is hoogleraar Europees en Vergelijkend Publiekrecht aan Tilburg Law School.

1 C.B. Jensen & R. J. McGrath, 'Making Rules about Rulemaking: A Comparison of Presidential and Parliamentary Systems', *Political Research Quarterly* 2011, p. 656-667.

2 ReNEUAL staat voor 'Research Network on EU Administrative Law', zie www.reneual.eu.

3 Voor meer over de gedachten rond een 'Europese Awb', zie J. Ziller, 'Alternatives in Drafting an EU Administrative Procedure Law', november 2011; O. Mir Puigpelat, 'Arguments in favour of a general codification of the procedure applicable to EU administration', maart 2011; J. Ziller, 'Is a law of administrative procedure for the Union institutions necessary? Introductory remarks and prospects', maart 2011; J. Ziller, 'Towards Restatements and Best Practice Guidelines on EU Administrative Procedural Law', Note to the European Parliament´s Committee on Legal Affairs – Working Group on EU Administrative Law, oktober 2010; ReNEUAL Steering Committee, 'Towards Restatements and Best Practice Guidelines on EU Administrative Procedural Law', maart 2010 – al deze documenten zijn te verkrijgen via www.reneual.eu. Zie ook S. Kadelbach, 'European Administrative Law and the Law of a Europeanized Administration', in: C. Joerges & R. Dehousse (red.), *Good Governance in Europe's Integrated Market*, Oxford: Oxford University Press 2003, p. 167-296; A.C.M. Meuwese, Y.E. Schuurmans & W.J.M. Voermans, 'Towards a European Administrative Procedure Act', *Review of European Administrative Law* 2010, 2(2), p. 3-35.

4 D. Curtin, H.C.H. Hofmann & J. Mendes, 'Book II – Administrative Rulemaking', in: H.C.H. Hofmann, J.-P. Schneider & J. Ziller (red.), *ReNEUAL Model Rules on EU Administrative Procedure* (Version for online publication) 2014.

mogelijk is ten aanzien van een strakker reguleringskader voor bestuurlijke regelgeving, waarbij 'regels over regelgeving' al dan niet in een APA staan.

2 Regulering van regelgeving?

Bepaalde algemene zorgen omtrent het verschijnsel bestuurlijke regelgeving bestaan ongeacht het rechtssysteem of constitutionele bestel waarin de regels concreet hun beslag krijgen. Een eerste categorie van zorgen gaat over democratie. Hoe kan worden gegarandeerd dat bindende regels die niet door volksvertegenwoordigingen worden vastgesteld, toch een uitdrukking zijn van de algemene wil? Een tweede categorie van zorgen is eerder rechtsstatelijk van aard. Het is niet vanzelfsprekend dat gedelegeerde regelgeving voldoende rekening houdt met constitutionele waarden en beginselen en de juiste balans weet te vinden met instrumentele beleidsdoelen. Door deze beide categorieën heen speelt nog een 'legaliteitszorg'. Idealiter kan een strak geformuleerde en goed nageleefde delegatiebepaling veel betekenen voor het democratisch en rechtsstatelijk gehalte van bestuurlijke regelgeving, maar in de praktijk wordt deze oplossing al snel zelf een zorg. Is het wel mogelijk om in de formele wet de ruimte voor de lagere regelgever op een goede manier af te afbakenen en, zo ja, welke garantie is er dat deze inderdaad binnen de aangegeven ruimte blijft?

De zorgen op de achtergrond zijn misschien gelijk, de door verschillende rechtssystemen gekozen oplossingen variëren behoorlijk, met name in de mate waarin zij een rol spelen bij het compenseren van de risico's die kleven aan delegatie van regelgevende bevoegdheden.

Onderstaande tabel geeft een aantal mogelijke oplossingen weer, uitgesplitst in 'ex ante' (het mechanisme probeert te sturen voordat de regel is vastgesteld) en 'ex post' (er gaat een corrigerende werking van uit). Hoewel 'juridisch' en 'politiek' veel te grove categorieën zijn voor een activiteit waarbij de wisselwerking tussen beide rationaliteiten voorop staat,[5] wordt getracht van elke oplossing aan te geven op welke rationaliteit deze primair berust. Overigens behoeven ook 'politieke' mechanismen over het algemeen een basis in een (grond)wet, maar de controlemodus waarvan de hieronder genoemde mechanismen gebruikmaken, liggen buiten de juridische nationaliteit. Een verplichting om het proces van regelgeving transparant te laten verlopen, probeert bijvoorbeeld gebruik te maken van de mogelijkheden voor '*naming and shaming*' die publiekelijk beschikbare informatie biedt. Een eventuele juridische basis voor een dergelijke verplichting, zoals de ReNEUAL *model rules* voorstellen (zie onder), maakt het mechanisme als zodanig nog niet 'juridisch' van aard.

5 I.Th.M. Snellen, *Boeiend en Geboeid. Ambivalenties en ambities in de bestuurskunde* (oratie Tilburg), Alphen aan den Rijn 1987.

	Ex ante	Ex post
Juridisch	Delegatiesystematiek Woordkeuze delegatiebepalingen Rechtsbeginselen Fundamental rights assessment	Rechterlijke toetsing
Politiek	Transparantieverplichtingen Participatierechten Impact assessment	Toezicht (vernietigingsbevoegdheden etc.) Verslaglegging richting parlement.

Gezien de veelheid aan mechanismen die ingezet kunnen worden voor het 'reguleren van regelgeving', is het aantal regels en normen die hier handen en voeten aan kunnen geven groot en de variëteit enorm. Hoewel het ondoenlijk is om een compleet overzicht te bieden van 'regels voor regelgeving', kunnen bepaalde rechtssystemen wel worden ingeschaald qua reguleringsintensiteit. Zo bevat de Amerikaanse *Administrative Procedure Act* (APA), conform de bevindingen van Jensen en McGrath over presidentiële stelsels, indringende regulering van regelgeving, met de verplichting tot pro-actief en geformaliseerd consulteren (*notice and comment*) als bekend voorbeeld. Daarnaast leggen Amerikaanse presidenten aanvullende verplichtingen voor *agencies*, zoals recentelijk het vereiste gedragswetenschappelijke inzichten te incorporeren,[6] neer in *executive orders*. In systemen met een sterkere machtenscheiding, heeft het zin om in te zetten op 'ex ante' *checks*, omdat er minder mogelijkheden zijn om 'ex post' regelgeving te corrigeren of een halt toe te roepen. Deze 'ex ante' *checks* nemen eerder de vorm aan van 'regels'; 'ex post' checks verlopen vaak via de reguliere hiërarchische kanalen die in parlementaire stelsels zijn opgetuigd.

Echter, ook los van de prikkels die uitgaan van constitutionele stelsels: als de hoeveelheid en impact van bestuurlijke regelgeving toeneemt, zoals in de Europese Unie (EU), groeit ook de roep om sterkere mechanismen die dit type regelgeving kunnen 'reguleren'. In het geval van de EU speelt mee dat veel regels juist ook effecten hebben buiten de landsgrenzen van de lidstaten.[7] De bekende *Inuit*-zaak, waarin het Hof van Justitie besloten heeft dat 'wetgevingshandelingen' niet in aanmerking kwamen voor toepassing van de verruimde regels over *locus standi*, was aangezwengeld door een belangengroepering die de handel in zeehondenproducten naar de Europese Unie in gevaar zag komen door nieuwe wetgeving.[8]

De vraag naar sterkere 'regulering van regelgeving' op EU-niveau betreft veel van bovengenoemde mechanismen, maar concentreert zich rond participatierechten en rechterlijke toetsing. De democratiezorgen en rechtsstatelijke zorgen staan meestal voorop in de discussie over institutionele hervormingen binnen de EU, maar er zijn ook reële legaliteitszorgen. Met het Verdrag van Lissabon is in de EU een systeem gekomen dat iets meer weg heeft van 'normenhiërarchie' door het onderscheid

---

6 *Executive order* 13563; zie ook WRR, 'Met kennis van gedrag beleid maken', Amsterdam: Amsterdam University Press 2014, p. 45.

7 A.C.M. Meuwese, 'EU–US Horizontal Regulatory Cooperation: Mutual Recognition of Impact Assessment?', in: D. Vogel & J. Swinnen (red.), *Transatlantic Regulatory Cooperation. The Shifting Roles of the EU, the US and California*, Cheltenham: Edward Elgar 2011, p. 249-270.

8 HvJ EU 3 oktober 2013, zaak C-583/11 P (*Inuit Tapiriit Kanatami*).

tussen 'wetgevingshandelingen' en 'niet-wetgevingshandelingen' (de gedelegeerde en de uitvoeringshandelingen van de Commissie en de Raad in de zin van art. 290 en 291 VWEU) duidelijk te maken. Hoewel hiermee meer aandacht kwam voor de procedures die gemoeid zijn met het maken van 'lagere' EU-regelgeving,[9] ontstonden ook nieuwe problemen. Hoe te voorkomen dat de Raad uit gehechtheid aan de comitologiepraktijk te snel grijpt naar het instrument van de uitvoeringshandeling (art. 291 VWEU), en de mogelijkheid van 'echte' delegatie zoals artikel 290 VWEU die tegenwoordig mogelijk maakt, links laat liggen? Hoe hard en hoe handhaafbaar zijn, met andere woorden, de voorwaarden uit artikel 290, eerste lid, VWEU, waarin staat dat delegatie van regelgevende bevoegdheid aan de Commissie mogelijk is bij handelingen 'van algemene strekking (...) ter aanvulling of wijziging van bepaalde niet essentiële onderdelen van de wetgevingshandeling'? In zaak C-427/12 heeft het Hof van Justitie hierop geantwoord dat de Europese wetgever een discretionaire bevoegdheid geniet, die het Hof alleen zal toetsen op kennelijke beoordelingsfouten.[10]

Genoeg redenen dus, zowel op EU-niveau als binnen Nederland om eens opnieuw te kijken naar de manier waarop en de mate waarin regelgeving gereguleerd wordt. Het Amerikaanse model is ongetwijfeld een brug te ver, zowel qua institutionele implicaties als nadelige effecten binnen de samenleving. Wat dan wel en welke rol kan een Awb/APA daarin spelen?

3 Het Nederlandse model: minimalistisch

De Awb kent geen specifieke regeling voor de totstandkoming van besluiten van algemene strekking. De definitie van 'regelgeving in de zin van algemeen verbindende voorschriften' wordt hooguit *a contrario* afgeleid uit wat er in titel 4.3 Awb en de bijbehorende memorie van toelichting staat over beleidsregels.[11] Wel kennen wij in hoofdstuk 3 Awb algemene voorschriften die op alle besluiten en dus in beginsel ook op dit soort besluiten van toepassing zijn. Meteen wordt in artikel 3:1, eerste lid, sub a, Awb alweer de beperking gegeven dat sommige bepalingen, waaronder de voor 'regelgeving' extra belangrijke onderzoeksplicht van artikel 3:2 Awb, alleen

---

9 Zo wordt het produceren van een impact assessment voor gedelegeerde regelgeving steeds gebruikelijker: A. Alemanno & A.C.M. Meuwese, 'What role for impact assessment in non-legislative rule-making?', *European Law Journal* 2013, 19(1), p. 76-92.

10 HvJ EU 18 maart 2014, zaak C-427/12 (*Commissie t. Raad/Parlement*), r.o. 40: '[o]pgemerkt zij dat de Uniewetgever over een beoordelingsbevoegdheid beschikt wanneer hij beslist om de Commissie een gedelegeerde bevoegdheid op grond van artikel 290, lid 1, VWEU dan wel een uitvoeringsbevoegdheid op grond van artikel 291, lid 2, VWEU te verlenen. De rechterlijke toetsing is dan ook beperkt tot de vraag of de wetgever zonder kennelijke beoordelingsfouten redelijkerwijze tot de slotsom is kunnen komen dat, enerzijds, de door hem vastgestelde regeling betreffende de in artikel 80, lid 1, van verordening nr. 528/2012 bedoelde vergoedingen voor de uitvoering ervan slechts nader hoeft te worden bepaald zonder dat niet-essentiële onderdelen ervan hoeven te worden gewijzigd of aangevuld, en anderzijds, de bepalingen van verordening nr. 528/2012 betreffende deze regeling eenvormige uitvoeringsvoorwaarden eisen.'

11 R.J.N. Schlössels & S.E. Zijlstra, *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat*, Deventer: Kluwer 2010, p. 264.

van toepassing zijn voor zover de aard van de regelgeving zich daartegen niet verzet. Artikel 3:1, eerste lid, sub b, Awb bepaalt zelfs dat de afdelingen 3.6 en 3.7 Awb en daarmee regels omtrent bekendmaking en motiveringsplicht (art. 3:46 Awb) helemaal niet gelden voor regelgeving. Bij het invullen van een vragenlijst voor landenexperts over nationale regulering van regelgeving, ten behoeve van het Analysis of Learning in Regulatory Governance (ALREG) project van de Universiteit van Exeter, was dit laatste gegeven bijzonder lastig uit te leggen.[12] Uiteraard heb ik er in mijn antwoord op gewezen dat er wel prikkels uitgaan om toch aandacht te besteden aan de motivering van regelgeving van de (civiele) rechtspraak. Maar juist in het licht van de normen rond de *duty to give reasons* die blijkbaar wel leven in de praktijk van de Nederlandse rechtsstaat, alsook in transnationale fora, is het vreemd dat de Awb de moeite neemt deze speciaal van toepassing op regelgevingsprocessen uit te sluiten.

Ook rond de bekendmaking van algemene regels, een proces dat natuurlijk primair door de Bekendmakingswet gereguleerd wordt, gaat nogal eens wat mis. Zo is er de veelbesproken *Knooble*-zaak, waarin de Hoge Raad zich genoodzaakt zag te blijven ronddraaien in een kringetje van 'geen regelgevende bevoegdheid = geen avv = geen publicatieplicht' en geen consequenties verbond aan feitelijke binding aan private regelgeving.[13] Op decentraal niveau en (vooralsnog) buiten de rechterlijke sfeer was er ophef over ongepubliceerde 'regels' over het dragen van motorclubkleding in het uitgaansgebied van Tilburg, die echter formeel geen regels bleken te zijn, maar afspraken onder dreiging van de inzet van openbareordebevoegdheden.[14] Het enige wat binnen de Awb ten slotte in de buurt komt van een participatierecht is de uniforme openbare voorbereidingsprocedure van afdeling 3.4 Awb,[15] maar deze mist het *default*-karakter van bijvoorbeeld het Amerikaanse '*notice-and-comment*'-vereiste.

Dit alles betekent natuurlijk nog niet dat het Nederlandse staats- en bestuursrecht geen 'regulering van regelgeving' kent. Veel van dit soort 'metaregulering' vindt in Nederland impliciet plaats en ligt eigenlijk besloten in de logica van het constitutionele bestel. De normenhiërarchie en de daarop gebaseerde delegatiesystematiek staat misschien nergens duidelijke voorgespeld, maar fungeert wel degelijk ter ondervanging van (een deel van) de democratiezorgen rond bestuurlijke regelgeving. Hetzelfde geldt voor een ander juridisch ex ante mechanisme waar het Nederlandse model zich rijkelijk van bedient: de woordkeuze in delegatiebepalingen. We leren studenten een combinatie van deze logica en een stel taalkundige regels toe te passen bij het beantwoorden van de vraag of er in een bepaald geval bevoegdheid bestaat om een algemeen verbindend voorschrift vast te stellen.

Het 'reguleren' van regelgeving kan ook plaatsvinden in de sfeer van *soft law*. Een goed voorbeeld daarvan wordt gevormd door de Aanwijzigingen voor de

---

12 A.C.M. Meuwese, 'Report for The Netherlands', Analysis of Learning in Regulatory Governance (ALREG), Questionnaire for Country Experts, februari 2012 (niet gepubliceerd).

13 HR 22 juni 2012, *AB* 2012/228, *NJ* 2012/397 (*Knooble BV Nederland*).

14 G.J. Leenknegt, 'Tilburg schendt rechten van motorclubs', *Brabants Dagblad*, 3 mei 2014. Zie ook G.J. Leenknegt, 'Maatregelen tegen motorclubs schenden fundamentele rechten', *Nederland-Rechtsstaat.nl*, 5 mei 2014.

15 Zie ook F.J. van Ommeren & C.J. Wolswinkel, 'Naar een Algemene wet bestuursrecht voor de EU', *NTB* 2014/23.

Regelgeving. Inhoudelijk behoorlijk ambitieus,[16] hebben de hierin neergelegde metaregels slechts beperkte impact, zeker in de praktijk van lagere regelgeving. Institutionele versterking in de hoedanigheid van bijvoorbeeld een onafhankelijke metatoezichthouder zou de naleving kunnen versterken.[17] In de praktijk zien we juist een terugkeer naar traditionele 'ex post' controlemechanismen in de sfeer van toezicht – en daarmee naar een nadruk op hiërarchie in plaats van regels – bij het toekennen van regelgevende bevoegdheden aan zelfstandige bestuursorganen, zoals in het geval van de Autoriteit Consument en Markt (ACM).

4 Het ReNEUAL model

Het ReNEUAL boek II met 'regels over regelgeving' bestaat uit slechts zes voorgestelde bepalingen, maar wel 65 pagina's aan inleiding en uitleg. Regelgeving (*rulemaking*) wordt gedefinieerd als handelingen van algemene toepassing (*acts of general application*). De reikwijdte is gekoppeld aan 'executive rule-making', waarbij geen onderscheid wordt gemaakt tussen gedelegeerde regelgeving op grond van artikel 290 VWEU en implementatiemaatregelen tot stand gekomen op basis van artikel 291 VWEU. Hetzelfde geldt voor de bron: dit kan – en zal in de meeste gevallen – de Europese Commissie zijn, maar evengoed een EU-agentschap of een ander orgaan (art. II-I(1)). De ReNEUAL '*model rules*' over regelgeving zijn dan ook niet bedoeld voor controle van het technisch-procedurele soort.[18] De voorgestelde bepalingen bevatten eerder procedurele uitgangspunten, die zijn afgeleid van het participatie- en transparantiebeginsel.

Daarmee willen de projectleiders van ReNEUAL expliciet in een 'gat' in het rechtssysteem van de EU springen. De hierboven al gesignaleerde hernieuwde aandacht voor 'lagere' regelgevingsprocessen sinds de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon, heeft zich volgens hen nog niet voldoende uitgestrekt richting de dagelijkse implementatie van constitutionele waarden. De ReNEUAL *model rules* bieden daarmee geen oplossing voor het hierboven gesignaleerde legaliteitsprobleem dat eruit bestaat dat de Raad daadwerkelijke delegatie aan de Commissie probeert te vermijden, maar pretenderen dat ook niet. De grootste verdienste van het project van de *model rules* is dan ook dat het normen, praktijken en procedures die tot nu toe verspreid over verschillende beleidsterreinen en vaak in informele vorm wel bestaan, in de meest ambitieuze versie, samenvat.

De eerste materiële bepaling, II-2, over welke aspecten van de regelgeving zelf bekendgemaakt moeten worden, is wellicht niet de meest spannende vernieuwing die de *model rules* brengen, maar toch belangrijk in het licht van de verwarring die al snel rond de herkomst en status van EU-regelgeving ontstaat. Artikel II-3 somt

16 Zie bijvoorbeeld aanwijzing 124f, waarin gepoogd is de randvoorwaarden voor het delegeren van regelgevende bevoegdheden aan zbo's neer te leggen.

17 R. van Gestel & M.-C. Menting, 'The impact of ex ante evaluation of legislation: going Dutch?', *Statute Law Review* 2011, 32(3), p. 209-226.

18 Zie voor een voorbeeld van dat model: ICER, 'Handleiding delegatie en comitologie', augustus 2013.

de eisen op die aan de voorbereiding van alle regelgeving zouden moeten worden gesteld: een zorgvuldig en onpartijdig onderzoek naar de relevante aspecten, een assessment (eventueel door middel van een kosten-batenanalyse) van de maatschappelijke, economische en milieugerelateerde effecten en een memorie van toelichting waarin naast een motivering van de gekozen regel ook de alternatieven ervoor staan genoemd. Ook moeten, en hier komen we toch wel op technisch-procedureel terrein, de namen en bronnen van geconsulteerde experts en belangengroeperingen vermeld worden in de memorie van toelichting. Ten slotte is ook artikel II-4 belangwekkend en vernieuwend. De bepaling is te lang om hier volledig weer te geven, maar de kern van de hierin vervatte procedurele uitgangspunten is dat instellingen en organen zeer proactief moeten omgaan met consultatie en participatie, door aandacht te besteden aan gebruiksvriendelijkheid van consultatiefora en *stakeholders* met beperktere middelen te lokaliseren.

5 Afweging en afsluiting

Veel van de verschillen tussen de ReNEUAL-benadering en die binnen het Nederlandse bestuursrecht kunnen inderdaad worden teruggevoerd op verschillen in de constitutionele omgeving.[19] Vertrouwen op 'hiërarchie' als de belangrijkste controlemodus voor het reguleren van regelgevingsprocessen zou in de EU zeer problematisch zijn. Andersom zouden meer 'ex ante' mechanismen in de vorm van regels in de Nederlandse context ongetwijfeld weerstand oproepen. Ook de juridische basis van beide 'APA's' zorgt voor een uiteenlopende dynamiek. Terwijl artikel 107, tweede lid, Grondwet voor zich spreekt, valt te betwisten of de artikelen 225 en 298 VWEU inderdaad de bevoegdheid geven voor een 'Europese Awb'. Daar staat tegenover dat de EU-verdragen uitgebreide bepalingen over transparantie en participatie bevatten, hetgeen in nationale constituties meestal niet het geval is. Voor de Europese context geldt dat, als de horde van de juridische basis eenmaal is genomen, er een veel breder en duidelijker constitutioneel mandaat is voor het type regels dat ReNEUAL voorstelt.

Toch is het ReNEUAL-model interessant, omdat het de middenweg tussen uitgebreide technisch-procedurele regels en brede beginselen bewandelt. De projectleiders zelf hopen met het type 'regels voor regelgeving' dat te vinden is in boek II een '*systematic infusion*' van de uitgangspunten te bereiken. Dat op dit punt op EU-niveau nog wel meer te doen valt, blijkt uit de rommelige implementatie van de nieuwe 'normenhiërarchie' binnen het Europese recht.

Shapiro heeft in een rechtsvergelijkend stuk wel gepleit voor een heroriëntering van het bestuursrecht op 'regels en regulering' als centraal object, in plaats van concrete en individuele besluitvorming.[20] Afgemeten aan de relatieve ruimte die de 'regels over regelgeving' innemen in het project van de ReNEUAL *model rules*, is dit nog lang geen werkelijkheid. Aan de andere kant kan opgemerkt worden dat de

19 Voor een puntsgewijze vergelijking, zie Van Ommeren & Wolswinkel 2014.

20 M. Shapiro, 'Trans-Atlantic: Harlow Revisited', in: P. Craig & R. Rawlings (red.), *Law and Administration in Europe; Essays in Honour of Carol Harlow*, Oxford: Oxford University Press 2003, p. 225-239.

vanzelfsprekendheid waarmee een heel boek aan regelgeving is gewijd toch wel iets zegt over de inburgering van het thema onder bestuursrechtjuristen. Het grootste vraagteken betreffende de ReNEUAL *model rules* is natuurlijk of deze, of een versie ervan, ooit geldend recht zullen worden. Maar ook als we aannemen dat de toekomst een 'Europese Awb' zal kennen die er enigszins op lijkt, blijft een ander groot vraagteken over: de mate waarin en de manier waarop het Hof van Justitie bereid zou blijken aan de *rules*, en aan die over regelgeving in het bijzonder, te toetsen.

Doen naleven

Bestuursrechtelijke handhaving

Bernd van der Meulen[*]

1 Recht, handhaving, bestuursrecht en eigenrichting

'[E]igen richting, in de vorm van politiedwang, behoort tot het wezen van het publiek gezag.' De eerste maal dat de VAR aandacht aan bestuursrechtelijke handhaving besteedde, was in 1954, met preadviezen van W.F. Prins en H.D. van Wijk over 'Politiedwang'. In zijn inleiding zoekt Van Wijk antwoord op een vraag die wij nu zouden formuleren als 'Wat heeft bestuursrecht met handhaving te maken?' Dit brengt hem tot bovenstaand citaat van Roëll en Oppenheim uit een polemiek die zij in 1902 voerden met Van Idsinga.[1]

In 1957 wordt de zoektocht naar het verband tussen bestuursrecht en handhaving voortgezet met preadviezen van A.D. Belinfante en A. Mulder.[2] Laatstgenoemde opent met verbazing over afwezigheid in de Nederlandse literatuur van de zorgen die hij in de Franse literatuur aantreft over het gevaar voor de publieke vrijheid van een zodanig om zich heen grijpen van administratieve sancties dat een pseudo-strafrecht ontstaat waaraan echter de strafrechtelijke waarborgen ontbreken. Bij Belinfante komt opnieuw – impliciet – de gedachte aan *eigenrichting* naar voren. Hij zoekt de eigenheid van bestuursrechtelijke handhaving daarin dat de administratie optreedt '*als belanghebbende*'.

> 'Het administratieve recht wil door gebods- en verbodsbepalingen veelal een bepaalde toestand in het leven roepen. Anders dan bij het verbod van doodslag of mishandeling zal vaak na de overtreding van de gestelde norm de gewenste toestand alsnog te herstellen zijn. In dat geval behoort de administratie de haar eigen administratiefrechtelijke sancties toe te passen.'

Johan Cruijff zei: 'Je ziet het pas, als je het door hebt.'[3] Bij mij viel het kwartje dat je bestuursrechtelijke handhaving kunt zien als vorm van eigenrichting pas bij lezing van de klassieke VAR-preadviezen.[4] De gedachte dat eigenrichting soms toejuiching

---

* Prof. dr. mr. B.M.J. van der Meulen is hoogleraar Recht en Bestuur aan Wageningen Universiteit. Zie www.LAW.wur.nl. Reacties zijn welkom op: Bernd.vanderMeulen@wur.nl.

1 VAR-reeks XXIX, Haarlem: H.D. Tjeenk Willink 1951, p. 58.

2 A.D. Belinfante en A. Mulder, De verhouding van administratieve sancties en straffen, VAR-reeks XXXVI, Haarlem: H.D. Tjeenk Willink 1957.

3 Of: 'Je gaat het pas zien als je het door hebt.' In deze vorm door Pieter Winsemius gekozen als boektitel.

4 Bij introductie van bestuursrechtelijke handhaving, klinkt telkens de klacht over 'alles in één hand' (opsporing, vervolging en sanctionering). M.B.W. Biesheuvel, M.R. Mok en H.G.

verdient, was ik al wel eerder tegengekomen. In zijn beroemde 'Der Kampf ums Recht' betrekt de negentiende-eeuwse rechtsfilosoof Rudolf von Jhering het standpunt dat het recht zelf verloren gaat wanneer het niet wordt bevochten. Het gaat om recht in al zijn betekenissen: subjectief recht, objectief recht en de rechtvaardigheid in de samenleving. 'Der Kampf ums Recht'[5] is één groot appèl aan de burger om civielrechtelijk maar desnoods ook buiten rechte op te staan voor zijn recht wanneer dit wordt bedreigd of aangetast, ook dan wanneer dat meer kost dan het desbetreffende recht economisch waard is. De burger dient dit te doen voor eigen eer, integriteit, karakter en zelfrespect, tot genezing van de verwonding door de rechtsaanranding, maar ook in het algemene belang van bescherming en behoud van integriteit van de rechtsorde. Hoewel hij de nadruk legt op de rol van de rechthebbende, ziet hij niet voorbij aan de rol van de overheid in de rechtshandhaving.

> 'Die Verwirklichungsfrage der Sätze des öffentlichen Rechts ist auf die Pflichttreue der Beamten gestellt, die der Privatrechtssätze' (...), 'hängt davon ab dass die Privatpersonen ihr Recht geltend machen.'[6]

In onze tijd zou Von Jhering zijn pleidooi ongetwijfeld en met dezelfde argumenten doortrekken van de strijd voor private rechten naar de strijd voor handhaving van burgerlijke rechten tegenover de overheid. De strijd om het recht wordt niet alleen gevoerd tegen de inbreuk makende (mede)burger, maar met name ook tegen de overheid, juist ook daar waar zij dwangmiddelen aanwendt tot handhaving, juist ook wanneer zij in deze zin eigenrichting pleegt.

2 Plan van behandeling

De rechtsorde organiseert de samenleving met regels op basis waarvan rechten en verplichtingen worden toegedeeld. Deze ordening dient te worden gerealiseerd doordat rechtssubjecten hun rechten uitoefenen en hun plichten naleven. Handhaving is in essentie het 'doen naleven'[7] van rechtsplichten. Dit behoeft uitwerking op de punten: object, doel en middel.

In paragraaf 3 sta ik stil bij *wat* er wordt gehandhaafd. Daar blijkt dat het object van handhaving invloed heeft op het instrumentarium dat nodig is. Paragraaf 4 bespreekt het doel van handhaving. In paragraaf 6 probeer ik de brug te slaan tussen de klassieke wijsheden uit de vroege jaren van de VAR en de op de Europese toekomst gerichte blik van deze bundel. Aan de overkant van die brug richt ik mijn aandacht op de betekenis van het Europese recht voor bestuursrechtelijke handhaving.

Sevenster, *Van ordening naar marktwerking. Kanttekeningen bij het ontwerp Mededingingswet, Preadvies voor de Vereeniging 'Handelsrecht' en de Vereniging voor Mededingingsrecht*, Den Haag 1996, p. 117-118; M.R. Mok, *Kartelrecht I Nederland*, 1998, p. 284 en O.W. Brouwer, 'Interactie bestuursrecht en mededingingsrecht. De rechten van de verdediging', *Markt en Mededinging* 1999, p. 13.

5 Rudolf von Jhering, *Der Kampf ums Recht*, Frankfurt am Main 2003 (herdruk van 1872).

6 Ik heb dit citaat samengesteld uit p. 26 en p. 25.

7 B.M.J. van der Meulen, *Info Algemene wet bestuursrecht 1996*, Den Haag: VUGA 1995, p. 102.

Centraal staan de ReNEUAL-modelregels voor EU-bestuurlijke procedures[8] (hierna: het voorontwerp-ReNEUAL). Ik leid dit kort in, in paragraaf 6. Het voorontwerp-ReNEUAL blijkt maar voor een deel van de bestuursrechtelijke handhaving relevant, namelijk voor het handhavings*toezicht*. Daarom richt ik mijn meest uitvoerige beschouwing – in paragraaf 7 – op toezicht. Het sanctierecht moet het doen met enkele korte opmerkingen in paragraaf 8 en 9. Ik besluit deze bijdrage af met een waardering van het voorontwerp-ReNEUAL. Op welke punten zou harmonisatie van de Awb naar ReNEUAL de Awb ten goede komen en op welke punten zouden degenen die het bestuursrecht een warm hart toedragen (de leden van de VAR) er naar mijn oordeel goed aan doen zich in te spannen het ReNEUAL-tij te keren?

Ik put mijn voorbeelden vooral uit het verkeersrecht, het mededingingsrecht en het levensmiddelenrecht. Het eerste is vooral nationaal, het tweede omvat parallelle systemen op Europees en nationaal niveau,[9] het derde is vooral Europees.[10]

3 Object van handhaving

Hierboven is het object van handhaving losjes aangeduid als de naleving van rechtsplichten. In de preadviezen van 1971[11] wordt het nader toegespitst op de situatie waarin 'de burger de verplichtingen *uit een administratieve rechtsbetrekking* niet naleeft of dreigt niet na te leven'.[12]

Ik denk niet dat wij tegenwoordig geneigd zijn bestuursrechtelijke handhaving een-op-een gelijk te stellen met handhaving van bestuursrecht. Het bestuursrechtelijke zit in de handhaving zelf, niet in haar object. Een sprekend voorbeeld is de Wet administratiefrechtelijke handhaving verkeersvoorschriften.[13] Uit niets blijkt dat bij invoering van deze wet een opvatting over de aard van de te handhaven voorschriften een rol heeft gespeeld. Veeleer meende men een voor de overheid lichter handhavingsregime te vinden in het bestuursrecht.

We moeten het object van handhaving dus zoeken buiten het bestuursrechtelijk instrumentarium. Bij nadere beschouwing komen we bij een genuanceerdere werkelijkheid uit dan alleen rechtsplichten.

Ik heb mijn proefschrift geschreven over handhaving van de openbare orde.[14] De Gemeentewet geeft ter zake bevoegdheden aan de burgemeester en de Politiewet

---

8 Beschikbaar op: www.reneual.eu.

9 Die elkaar wederzijds beïnvloeden. Zie voor de bestuursrechtelijke dimensie daarvan het proefschrift van Anna Gerbrandy, *Convergentie in het mededingingsrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009.

10 Wageningen Universiteit kent een tweejarige specialisatie Food Safety Law die ook studenten met juridische vooropleiding de mogelijkheid biedt de titel MSc te behalen. Zie: www.MFS.wur.nl.

11 J.A.M. van Angeren en Th.J.C. Verduin, *De sanctionering van het administratief recht*, VAR-reeks LXVI, Haarlem: H.D. Tjeenk Willink 1971.

12 T.a.p. p. 1.

13 Hierna: WAHV.

14 B.M.J. van der Meulen, *Ordehandhaving. Actoren, instrumenten en waarborgen*, Deventer: Kluwer 1993. Zie meest recent: L.D. Ruigrok, *Onmiddellijke handhaving van de openbare orde of bestuursdwang?*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2012.

taken aan de politie. 'Openbare orde' blijkt een fenomeen dat zich goeddeels aan juridische definiëring onttrekt. Ordeverstoringen kunnen uit een te grote diversiteit aan oorzaken voortvloeien.

Hierdoor is het nauwelijks mogelijk op voorhand al het menselijk gedrag zodanig in te kaderen dat een ordelijk verloop van het gemeenschapsleven in die mate is verzekerd dat voor handhaving niets anders nodig is dan het mobiliseren van vooraf gegeven rechtsplichten. Mijns inziens is het ook niet wenselijk omdat het grotere vrijheidsbeperkingen met zich zou brengen dan in de meeste gevallen is te rechtvaardigen. Centraal in de bevoegdheden van de burgemeester tot handhaving van de openbare orde, staan dan ook bevoegdheden tot *normstelling*. Deze gaan ver. Onze rechters menen dat de burgemeester met noodverordeningen vrijheidsbeperkingen mag stellen die de Grondwet eigenlijk voorbehoudt aan de formele wetgever.[15] Dit voorbeeld toont twee dingen. Ten eerste dat het object van handhaving zich kan uitstrekken tot publieke belangen die (nog) niet (volledig) zijn vertaald in publiekrechtelijke rechtsplichten van rechtssubjecten. En ten tweede dat deze handhaving een bevoegdheid tot normstelling vereist.[16] Conceptueel heeft de handhaving haar plaats aan het einde van de normstellingsketen, maar in de praktijk is er een zekere mate van overlap.

Een geheel ander terrein waarin de lijn tussen handhaving en rechtsplicht niet gemakkelijk rechtgetrokken kan worden, is risicoregulering.[17] Het klassieke beeld van normering ziet op gedragingen *van mensen* die worden onderscheiden in gewenst en ongewenst. In toenemende mate zijn producten en processen onderwerp van normering. Het is goed denkbaar dat producten of processen onafhankelijk van gedrag buiten controle geraken. Onveiligheid *kan* natuurlijk een rechtstreeks gevolg zijn van normschendend handelen van mensen, maar ook van chemische of microbiologische processen. Natuurlijk is het mogelijk het gewenste natuurwetenschappelijk resultaat te vertalen in gedragsnormen ('zorg dat het goed zit'), maar dat is gekunsteld. In de praktijk zien wij dan ook vooral product- en procesnormen. Ook hier heeft de aard van het object van handhaving invloed op de vorm van de handhaving. De (bestuurs)activiteit gericht op het doen naleven van product- of procesnormen neemt vaak de vorm aan van 'keuring'.

4 Waartoe handhaven?

Het antwoord op de vraag waar handhaving toe dient, lijkt eenvoudig en behoort dat ook te zijn. Doel is dat er wordt nageleefd. Handhaving dient ertoe normconform gedrag te bevorderen. Als dit inderdaad het doel is, dan heeft dit rechtstreeks gevolgen voor handhavingsprioriteiten. Hoe nodiger het normconforme gedrag, des te hoger de handhavingsprioriteit. Het belang van normconform gedrag laat zich

15 B.M.J. van der Meulen, 'De burgemeester is geen formele wetgever', *RegelMaat* 1989, p. 55-56.
16 Dat is ook het geval bij de last onder bestuursdwang en de last onder dwangsom.
17 Het concept gaat terug op Ulrich Beck, Risk Society: *Towards a New Modernity*, Londen: Sage 1992. Het wordt tot in detail uitgewerkt in het European Journal of Risk Regulation (EJRR).

afmeten naar de maatschappelijke schade die normschendingen veroorzaken. Deze schade laat zich – uiteraard – naar meer maatstaven meten dan alleen financiële.

Tegen de volkswijsheid in die afraadt van procederen ('wie recht om een koe, die geeft er één toe') verheerlijkt Von Jhering burgers die onder persoonlijke opofferingen zich inzetten voor de handhaving van recht. Een groter contrast is moeilijk denkbaar dan bestuursorganen die handhaven om eigen belangen te behartigen welke losstaan van de te handhaven normen. Als wij met de geciteerde VAR-preadviezen oordelen dat bestuursrechtelijke handhaving eigenrichting is, dan is dat toch wel de kwadratuur van de eigenrichting.

In toenemende mate worden echter aan handhaving financiële taakstellingen verbonden.[18] Er is weinig bezwaar tegen dat financiële resultaten van handhaving aan de schatkist komen. Wanneer dat financiële resultaat echter taakstellend wordt, dan raken wij op een hellend vlak. Kan de beperkte handhavingscapaciteit het best worden ingezet op plaatsen waar overtredingen het grootste gevaar voor de veiligheid opleveren, of juist op plaatsen waar de veiligheidssituatie geen stimulans vormt tot normconform gedrag?

Bij inning van sanctiebedragen, bijvoorbeeld door het CJIB, gelden dwangmiddelen die veel verder gaan dan die van gewone schuldeisers, zelfs bij faillissement en na een schuldsaneringsregeling.[19] Ook de beslagvrije voet biedt geen bescherming. Een dergelijke voorrang is niet te verklaren vanuit enig handhavingsbelang, maar slechts vanuit het eigen financiële belang van de overheid. Uit oogpunt van bescherming van vertrouwen in het economisch leven, zou vooral bij faillissement juist een achterstelling van deze vordering logisch zijn.

5 Europeanisering en globalisering

Deze feestbundel beschouwt het bestuursrecht in de context van Europeanisering. Europeanisering en globalisering zijn complexe ontwikkelingen waaraan vele aspecten te onderkennen zijn die een vergroting van geografische schaal met elkaar gemeen hebben.

Intermenselijk relaties, met name handelsrelaties, strekken zich steeds verder uit. Daardoor ontstaan rechtsbetrekkingen die de grenzen van jurisdicties te buiten gaan. Het publiekrecht reageert door normstelling op te schalen (EU) of af te stemmen (WTO). Het deel van het publiekrecht dat het minst rechtstreeks wordt geraakt door deze opschaling en afstemming, is handhaving. Dit heeft te maken met de intieme verbinding tussen handhaving, geweldsmonopolie en soevereiniteit. Weinig EU-landen zijn niet meer of minder recent met elkaar in oorlog geweest. Het is al een wonder hoeveel voortgang is gemaakt in het opschalen van normstelling.

---

18 Het regeerakkoord van 2012 vermeldt bijvoorbeeld in bijlage a onder punt 84: 'De boetes marktwerking (NMa) worden verhoogd omdat de NMa meer kartelboetes gaat opleggen. De ontvangsten worden geraamd op 75 mln. in 2014 oplopend naar 125 mln. structureel. Deze bezuiniging wordt taakstellend ingeboekt op de EZ begroting.'

19 Zie Hoofdstuk VIII WAHV.

Overdracht van geweldsbevoegdheden is een brug te ver.[20] Gevolg is dat rechtshandhaving in een samenleving die internationaliseert, op harde statelijke grenzen stuit.[21]

Een eerste effect is dat nationale handhaving te maken krijgt met gedragingen die geografisch een ruimere reikwijdte hebben dan de handhaving, en zich daaraan dus in belangrijke mate onttrekken.[22]

Een tweede effect is dat de nationale handhaving in toenemende mate Europeesrechtelijke materiële normen betreft.

Een derde daarmee samenhangend effect is dat de nationale handhaving toenemend Europees wordt genormeerd.

Ten slotte ontmoet de nationale handhaving andere systemen van handhaving in de Europese Unie, op lidstaatniveau en op Unieniveau.

Hier beperk ik mij tot dat laatste effect. Hieronder wil ik het Nederlandse bestuurlijk handhavingsrecht, confronteren met het voorontwerp-ReNEUAL. Dit voorontwerp is gericht op codificatie van bestuursrecht op Unieniveau. Het beoogt voorts toepassing op nationale bestuursorganen die Unierecht toepassen. Mocht er Unierecht komen volgens het voorontwerp-ReNEUAL, dan zal de confrontatie langs ten minste twee lijnen lopen: uitwendig als een alternatief voorbeeld en inwendig als een normenstelsel dat onder omstandigheden moet worden toegepast. Het is nooit te vroeg om te bezien of we er iets van kunnen leren. Het zal al spoedig te laat zijn om nog te proberen er iets aan te veranderen.

6 Normering van de handhaving: instrumenten en waarborgen

De Awb regelt in hoofdstuk 5 onder 'handhaving' het toezicht op de naleving (Titel 5.2) en sancties, onderverdeeld in herstelsancties (Titel 5.3) en bestuurlijke boete (Titel 5.4).

Het voorontwerp-ReNEUAL voorziet niet in een regeling van sancties. In de traditie van aanbouwwetgeving noemen de auteurs wel de mogelijkheid dat dit onderwerp in een later stadium als afzonderlijk boek wordt toegevoegd.[23] Echter, in het kader van de voorbereiding van beschikkingen (Book III 'Single Case Decision-Making') worden diverse onderwerpen geregeld die in Nederland een plaats hebben gevonden in Titel 5.2 Awb. Vooral hoofdstuk 3 over informatieverzameling waar onderzoek en inspectie zijn geregeld verdient de aandacht. Onderzoek ('investigation') is het

---

20 Dit geldt zowel intern (handhaving) als extern (defensie). De militaire unie is een van de weinige onderdelen van Europese integratie dat volledig is mislukt.

21 De belangrijkste uitzondering wordt gevormd door het verleggen van grenscontroles naar de buitengrenzen van de EU.

22 Slechts private regulering is geografisch ongebonden. Zie: Michiel Heldeweg, 'Levensmiddelenrecht onder een transnationale en private rule of law?', *Ars Aequi* 2014, p. 488-496. Voor de handhavingskant, zie: Annelies Freriks, 'Private handhaving – bestuursrechtelijke betekenis van (semi)private figuren in de handhaving van publieke normstelling', in S.E. Zijlstra, R.A.J. van Gestel en A.A. Freriks, *Privaat bestuur?* VAR-reeks 140, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2008.

23 Zie p. 115, onder randnummer 57.

overkoepelende begrip terwijl inspectie ('inspection') ziet op onderzoek ter plaatse ten behoeve van informatievergaring.[24]

7 Toezicht in Nederlands en komend Europees bestuursrecht

a. Inlichtingen vorderen

De onderzoeksbevoegdheden omvatten de bevoegdheid een partij[25] te ondervragen of te verzoeken gegevens te verschaffen. Deze bevoegdheid lijkt op de bevoegdheid van toezichthouders ingevolge artikel 5:16 Awb om inlichtingen te vorderen. Het voorontwerp voorziet echter niet in een medewerkingsplicht à la artikel 5:20 Awb, maar juist in een bevoegdheid van de partij om medewerking te weigeren.[26] Wanneer deze medewerking wordt geweigerd, dan kan de beschikking worden gebaseerd op de overigens beschikbare informatie.[27] Wellicht betekent dit dat de partij die niet meewerkt, daarmee het recht verwerkt de feitelijke grondslag van beschikking te bestrijden. Voor een verdergaande medewerkingsplicht eist het voorontwerp een afzonderlijke wettelijke grondslag.[28]

b. Zwijgrecht

Interessant genoeg voorziet het voorontwerp-ReNEUAL in de algemene regeling van de voorbereiding van beschikkingen in bescherming van het zwijgrecht en het legal privilege. Deze rechten zijn aan de orde wanneer het tot de verantwoordelijkheid van het desbetreffende bestuursorgaan behoort om overtredingen vast te stellen en zulk een vaststelling kan leiden tot een bestuurlijke sanctie.[29] De bescherming is vormgegeven als een verplichting van het bestuursorgaan. Schending ervan leidt ertoe dat de verkregen informatie niet tot bewijs kan worden gebruikt.[30]

De Awb kent in artikel 5:10a een veel beperktere regeling. Daar staat geen plicht van het bestuursorgaan centraal, maar een recht van de ondervraagde. Van dit recht wordt deze in kennis gesteld ('cautie') maar betrokkene moet het wel zelf uitoefenen. Onder de Awb treedt het mechanisme niet in werking door de combinatie verantwoordelijkheid van het bestuursorgaan en *beschikbaar* instrument (administratieve sanctie), maar door het *doel* van de ondervraging (bestuurlijke boete). Aldus kan het zwijgrecht gedurende een verhoor opkomen door verdenking wekkende

---

24 Artikel III-2(5) voorontwerp-ReNEUAL.

25 Partij ('party') is de geadresseerde van het beoogde besluit, degene wiens belang wordt geschaad alsmede degene die verzoekt in de procedure te worden betrokken. Zie artikel III-2(3). Wanneer men het niet *wil* gebruiken tot uitsluiting, dan biedt de ruimte die de formulering van het begrip 'party' aan burgers en bedrijven lijkt te laten om voor deze status te opteren, kansen voor een ruimhartiger bestuursrecht dan wij op dit ogenblik in Nederland kennen.

26 Artikel III-11(2).

27 Artikel III-13(1).

28 Artikel III-13(1).

29 Artikel III-14(1).

30 Artikel III-14(2).

verklaringen. Het systeem dat het voorontwerp-ReNEUAL voorstelt, lijkt minder volatiel.

In Nederland komt het zwijgrecht slechts toe aan degene aan wie de beoogde boete zal worden opgelegd. Het voorontwerp-ReNEUAL lijkt royaler.

Artikel 5:20 Awb kent aan geheimhouders het recht toe zich van de medewerkingsplicht te verschonen. Zowel het Europese als het Nederlandse *mededingingsrecht* breidt de reikwijdte van het legal privilege uit tot alle informatie die naar haar aard onder het verschoningsrecht valt – dus correspondentie tussen advocaat en cliënt – ook voor zover deze zich bij een ander dan de geheimhouder bevindt.[31]

c. Inspectie ter plaatse

Artikel III-16 betreft de inspectie ter plaatse van 'premises'. Ik ben geneigd dit te vertalen als bedrijfsgebouwen en terreinen. Het lijkt mij niet dat het begrip ruimer is dan 'elke plaats met uitzondering van een woning zonder toestemming van de bewoner' (art. 5:15 Awb). Het voorontwerp-ReNEUAL maakt echter geen uitdrukkelijke verwijzing naar het huisrecht.

Artikel III-16 eist in het eerste lid onder a een afzonderlijke grondslag voor deze bevoegdheid, maar neemt er onder b ook genoegen mee wanneer binnentreden nodig is om de taken onder Unierecht uit te oefenen.

Deze inspectiebevoegdheid brengt de bevoegdheid mee binnen te treden en te doorzoeken ('search'), documenten te onderzoeken en te kopiëren, uitleg te vragen, monsters te nemen, informatie uit te wisselen en plaatsen of documenten te verzegelen.[32]

De Awb kent soortgelijke bevoegdheden in artikel 5:15 (binnentreden), 5:16 (inlichtingen vorderen), 5:17 (inzage vorderen en kopiëren) en 5:18 (monsterneming). Het komt mij logischer voor dat de Awb de bevoegdheden positioneert als eigenstandige bevoegdheden en niet als annexe bevoegdheden aan onderzoek ter plaatse. Voorts kent de Awb enkele bevoegdheden en detailleringen die niet met zoveel woorden voorkomen in het voorontwerp-ReNEUAL, zoals apparatuur of personen meebrengen (art. 5:15), identificatie vorderen (art. 5:16a) en voertuigen stilhouden (art. 5:19).

d. Proportionaliteit

Zowel de Awb als het voorontwerp-ReNEUAL kent een bepaling die tot doel heeft de uitoefening van inspectiebevoegdheden binnen redelijke perken te houden. In de Awb is dat artikel 5:13 dat bepaalt dat een toezichthouder van zijn bevoegdheden slechts gebruikmaakt voor zover dat redelijkerwijs voor de vervulling van zijn taak nodig is. In het voorontwerp-ReNEUAL is dat artikel III-17(1) dat bestuursorganen verplicht ervoor te zorgen dat hun inspecteurs zich houden aan het Unierecht in het algemeen en aan het EU-Grondrechtenhandvest in het bijzonder en dat zij nationale voorschriften inzake de bescherming van persoonsgegevens in acht nemen.

---

31 Zie artikel 12g Instellingswet ACM.

32 Artikel III-16.

Nederland lijkt zijn mensenrechtenbewustzijn te hebben geëxternaliseerd. Slechts wanneer het Hof in Straatsburg of in Luxemburg oordeelt dat een gedraging binnen de reikwijdte valt van – bijvoorbeeld – artikel 6 EVRM,[33] is de nationale rechter genegen mensenrechtenbescherming te bieden.[34]

e. Rapport en dossier

Een inspectie onder het voorontwerp-ReNEUAL mondt uit in een rapport.[35] Het voorontwerp stelt geen andere eisen dan dat het rapport aan het dossier wordt toegevoegd. De Awb stelt in artikel 5:48 enkele inhoudelijke eisen aan een rapport, maar slechts in het kader van de bestuurlijke boete. De bevoegdheid geen rapport op te maken is onder de Awb discretionair tenzij een boete van meer dan € 340 kan worden opgelegd of bij wettelijk voorschrift anders is bepaald.[36]

Hoofdstuk 4 van boek III van het voorontwerp-ReNEUAL betreft de rechten van de verdediging. Paragraaf 1 betreft het recht op toegang tot het dossier. Een soortgelijke regeling kent de Awb voor de bezwaarfase.[37]

f. Status van verkregen informatie

Naar Nederlands recht behoort informatie die in het kader van toezicht wordt verkregen tot de informatie die bij een bestuursorgaan berust. Daarmee valt zij onverkort onder de Wet openbaarheid van bestuur (Wob). Dat wil zeggen dat zij publiek toegankelijk is voor zover zich geen specifieke uitzonderingsgrond voordoet, bijvoorbeeld omdat de informatie concurrentiegevoelig is. Voor zover ik kan overzien wordt toezichtsinformatie niet vaak 'opgewobd'. Potentieel ligt hier echter een aspect dat de bestuurslast voor de 'toezichtgenieter' aanmerkelijk verzwaart.[38]

---

33 Zie over de betekenis van het EVRM voor de handhaving, het preadvies van Aletta Blomberg, Handhaven binnen EVRM-grenzen, in: T. Barkhuysen, A.B. Blomberg, M.K. Bulterman en J.M. Verschuuren, *De betekenis van het EVRM voor het materiële bestuursrecht*, VAR-reeks 132, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004; zie voort J.-K. Sluijs e.a., *Mensenrechten en toezichthouders*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2014.

34 Bart Wernaart legt ontluisterend bloot dat de Nederlandse rechter in die gevallen waarin er geen internationale rechter meekijkt, de route volgt die de politiek wijst. Zie Bart Wernaart, *The enforceability of the human right to adequate food. A comparative study*, Wageningen Academic Publishers 2014 www.wageningenacademic.com/eifl-08.

35 Artikel III-17(5).

36 Artikel 5:53 Awb.

37 Artikelen 5:49 en 7:18 Awb. Vanwege finale afdoening wordt dit procedurele recht in WAHV-zaken door de rechter niet gehandhaafd. Het Von Jhering-effect treedt op. Recht dat niet wordt gehandhaafd gaat verloren. In WAHV-zaken krijgen belanghebbenden in de bestuurlijke fase ook bij uitdrukkelijk verzoek geen toegang tot het dossier. Verzoeken op basis van de Wob bieden evenmin soelaas. In de politiek wordt de WAHV opgevoerd als terrein waarop burgers misbruik maken van de Wob. In individuele gevallen worden Wob-verzoeken om toegang afgewezen met een beroep op bescherming van de persoonlijke levenssfeer van de verzoeker zelf.

38 De ACM heeft in haar werkwijze analoog en digitaal rechercheren neergelegd dat na afronding van het onderzoek digitale gegevens die niet in het dossier zijn opgenomen worden vernietigd. www.acm.nl/nl/publicaties/publicatie/4747/NMa-publiceert-werkwijze-analoog-en-digitaal-rechercheren. Dit initiatief is prijzenwaardig, maar ik aarzel of het zich verdraagt met de Archiefwet.

Onder het voorontwerp-ReNEUAL zijn inspectiegegevens vertrouwelijk. Bestuursorganen dienen alle nodige stappen te ondernemen om de vertrouwelijkheid te verzekeren van informatie die is verkregen in het kader van een inspectie.[39]

Het komt mij redelijk voor dat informatie die een burger of onderneming vrijwillig aan een bestuursorgaan verstrekt anders wordt benaderd dan informatie die een toezichthouder met dwangmiddelen ophaalt. Bij de eerste past een bescherming op basis van de uitzonderingsgronden van de Wob, bij de laatste past een integrale vertrouwelijkheid totdat er goede gronden zijn de desbetreffende informatie in het publieke domein te brengen.

Een voorbeeld van zulke goede gronden biedt artikel 10 van Verordening (EG) 178/2002 dat aan autoriteiten opdraagt het publiek te informeren wanneer er redelijke gronden zijn te vermoeden dat een levensmiddel een gevaar voor de gezondheid inhoudt.

g. Informatie-uitwisseling

Het Nederlandse algemene bestuursrecht kent geen regeling inzake het delen en uitwisselen van informatie tussen bestuursorganen in het algemeen of toezichthouders in het bijzonder. Dit leidt tot de potsierlijke situatie dat toezichthouders onder inroeping van de medewerkingsplicht dwangmiddelen jegens elkaar uitoefenen of dat de Wob wordt gekozen tot grondslag voor overheidsinterne informatiestromen.[40] Via actieonderzoek heeft Leo Damen aangetoond dat informatie-uitwisseling onder de Wob tot gevolg heeft dat de desbetreffende informatie daarmee openbaar wordt voor een ieder, ongeacht de vraag of de eerdere verstrekking had moeten afstuiten op een uitzonderingsgrond in de Wob.[41]

Het voorontwerp-ReNEUAL voorziet in boek VI in een algemene regeling van overheidsinformatiemanagement. De database staat daarin centraal. Voor de concrete uitwisseling wordt een grondslag gevergd in een bijzondere wet.[42] Voor wat betreft inspectie, is deze grondslag gegeven in artikel III-16(2)(e).

8 Sancties

Het voorontwerp-ReNEUAL voorziet (nog) in een regeling van bestuurlijke sancties. Sommige sectorale verordeningen kennen regelingen van sancties op Unieniveau (mededingingsrecht) maar ook op lidstaat niveau.

Verordening (EG) 178/2002, bijvoorbeeld, houdt de lidstaten verantwoordelijk voor handhaving van het levensmiddelenrecht. Ingevolge artikel 17, tweede lid, dienen zij systemen van officiële controles te onderhouden en over maatregelen te beschikken die 'doeltreffend, evenredig en afschrikkend zijn.'

---

39 Artikel III-17(3).

40 Zie bijvoorbeeld ABRvS 16 januari 1997, JB 1997/26, m.nt. H. Koning (*Burgemeester van Brunssum*) en ABRvS 25 april 2000, RAwb 2001, 25, m.a. BvM (*stelende politieagent*).

41 ABRvS 25 april 2000, JB 2000/142 (*Damen/KNVB*).

42 Zie onder meer artikel VI-24(1).

Deze verantwoordelijkheid is uitgewerkt in Verordening (EG) 882/2004 inzake officiële controles. Zij eist naast punitieve sancties[43] ook herstelsancties. 'Wanneer de bevoegde autoriteit een geval van niet-naleving constateert, treft zij maatregelen om ervoor te zorgen dat de exploitant de situatie rechtzet.'[44]

De Awb voorziet in herstelsancties en bestraffende sancties.[45]

9 Fantasierijke sancties

Telkens proberen handhavers mogelijkheden te vinden om met minder moeite meer resultaat bereiken – dus efficiënter te zijn.[46]

Europabreed merken bestuursorganen dat ondernemingen gevoeliger zijn voor hun reputatie dan voor de pijn die bestuursrechtelijke boetes veroorzaken. Men experimenteert daarom met reputatiegerichte maatregelen.

Het belangrijkste voorbeeld is het zogenoemde *namen en shamen*.[47] Een ander instrument met impact op reputatie is de recall, een herstelsanctie waarbij onveilige producten van het publiek worden teruggeroepen. Gebruik van dit instrument in de paardenvleesfraude heeft bijgedragen tot het faillissement van de verdachte

---

43 Artikel 55.

44 Artikel 54.

45 Hier ontbreekt mij ruimte die te spreken. Zie J.T.K. Bos, G.A.M. Giesen, J. de Groot en F.C.M.A. Michiels, *Handhaving van bestuursrecht*, VAR-reeks 114, Alphen aan den Rijn: Samsom H.D. Tjeenk Willink 1995; en, F.M.J. den Houdijker, S.K. Gabriël en J.A.M.A. Sluysmans, *Bestuurlijke punitieve sancties*, Preadviezen Jonge VAR 2005, Den Haag: Boom Juridische uitgevers.

46 Rechtsstaat en efficiency zijn tegenpolen. De rechtsstaat beschermt vrijheid door overheidsmacht te spreiden en te binden aan procedurele voorschriften en andere checks en balances. Dit kost tijd en geld. Vanuit de overheidswens efficiënter en slagvaardiger te kunnen optreden, wordt dit graag aangeduid als 'juridisering'. Uiteindelijk regeert de angst. Waar angst voor grote overheidsmacht overheerst, groeit en bloeit de rechtsstaat. Wanneer in crisissituaties angst voor boeven ('terroristen') of gevaar overheerst, zien wij telkens een snelle uitbouw van dwangmiddelen en beperking van waarborgen. In dit kader past ook de ontwikkeling waarin burgers minder worden gezien als doel en grondslag van overheidsbestuur en meer als probleem en hindernis. Zie bijvoorbeeld discussies rondom de Wob. In vele evaluaties en onderzoeksrapporten zijn de problemen die *burgers* ondervinden uitvoerig gedocumenteerd. De regering stelt echter voor maatregelen te treffen tot bescherming van het bestuur *tegen de burger*. 'De omvang van het probleem van oneigenlijk gebruik van de Wob (vaak aangeduid als misbruik) lijkt op basis van de uitkomsten van het onderzoek onder bestuursorganen mee te vallen. Oneigenlijk gebruik van de Wob blijkt echter als thema wel sterk te leven bij bestuursorganen' (Kamerstukken II 2010/11, 32 802, 1, p. 5). Zie verder over de ontburgering van het bestuursrecht: J.C.A. de Poorter, G.T.J.M. Jurgens en H.J.M. Besselink, *De toegang tot de rechter beperkt*, Preadviezen VAR 2010, Den Haag: Boom Juridische uitgevers.

47 Over naming & shaming zie o.m. J.J. Reuveny, A.C. Beijering-Beck, B.R.J. de Haan en M.C.T.M. Sonderegger, *Genoemd en gedoemd? Over actieve openbaarmaking door bestuursorganen*, Preadviezen Jonge VAR 2012, Den Haag: Boom Juridische uitgevers; F.C.M.A. Michiels, *Te kijk gezet*, Ministerie van Verkeer en Waterstaat 2007. Voor het levensmiddelenrecht, zie: B.M.J. van der Meulen, 'Onthullend bestuur: tafelen met Archimedes, Köpenick en Münchhausen', in: G.H. Addink, e.a. *Grensverleggend bestuursrecht, Opstellen voor Prof. Mr. J.B.J.M. ten Berge ter gelegenheid van zijn afscheid als hoogleraar Staats- en bestuursrecht aan de Universiteit Utrecht*, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2008. Het European Food and Feed Law Review heeft in 2007 (aflevering 5) een themanummer gewijd aan naming & shaming.

ondernemingen. De NVWA heeft de toepassing begeleid met een persbericht dat aangeeft dat van gevaar voor volksgezondheid niet is gebleken.[48]

Zowel bij naming & shaming als bij recall is van belang van geval tot geval te beoordelen of het gebruik punitief is en daarom aan de voor punitieve sancties geldende eisen moet voldoen.

10 Overwegingen

Het voorontwerp-ReNEUAL is een prachtig stuk! Het heeft potentie het bestuursrecht zowel op Europees niveau als in Nederland vooruit te helpen – ook op het stuk van handhaving.

Zoals ik hierboven al aangaf, is het mijns inziens nooit te vroeg om te leren, maar al spoedig te laat om invloed uit te oefenen. Ik wil deze bijdrage (daarom) afronden met het benoemen van enkele punten waarop de Awb m.i. zijn voordeel kan doen met harmonisatie volgens ReNEUAL en punten waarop het Nederlandse model tot inspiratie zou kunnen dienen voor een verdere versterking en verbetering van het voorontwerp.

a. ReNEUAL is goed voor de Awb

Het voorontwerp-ReNEUAL geeft blijk van een mensenrechtenbewijstzijn waarvan ik zeer zou hopen dat ook Nederland het hervindt. Wellicht is daarvoor een Von-Jehringiaanse strijd om het recht onontbeerlijk. Ik hoop de leden van de VAR in die strijd in de voorhoede te vinden.

De bescherming tegen zelfincriminatie is in het voorontwerp-ReNEUAL beter gereld dan in de Awb.

Het voorontwerp-ReNEUAL voorziet in een ordelijke regeling van het overheidsinformatierecht, het gebruik en de uitwisseling van informatie binnen de overheid. Het ontbreken van een dergelijke regeling in Nederland leidt tot oneigenlijk gebruik van de Wob en zet daarmee de Wob onder onnodige spanning.

b. De Awb is goed voor ReNEUAL

De beperking in de Awb van de reikwijdte van dwangmiddelen tot de context van handhaving lijkt mij te prefereren boven de ReNEUAL toepasselijkheid op voorbereiding van beschikkingen in het algemeen. Bij toekenning van dwangmiddelen is terughoudendheid op haar plaats. Weliswaar vergt ReNEUAL voor een deel van de dwangmiddelen een uitdrukkelijke grondslag, maar de plaatsing in de context van voorbereiding en niet in de context van handhaving lijkt mij niet de gewenste vingerwijzing.

De Awb benoemt uitdrukkelijk het huisrecht als grens aan de bevoegdheid tot binnentreden. In Nederland is er vanwege het merkwaardige artikel 120 van de

48 Zie nader: B.M.J. van der Meulen en S.M.M. van der Meulen, 'Riskjockeys en formele voedselveiligheid', *Waar & Wet* juni 2014, p. 2-7.

Grondwet[49] meer urgentie om dit uitdrukkelijk te zeggen dan in het Europese recht. Desondanks zou het het voorontwerp-ReNEUAL ten goede komen wanneer ook daar de verbinding voor de toezichthouder expliciet wordt gemaakt.

Titel 5.2 geeft de toezichthouder een aantal naast elkaar gestelde bevoegdheden. Het voorontwerp-ReNEUAL plaatst ze als sequeel in het verlengde van de bevoegdheid onderzoek ter plaatse te doen. De Europeanisering en globalisering betreffen ook een toenemende bereikbaarheid op afstand. Ik zie geen goede reden om de uitoefening van toezichtsbevoegdheden al bij voorbaat te binden aan de fysieke plaats waar de 'toezichtgenieter' zich bevindt.

c. Beide kunnen beter

Het Europese mededingingsrecht kent een ruimere reikwijdte van het legal privilege dan zowel de Awb als het voorontwerp-ReNEUAL. In het Nederlandse mededingingsrecht is zij overgenomen. De reden waarom geheimhouders zoals artsen en advocaten worden beschermd, is niet gelegen in hun eigen belang maar in de vertrouwensrelatie die zij met hun cliënten moeten kunnen onderhouden. Aldus bezien is de bescherming van de communicatie tussen geheimhouder en cliënt waar ook aangetroffen te prefereren boven bescherming van de geheimhouder sec.

11 Bestuurlijke handhaving is geen eigenrichting

Er gebeurt veel op het vlak van de bestuursrechtelijke handhaving en er is veel gebeurd sinds de VAR voor het eerst over dit onderwerp sprak. Het denken in de VAR is in 1954 op weg gegaan aan de hand van de metafoor 'eigenrichting'. Hoewel deze metafoor een interessante blikrichting oplevert, mag zij mijns inziens uiteindelijk niet meer zijn dan dat: een metafoor. Von Jhering heeft mij ervan overtuigd dat de burger die voor eigen subjectief recht opkomt, wat mij betreft vooral ook eigen *mensen*recht, het objectieve recht – de rechtsorde – een belangrijke dienst bewijst. Het handhavend bestuur heeft een verantwoordelijkheid ten aanzien van de rechtsorde zowel omwille van de samenleving als geheel en ook omwille van de rechten van individuele leden van die samenleving. Als 'eigenrichting' hier inhoudt dat het bestuur zich in belangrijke mate vereenzelvigt met de samenleving dan klinkt dat mooi, maar betekent het weinig. Als het echter inhoudt dat het bestuur dwangmiddelen inzet om eigen van het te handhaven objectieve recht te onderscheiden subjectieve belangen te behartigen, dan worden wij allen van burgers weer tot onderdanen.[50]

---

49 Naast andere onderwerpen besproken bij de viering van 50 jaar VAR in 1989.

50 In zijn slotwoord bij het preadvies voor 1970, *Overheid en onderdaan in een representatieve democratie*, VAR-reeks LXIV, schrijft F.H. van der Burg dat de keuze voor dit onderwerp is gevolgd op de suggestie van het bestuur van de VAR te spreken over rechtsbescherming van de overheid *tegen de burger*. 'Misbruiken van een rechtsbeschermingsweg kunnen slechts volledig geëlimineerd worden, wanneer men de weg zelf sluit.'

Overheidsovereenkomsten: rechtsvergelijking en de ReNEUAL Model Rules

Drie modellen voor het overheidscontractenrecht

Frank van Ommeren[*]

1 Inleiding

Deze jubileumbundel beoogt een vooruitblik te bieden over Europeanisering van bestuursrecht. Onder Europeanisering versta ik de beïnvloeding van Nederlands recht door Europa. Die beïnvloeding kan op verschillende manieren gestalte krijgen. Zij kan komen doordat Europese rechtsregels doordringen in het Nederlandse recht en deel uitmaken van dezelfde – gelaagde – rechtsorde én doordat het recht van verschillende Europese lidstaten naar elkaar toegroeit. Die twee ontwikkelingen staan bepaald niet los van elkaar.

De eerstgenoemde route van Europeanisering heeft primair een verticaal karakter. Nieuwe rechtsregels worden vanuit het Europese recht over alle lidstaten 'uitgestort'. Die verticale werking kan direct van aard zijn – te denken valt uiteraard met name aan de vele richtlijnen die in het nationale recht moeten worden geïmplementeerd – maar ook een *indirect* karakter hebben. De *Model Rules on EU Administrative Procedure* van ReNEUAL[1] zijn een voorbeeld van dat laatste.[2] De bedoeling van de Model Rules is de constitutionele waarden van de Europese Unie om te zetten in regels die gelden voor haar administratieve procedures. Primair beogen zij derhalve algemene regels te geven die van toepassing zijn op het bestuurshandelen van *EU-autoriteiten*.[3] Maar de Model Rules beogen meer dan dat. Het idee achter de Model Rules is ook dat zij een bron van inspiratie zijn voor het *nationale* bestuursrecht van de lidstaten. Formeel houden ze er geen verband mee, maar begin vorig jaar zijn deze Model Rules voorafgegaan door een resolutie van het Europees Parlement die oproept te komen tot een verordening houdende een '*European Law on Administrative Procedure*'.[4]

---

* Prof. mr. F.J. van Ommeren is hoogleraar Staats- en bestuursrecht aan de Vrije Universiteit te Amsterdam.

1 Het acroniem van het internationale onderzoeksnetwerk ReNEUAL staat voor: *Research Network on EU Administrative Law*; zie www.reneual.eu.

2 Zie over de in september 2014 openbaar gemaakte *Model Rules on EU Administrative Procedure*: F.J. van Ommeren & C.J. Wolswinkel, 'Naar een Algemene wet bestuursrecht voor de EU', NTB 2014/23, p. 189 e.v. en H. Addink, 'Europees bestuursrecht in ontwikkeling: op weg naar een Europese Awb', NTB 2014/24, p. 197 e.v.

3 Dat geldt in het bijzonder voor de boeken II (*Administrative Rulemaking*), III (*Single Case Decision-Making*) en IV (*Contracts*). De boeken V (*Mutual assistance*) en VI (*Administrative Information Management*) zien ook op de autoriteiten van de lidstaten.

4 Resolutie van het Europees Parlement van 15 januari 2013 met aanbevelingen aan de Commissie betreffende het bestuursprocesrecht van de Europese Unie (2012/2024(INL)). De term

Bij de opstellers van de resolutie leeft zelfs de verwachting dat de invloed van een Europese regeling op nationale autoriteiten zo groot zal zijn dat zij zal leiden tot een 'spontane convergentie' van het nationale bestuursrecht.[5]

Daarmee komen we op de tweede Europeaniseringsroute, die meer van horizontale aard is. Zij ontstaat door de veelvuldige contacten die plaatsvinden in een sterk internationaliserende rechtswereld die zich van statelijke grenzen steeds minder aantrekt. Van belang daarbij is dat partijen van de mogelijkheid gebruikmaken om hun eigen recht en hun eigen rechter te kiezen. Dat gebeurt zeker ook in het overheidscontractenrecht. Bij horizontale Europeanisering moet uiteraard niet alleen gedacht worden aan de betrokken rechtssubjecten, maar ook aan nationale wetgevers die – onder meer door middel van het laten verrichten van rechtsvergelijkend onderzoek – steeds beter weten wat er in het buitenland speelt en uiteraard aan rechters die elkaars uitspraken in de gaten houden en wellicht ook uitdrukkelijk naar elkaars uitspraken gaan verwijzen (in een zogeheten 'rechterlijke dialoog' en 'rechterlijke concurrentie'[6]). Om elkaar goed te begrijpen en van elkaar te kunnen leren is rechtsvergelijking hoogst noodzakelijk. Horizontale Europeanisering zal onvermijdelijk leiden tot een zekere mate van convergentie of harmonisatie van nationale rechtsstelsels.

Wanneer wordt nagedacht over nieuwe bestuursrechtelijke regels die in Europa en zijn lidstaten moeten gelden, dan is het daarvoor van groot belang dat er voldoende inzicht is in het geldende bestuursrecht van de lidstaten. Interessant is dat ook de Model Rules van ReNEUAL mede op basis van rechtsvergelijkend onderzoek tot stand zijn gekomen. In deze bijdrage zal ik voor het overheidsovereenkomstenrecht het recht van enige lidstaten karakteriseren en ordenen in een drietal categorieën. Ik zal daarbij aandacht besteden aan de criteria die inzicht geven in de relevante verschillen en overeenkomsten tussen de rechtsstelsels aan de hand waarvan deze categorisering tot stand is gebracht. In dit verband is relevant dat de figuur van het overheidscontract door regels als de Model Rules steeds meer eigen – dat wil zeggen van het gewone privaatrechtelijke contractenrecht te onderscheiden – trekken krijgt. Dit verschijnsel wordt wel aangeduid als de 'verpubliekrechtelijking' van het overheidscontractenrecht. Daarom zal ik kort ingaan op de hoofdlijnen van boek IV van de Model Rules – het boek over '*Contracts*' – dat bijdraagt aan deze verpubliekrechtelijking. Ik rond af met de vraag of en in hoeverre de Model Rules in een bepaald model passen en in hoeverre deze verpubliekrechtelijking van betekenis is voor de ordening van het overheidsovereenkomstenrecht, in het bijzonder voor de Nederlandse positionering.

'bestuursprocesrecht' is een ongelukkige vertaling van 'administrative procedure', omdat vooral wordt gedacht aan regels die betrekking hebben op de bestuurlijke fase. Zie over deze resolutie: P. Craig, 'A General Law on Administrative Procedure, Legislative Competence and Judicial Competence', *European Public Law* 2013, p. 503-524, en A.C.M. Meuwese, 'Het Europees parlement op de bres voor een "Europese Awb"', *RegelMaat* 2013, p. 135-139.

5 Zie overweging S van de resolutie.

6 Zie o.a. J.H. Jans, 'Naar een Europese Awb(?)', in: T. Barkhuysen, W. den Ouden & J.E.M. Polak, *Bestuursrecht harmoniseren: 15 jaar Awb*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010, p. 614. In veel common law stelsels is het overigens niet ongebruikelijk om dat te doen (als een zogeheten '*persuasive*' precedent en dus niet als een '*binding*' precedent).

2 Enige ordening: drie modellen van overheidscontractenrecht

Er zijn maar weinig rechtsfiguren waarover zo weinig eenstemmigheid bestaat als de overheidsovereenkomst. Dat maakt rechtsvergelijking op het eerste gezicht nogal lastig. Zo wordt zeer verschillende gedacht over het antwoord op de vraag of de overheidsovereenkomst überhaupt wel over voldoende eigen karakteristieken beschikt om als aparte rechtsfiguur te worden onderscheiden van gewone overeenkomsten die tussen civiele partijen worden gesloten. Ook wordt zeer verschillende gedacht over de geoorloofdheid van de overheidsovereenkomst, het soort rechtsregels dat erop van toepassing is, de wijze waarop deze moet worden uitgevoerd, wanneer er wel of niet van kan worden afgeweken en welke rechter van geschillen over dit soort overeenkomsten kan kennisnemen of, ruimer, hoe de handhaving ervan moet plaatsvinden, enzovoort. Ten slotte is het niet alleen van het positieve recht afhankelijk hoe deze rechtsfiguur moet worden beschouwd en gebruikt, maar is dat voor een belangrijk deel ook afhankelijk van de heersende rechtscultuur, die in de Europese lidstaten nogal kan verschillen.

Gelukkig is er wel enig licht aan de horizon. Het is namelijk goed mogelijk om de verschillende mogelijke posities die de overheidsovereenkomst in het recht inneemt te categoriseren en in enige modellen samen te vatten. Dat helpt aanzienlijk: het vergroot het wederzijdse inzicht en begrip. Het voordeel van de ordening in enige categorieën – modellen – is ook dat het de rechtsvergelijking aanzienlijk vereenvoudigt: als eenmaal vaststaat tot welke categorie een bepaald land behoort, behoeft men vervolgens niet alles van het recht van dat land de weten om op hoofdlijnen te begrijpen hoe het overheidsovereenkomstenrecht aldaar in elkaar steekt.

Voor de goede orde: de hier te presenteren indeling in modellen heeft betrekking op overheidsovereenkomsten in de ruimste zin van het woord. Onder een *overheidsovereenkomst* in ruime zin zijn alle denkbare soorten overheidscontracten te verstaan. Het enige vereiste daarvoor is dat minstens een van de partijen van de overeenkomst een overheidsinstelling is. Het gaat zowel om overheidsovereenkomsten die in de Nederlandse bestuursrechtelijke literatuur als publiekrechtelijk worden aangeduid als om overheidsovereenkomsten die bij ons als privaatrechtelijk worden bestempeld.[7] In internationaal verband is het gebruikelijk om hiervoor de term *public contract* te bezigen.[8] Zo wordt *public contract* als overheidsovereenkomst in deze ruime zin gebruikt in de *Model Rules* van ReNEUAL.[9] Binnen deze omvangrijke groep van verschillende soorten overheidsovereenkomsten vormt de figuur van de *publiekrechtelijke* overeenkomst een apart type. We hebben dan van doen met een

---

7 Vgl. R.J.N. Schlössels & S.E. Zijlstra, *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat*, 6e druk, Deventer: Kluwer 2010, p. 864 e.v. en H.D. van Wijk, W. Konijnenbelt & R. van Male, *Hoofdstukken van bestuursrecht*, 16e druk, Deventer: Kluwer 2014, p. 241, 242.

8 Vgl. ook de Engelse versies van art. 101 van het *Financieel Reglement* (Vo. nr. 966/2012; *PbEU* L 298) en van art. 2 van de nieuwe 'klassieke' *Aanbestedingsrichtlijn* (Richtlijn 2014/24/EU; *PbEU* L 94/65) waarin, evenals in de vorige richtlijn, met '*public contracts*' met name op overheidsopdrachten wordt gedoeld die naar Nederlands recht als *privaatrechtelijke* overeenkomsten zijn te bestempelen.

9 Evenzo door het internationale onderzoeksnetwerk '*Public Contracts in Legal Globalization*'. Zie www.public-contracts.net/inhalte/home.asp.

public contract in enge zin. Dit specifiekere type wordt, afhankelijk van rechtssysteem of rechtscultuur, verschillend begrepen: het kan zowel gaan om de overeenkomst die betrekking heeft op de uitoefening van publiekrechtelijke bevoegdheden (de bevoegdhedenovereenkomst),[10] als om de overeenkomst waarbij alle partijen van publiekrechtelijke aard zijn, als om de overeenkomst die (uitsluitend) beheerst wordt door publiekrecht. Het enige wat eigenlijk *op voorhand* over dit type te zeggen is, is dat het een species is van het genus overheidsovereenkomst. Binnen sommige modellen vraagt de publiekrechtelijke overeenkomst – het *public contract* in enge zin – veruit de meeste aandacht, zoals hierna zal blijken.[11]

De positie van de overheidsovereenkomst in Europa kan mijns inziens het best worden beschouwd tegen de achtergrond van de verhouding tussen *publiek- en privaatrecht*. Die verhouding verschilt nogal in de diverse lidstaten en daarmee verschilt ook de positie van de overheidsovereenkomst. Het maakt namelijk nogal wat uit of en in hoeverre de overheidsovereenkomst wordt beschouwd als een publiek- of privaatrechtelijke rechtsfiguur of dat dat etiket er niet erg toe doet. Dat brengt mij tot de volgende driedeling.

a. Het publiekrechtelijke model (Frankrijk)

In dit model vormen publiekrecht en privaatrecht binnen het rechtsstelsel sterk gescheiden werelden. Het overheidscontractenrecht bestaat vooral uit een bijzondere positie voor de *publiekrechtelijke* overeenkomst (‘*contrat administratif*’). De publiekrechtelijke overeenkomst heeft een *eigen aard*, die uitdrukkelijk wordt onderscheiden van de gewone (privaatrechtelijke) overeenkomst. De publiekrechtelijke overeenkomst maakt onderdeel uit van het bestuursrecht, heeft een eigen rechter, de bestuursrechter, en er zijn eigen bijzondere rechtsnormen op van toepassing die als *publiekrechtelijke rechtsnormen* worden aangeduid. De wettelijke regels die op publiekrechtelijke overeenkomsten van toepassing zijn, gelden niet voor gewone privaatrechtelijke contracten.

Het bekendste voorbeeld van een rechtsstelsel dat dit model kent, is het Franse.[12] Dit Franse model heeft verschillende andere landen beïnvloed, zoals Spanje.

---

10 Waarover P.J. Huisman, *De bevoegdhedenovereenkomst. De overeenkomst over het gebruik van een publiekrechtelijke bevoegdheid* (diss. AmsterdamVU), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2012.

11 A.C.L. Davis, *The Public Law of Government Contracts*, Oxford: Oxford University Press 2008, spreekt over ‘*government contracts*’ waar ze overheidscontracten in ruime zin bedoelt, juist om de connotatie met *public contracts* in enge zin te vermijden (deze toelichting geeft zij in een interview in F. Zigirinshuti, *Good Governance and Public Contracts* (diss. Utrecht), ’s-Hertogenbosch: Uitgeverij BOXPress 2013, p. 26, 27). Die benadering heeft overigens ook mijn persoonlijke voorkeur, maar ik zal haar in deze bijdrage niet volgen, aangezien ik daarmee zou afwijken van de Model Rules en van het *Financieel Reglement* en de *Aanbestedingsrichtlijnen* e.d.

12 Ook *België* wordt aan het Franse model toegedacht, zie Zigirinshuti 2013, p. 65. Voorts past *Rwanda* in dit model, zie Zigirinshuti 2013, p. 40.

b. Het privaatrechtelijke model (Common law)

In dit model kent het rechtsstelsel geen scherp onderscheid tussen publiek- en privaatrecht. De overheidsovereenkomst maakt in beginsel gewoon onderdeel uit van het gewone contractenrecht dat ook geldt voor de overeenkomsten die tussen burgers onderling worden gesloten; dit is slechts anders indien er voor een specifiek soort contract een wettelijke voorziening is (hetgeen slechts zelden voorkomt). Het overheidscontract is op het gewone recht gebaseerd en op overheidscontracten is in beginsel het gewone (privaat)recht van toepassing. Het overheidscontract heeft in principe *geen andere aard* dan andere contracten. De rechter die bevoegd is kennis te nemen van geschillen over overheidsovereenkomsten is de gewone rechter.[13]

Het voorbeeld bij uitstek van een rechtsstelsel dat dit model kent, is het recht van Engeland en Wales. Het is daarmee het prototype voor veel andere rechtsstelsels van de Commonwealth, Canada en Zuid-Afrika niet uitgezonderd.[14]

c. Het gemengde model (Duitsland en Nederland)

In dit model kent het rechtsstelsel wel een onderscheid tussen publiek- en privaatrecht. De overheidsovereenkomst heeft, omdat het een overeenkomst is, wortels in het *privaatrecht*, maar dat neemt niet weg dat er normen van *publiekrechtelijke* herkomst op van toepassing zijn. De omvang van publiekrechtelijke regulering kan verschillen, maar niet uitgesloten is dat deze zeer omvangrijk is. Voor zover er geen bijzondere publiekrechtelijke rechtsregels op de overheidsovereenkomst van toepassing zijn, gelden de privaatrechtelijke rechtsregels. (Bepaalde) overheidsovereenkomsten worden in zulke sterke mate door het publiekrecht beheerst, dat zij een *aparte status* hebben en separaat als publiekrechtelijke overeenkomsten worden beschouwd.

Voorbeelden van rechtsstelsels die dit model kennen, zijn het Duitse en het Nederlandse. Ook andere rechtsstelsels passen goed in dit model.[15]

---

13 Zelfs als het common law rechtsstelsel een separate bestuursrechter kent, zoals tegenwoordig het recht van Engeland en Wales, is deze, behoudens een enkele uitzondering, niet bevoegd zich over overheidsovereenkomsten te buigen, zie G.T.J.M. Jurgens & F.J. van Ommeren, *De opmars van het onderscheid tussen publiekrecht en privaatrecht in het Engelse recht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009, p. 45, 46.

14 Dit laatste is wellicht opmerkelijk omdat juist de rechtsstelsels van deze twee landen relatief veel continentale invloeden kennen. Zie zeer beknopt over Canada: J-B. Auby, 'Comparative approaches to the rise of contract in the public sphere', *Public Law* 2007, p. 47; en uitvoerig over Zuid-Afrika: G. Quinot, *State Commercial Activity: A Legal Framework*, Juta 2009, p. 258 e.v. (die zichtbaar worstelt met de positie van het overheidscontract) en N. Jak, *Semipublieke instellingen. De juridische positie van instellingen op het snijvlak van overheid en samenleving* (diss. Amsterdam VU), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2014, p. 34 e.v., p. 297 e.v.

15 De literatuur is enigszins verdeeld over het *Italiaanse* rechtsstelsel. Auby 2007, p. 47 rubriceert Italië voor het aanbestedingsrecht bij Duitsland en Nederland. Zie evenzo de Italiaan M.E. Comba, 'Principles of EU Law relevant to the Performance of Public Contracts', in: M. Trybus, R. Caranta & G. Edelstam (red.), *EU Public Contract Law. Public Procurement and Beyond*, Brussel: Bruylant 2014, p. 330, die erop wijst dat zijn land in de literatuur echter ook wel op één lijn met Frankrijk wordt geplaatst.

Het publiekrechtelijke en gemengde model richten zich primair op (de opkomst van) de publiekrechtelijke overeenkomst. Ter voorkoming van misverstanden moet daarom nog even gewezen worden op de plaats van de *privaatrechtelijke* overheidsovereenkomst. Vanwege de dominantie van de publiekrechtelijke overeenkomst ('*contrat administratif*') in het Franse recht zouden we over het hoofd kunnen zien dat óók daar het *privaatrechtelijke* overheidscontract bestaat, maar daar een veel geringere plaats inneemt. In *alle* modellen komt dus het privaatrechtelijke overheidscontract voor (al dan niet naast de publiekrechtelijke overeenkomst).[16]

3 Onderbouwing van de drie modellen

3.1 Waarom geen dichotomie...?

Het is opvallend dat een driedeling van de overheidsovereenkomsten in de literatuur vrij weinig voorkomt.[17] Meestal wordt de wereld van het overheidsovereenkomstenrecht in tweeën gedeeld. In deze tweedeling worden het bovengenoemde privaatrechtelijke model en het gemengde model samengenomen. Aldus bezien is er aan de ene kant het Franse model en aan de andere kant het Engels-Duitse model. Die twee modellen worden als elkaars tegenpolen beschouwd.[18]

Deze tweedeling hoeft niet te verwonderen. Van oudsher is het in de wereld van de bestuursrechtelijke rechtsvergelijking gebruikelijk Engels recht en Frans recht als *archetypen* tegenover elkaar te plaatsen. Reeds in de 19e eeuw gingen prominente Britse juristen, zoals Dicey, ervan uit dat als zij een goed beeld van het continentale recht wilden krijgen, Frankrijk het voorbeeld bij uitstek vormde.[19] Zo ontstond al snel het beeld van Frans recht tegenover Engels recht. En ook vandaag de dag is het gebruikelijk voor rechtsvergelijkers met een Anglo-Amerikaanse achtergrond om het Franse bestuursrecht als exemplarisch voor het continentale bestuursrecht te beschouwen.

Bovendien is het inderdaad zo dat het Engelse recht en het Nederlandse recht op het punt van het onderscheid tussen publiek- en privaatrecht meer op elkaar lijken dan men op grond van hun verschillende wortels wellicht zou verwachten: common law stelsels kenden traditioneel geen onderscheid tussen publiek- en privaatrecht,

16 Zoals terecht wordt opgemerkt door Zigirinshuti 2013, p. 80.

17 Zie echter – aan de hand van andere ijkpunten – Auby 2007, p. 46, 47, gevolgd door Comba 2014, p. 330. En voorts: P. Craig, 'Specific Powers of Public Contractors', in: R. Noguellou & U. Stelkens (red.), *Droit comparé des Contracts Publics; Comparative Law on Public Contracts*, Brussel: Bruylant 2010, p. 173, 174.

18 Zie m.n. R. Noguellou & U. Stelkens, 'Propos introductifs/Introduction', in: R. Noguellou & U. Stelkens (red.), *Droit comparé des Contracts Publics; Comparative Law on Public Contracts*, Brussel: Bruylant 2010, p. 10 e.v.; J-B. Auby, 'Contracting out and "public values": a theoretical and comparative approach', in: S. Rose Ackerman & P.L. Lindseth (red.), *Comparative Administrative Law*, Edward Elgar Publishing 2011, p. 522 en Zigirinshuti 2013, p. 37 e.v.

19 A.V. Dicey, *An Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 10e druk, Londen: MacMillan 1959, hoofdstuk XII.

maar in het Engelse recht is dit onderscheid – mede ten gevolge van de Europeanisering (!) – sinds drie decennia steeds meer in opkomst.[20]

Toch acht ik een tweedeling voor het overheidsovereenkomstenrecht minder gelukkig. Zij gaat er te zeer aan voorbij dat de meeste continentale rechtsstelsels van oudsher civil law rechtsstelsels zijn met een fundamenteel onderscheid tussen publiek- en privaatrecht. Vooral bezwaarlijk is dat het de opstellers ervan ook zichtbaar in de problemen brengt met de rubricering van continentale rechtsstelsels als het Nederlandse of het Duitse, want voor zover de overheidsovereenkomst – onder invloed van Europa of anderszins – steeds meer publiekrechtelijke trekken gaat vertonen, passen deze rechtsstelsels niet meer goed in het privaatrechtelijke model. Het overheidscontractenrecht van een civil law stelsel laat zich moeilijk op één lijn plaatsen met dat van een common law rechtsstelsel.

3.2 ... in het licht van de ijkpunten

Het is daarom de moeite waard even iets preciezer te kijken naar de *ijkpunten* – met andere woorden: de onderscheidende criteria – aan de hand waarvan de indeling in enige modellen tot stand is gekomen. Ik heb ervoor gekozen eerst te kijken naar de aard van het *rechtsstelsel* waarbinnen de overheidsovereenkomst figureert: is dat een rechtsstelsel met een duidelijk aanwezig onderscheid tussen publiek- en privaatrecht of ontbreekt die fundamentele tweedeling? En vervolgens heb ik vooral gelet op de aard van het *toepasselijke recht*, met andere woorden op wat voor soort rechtsnormen op de overheidsovereenkomst van toepassing zijn. Zijn dat publiekrechtelijke normen of (ook) privaatrechtelijke rechtsnormen? Ten slotte heb ik gelet op de *rechter*: kent het rechtsstelsel een separate bestuursrechter en is deze in de regel bevoegd van geschillen over (bepaalde) overheidsovereenkomsten kennis te nemen? Een analyse aan de hand van deze ijkpunten leidt tot de hiervoor gepresenteerde driedeling.

Wanneer we kijken naar de ijkpunten van de literatuur waarin slechts een tweedeling wordt gemaakt, dan springt in het oog dat aldaar meestal een ander criterium wordt aangelegd. De primaire vraag is daar: kent het rechtsstelsel een aparte *status* toe aan de rechtsfiguur van de overheidsovereenkomst of in ieder geval aan een belangrijke soort van overheidsovereenkomsten, de publiekrechtelijke overeenkomst?[21] Bekeken langs die meetlat springt Frankrijk er als eerste uit. Het Franse recht kent met het *contrat administratif* een publiekrechtelijke overeenkomst die echt losstaat van het gewone contractenrecht. Deze overeenkomst behoort zowel academisch als in de rechtspraktijk tot het bestuursrecht en wordt door publiekrechtjuristen en bestuursrechtsadvocaten en -rechters bestudeerd en toegepast. Overheidscontractenrecht, met inbegrip van het aanbestedingsrecht, is in Frankrijk dan ook echt een aparte discipline die ver afstaat van het privaatrecht.

---

20 G. Jurgens & F. van Ommeren, 'The Public-Private Divide in English and Dutch Law: A Multifunctional and Context-Dependant Divide', *Cambridge Law Journal* 2012, p. 172-199. Zie ook Jurgens & Van Ommeren 2009.

21 Heel helder dat hij deze maatstaf hanteert: Auby 2011, p. 522.

Aan de hand van deze maatstaf – kort gezegd: kent het rechtsstelsel een apart *concept 'publiekrechtelijke overeenkomst'*? – ziet de wereld er op het eerste gezicht vrij eenvoudig uit. Het Franse rechtsstelsel is, zoals gezegd, het voorbeeld bij uitstek dat goed aan dit criterium beantwoordt,[22] de rechtsstelsels die gebaseerd zijn op de common law, doen dat bij uitstek niet. In de ogen van de Franse of Britse jurist hebben wij net zomin als Duitsland een duidelijk concept 'publiekrechtelijke overeenkomst' en dus worden wij in het common law model geplaatst.[23] De problemen ontstaan doordat het concept van de publiekrechtelijke overeenkomst weliswaar van oudsher niet sterk ontwikkeld is, maar niettemin de laatste jaren steeds uitdrukkelijker een eigen status krijgt.

Ik vind dit ijkpunt van de tweedeling – is er een apart concept 'publiekrechtelijke overeenkomst'? – ook uit analytisch oftewel wetenschappelijk oogpunt niet heel verstandig gekozen. Het is minder geschikt, omdat een apart concept in het recht tamelijk verschillende eigenschappen aan de te analyseren rechtsfiguur kan verbinden (eigenschappen zoals het toepasselijke recht en ook het soort rechter). Iets concreter: het concept van de publiekrechtelijke overeenkomst wordt in het Franse recht anders begrepen dan in Nederland; maar dat sluit niet uit dat beide rechtsstelsels een dergelijk concept kennen. Daarom heeft dit ijkpunt mijns inziens onvoldoende onderscheidend vermogen.

Beter is het om het Duitse en Nederlandse overheidscontractenrecht niet als onderdeel van een pseudo-common law systeem te beschouwen, maar als deel uitmakend van een klassiek continentaal civil law systeem, waarin het onderscheid tussen publiek- en privaatrecht weliswaar niet zo hard is doorgevoerd als in het Franse model, maar zeker wel een fundamentele rol speelt.

Ten slotte, anders dan misschien wel wordt gedacht, is evenmin een goed ijkpunt of een rechtsstelsel wel of niet over een algemene *wettelijke regeling* voor overheidsovereenkomsten beschikt. Een criterium dat kijkt naar de wettelijke basis van de overheidsovereenkomst staat los van de hier gepresenteerde driedeling en loopt er zelfs dwars doorheen. Wat het publiekrechtelijke model betreft: een belangrijk verschil tussen het Franse overheidscontractenrecht en het Spaanse is dat het Franse grotendeels op rechtspraak is gebaseerd, terwijl het Spaanse bij wet is geconstitueerd.[24] Wat het privaatrechtelijke model betreft: zelfs het Engelse recht heeft voor enkele lokale overeenkomsten een wettelijke voorziening.[25] En wat ten slotte het gemengde model betreft: ook in Nederland hebben we voor bepaalde overheidsovereenkomsten een wettelijke regeling (denk bijvoorbeeld aan de Wet Gemeenschappelijke Regelingen), maar nog niet voor overheidsovereenkomsten in het algemeen, terwijl Duitsland ons op dat punt al jaren vooruit is.

---

22 Zo ook Craig 2010, p. 174.
23 Vgl. m.n. Auby 2007, p. 47 en Auby 2011, p. 522.
24 Auby 2007, p. 47.
25 Zie P. Craig, *Administrative Law*, 6e druk, Londen: Sweet & Maxwell 2008, p. 167, 168.

4 De 'verpubliekrechtelijking' van de overheidsovereenkomst

In het gemengde model hebben overheidsovereenkomsten van oudsher privaatrechtelijke wortels, maar krijgen zij thans steeds meer publiekrechtelijke trekjes. Dat laatste gebeurt in zulke sterke mate dat de overheidsovereenkomst, of althans bepaalde overheidsovereenkomsten, met recht kunnen worden aangeduid als *publiekrechtelijke* overeenkomsten. Die 'verpubliekrechtelijking' – toegegeven: een mooi woord is het niet, maar '*publicisation*' is gangbaar in het internationale debat[26] – heeft een aantal oorzaken. Die oorzaken liggen ten dele in de Europeanisering en ten dele in autonome ontwikkelingen van de nationale rechtsstelsels.

De verpubliekrechtelijking van het overheidsovereenkomstenrecht komt voor een belangrijk deel door de desbetreffende EU-richtlijnen, in het bijzonder voor het aanbestedingsrecht. Ik heb er trouwens zelf niet direct behoefte aan deze richtlijnen – en de regels die zij met zich brengen (met name de Aanbestedingswet 2012) – als 'publiekrechtelijk' aan te merken. Dat komt doordat in Nederland nu juist het aanbestedingsrecht in privaatrechtelijke handen is: het is immers de burgerlijke rechter die van aanbestedingsgeschillen kennisneemt, uitzonderingen daargelaten. Maar dwingendrechtelijk van aard zijn de aanbestedingsregels wel. Het valt bezien vanuit het gemengde model – en uiteraard eveneens vanuit het publiekrechtelijke model – dan ook wel te begrijpen dat de enorme invloed en omvang van het aanbestedingsrecht in de doctrine als een 'verpubliekrechtelijking' van het overheidscontractenrecht wordt beschouwd.[27]

De verpubliekrechtelijking van het overheidsovereenkomstenrecht wordt verder veroorzaakt door (algemene) wetgeving van het eigen nationale rechtsstelsel. Zo kent het Duitse rechtsstelsel in het *Verwaltungsverfahrensgesetz* (VwVfG) een eigen regeling voor de publiekrechtelijke overeenkomst op het niveau van de *Bund*.[28] Wij hebben in ons land weliswaar geen algemene regeling in de Awb voor (bepaalde) overheidsovereenkomsten, maar ook bij ons is dit proces zeker waar te nemen. Zo zijn bij ons op alle overheidsovereenkomsten, dus ook de privaatrechtelijke, normen van publiekrechtelijke herkomst van toepassing; men zie reeds het klassieke arrest Amsterdam-Ikon[29] en voorts artikel 3:14 BW en artikel 3:1 lid 2 Awb, die dit principe tot uitdrukking brengen.

Door de ogen van het publiekrechtelijke model is dit *gemengde* recht iets heel bijzonders. In dat model wordt ervan uitgegaan dat op publiekrechtelijke overeenkomsten publiekrecht van toepassing is (maar geen privaatrecht) en op privaatrechtelijke overeenkomsten privaatrecht (maar geen publiekrecht). De werelden van publiek- en privaatrecht worden daar dus sterk gescheiden gedacht. In het privaatrechtelijke

---

26 Auby 2007, p. 48.

27 Zie voor Duitsland reeds: P.M. Huber, 'The Europeanisation of Public Procurement in Germany', *European Public Law*, 2001, vol. 7 (1), p. 33 e.v.

28 Zie art. 54 e.v. VwVfG, waarover U. Stelkens & H. Schröder, 'Allemagne/Germany', in: R. Noguellou & U. Stelkens (red.), *Droit comparé des Contracts Publics; Comparative Law on Public Contracts*, Brussel: Bruylant 2010, p. 307 e.v. Zie ten onzent reeds D.A. Lubach, *Beleidsovereenkomsten* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1982, p. 29 e.v.

29 HR 27 maart 1987, *AB* 1987, 273, m.nt. FHvdB; *AB Klassiek* 6e druk 2009, nr. 13, m.nt. M. Scheltema.

model is het eigenlijk niet anders. Ook daar kijkt men van een *combinatie* van privaatrecht en publiekrecht vreemd op: in de common law rechtsstelsels is de overheidsovereenkomst een privaatrechtelijk contract; het idee dat daarop normen van publiekrechtelijke herkomst van toepassing kunnen zijn, vindt maar uiterst moeizaam ingang.[30]

Ook de Model Rules zelf zijn te beschouwen als een vorm van verpubliekrechtelijking van het overheidsovereenkomstenrecht, zoals nu aan de orde komt.

5 Model Rules: overheidsovereenkomstenrecht voor EU-autoriteiten

5.1 *Reikwijdte van boek IV 'Contracts'*

Wat staat er in boek IV van de *ReNEUAL Model Rules on EU Administrative Procedure*, het boek dat betrekking heeft op de contracten?[31] De reikwijdte van de voorgestelde regeling is vrij groot. De regeling heeft betrekking op allerlei *soorten contracten* die EU-autoriteiten kunnen sluiten.[32] Het gaat zowel om wat wij naar Nederlands recht publiekrechtelijke overeenkomsten (bevoegdhedenovereenkomsten) als privaatrechtelijke overheidsovereenkomsten plegen te noemen. Wat de contractspartijen betreft, heeft de regeling uitsluitend betrekking op overeenkomsten die gesloten worden door EU-autoriteiten (art. IV-1 lid 1 MR). De wederpartij kan zowel een *private* partij zijn als een *autoriteit* van een lidstaat. Indien de wederpartij een autoriteit van een lidstaat is, kan dat in beginsel alleen voor zover de autoriteit van de lidstaat optreedt als een dienstverlener op de markt, en een contract met de EU-autoriteit sluit dat ook door een private partij gesloten kan worden. Daarmee is beoogd de overeenkomsten uit te sluiten die slechts tussen overheden onderling kunnen worden aangegaan.

Deze reikwijdte is samen met de definities geregeld in hoofdstuk 1 van dit boek. Het boek bestaat in zijn geheel uit vier hoofdstukken. Hoofdstuk 2 heeft betrekking op de *totstandkoming* van de overeenkomst. Hoofdstuk 3 heeft betrekking op de *geldigheid en de uitvoering* van de overeenkomst. Hoofdstuk 4 ten slotte is een beknopt hoofdstuk dat op het contracteren met derden ('*subcontracting*') betrekking heeft. Ook in dit opzicht valt de grote reikwijdte van de voorgestelde regeling op. Het boek heeft aldus betrekking op *alle fasen* van het contracteren. De hele 'levenscyclus' van de overeenkomst komt aan de orde. Het is van belang om dit uitdrukkelijk te constateren, omdat de nadruk van het Unierecht ten aanzien van overheidscontracten met het aanbestedingsrecht traditioneel op de totstandkomingsfase ligt, terwijl hier een veel ruimere invalshoek is gekozen.

---

30 Maar zie Davis 2008, die een proefschrift lang verdedigt dat in het Engelse recht publiekrecht op overheidsovereenkomsten van toepassing zou moeten zijn.

31 Zie ook Van Ommeren & Wolswinkel 2014, p. 194 e.v. Enkele passages van deze paragraaf zijn rechtstreeks aan die bijdrage ontleend.

32 Onder EU-autoriteiten worden de 'instellingen, organen of instanties van de Europese Unie' verstaan. Vgl. art. I-4 lid 5 MR en art. 298 VWEU. Ter voorkoming van misverstanden: daartoe behoren uiteraard ook de agentschappen van de EU.

Dat roept meteen vragen op over de verhouding van de voorgestelde regels tot het vigerende Europese recht. De Model Rules zijn van toepassing indien er geen specifieke procedurele regel van Unierecht bestaat (art. I-2 lid 1 MR). Zij hebben een aanvullend karakter. Voor zover er sectorspecifieke regels voor handen zijn, dienen deze overigens wel in overeenstemming met deze Model Rules geïnterpreteerd te worden (art. I-2 lid 2 MR). Dat geldt uiteraard ook voor de verhouding tussen dit boek IV en het aanbestedingsrecht zoals dat geldt voor de EU-autoriteiten.[33]

5.2 *Eenvormig contractenrecht?*

Een van de meer opmerkelijke eigenschappen van dit boek is verder dat het een fundamenteel onderscheid maakt tussen twee soorten overeenkomsten met EU-autoriteiten, te weten de overeenkomsten die *uitsluitend beheerst worden door Unierecht* en de overeenkomsten die *beheerst worden door het recht van een lidstaat* (dan wel waarop het recht van een derde land van toepassing is). Bij de eerste soort overeenkomsten gaat het onder meer om Unierechtelijke arbeidsovereenkomsten, subsidieovereenkomsten en bepaalde vaststellingsovereenkomsten (vgl. art. IV-3 lid 3 MR). Bovendien horen ook de overeenkomsten die wij naar Nederlands bestuursrecht aanduiden als bevoegdhedenovereenkomsten hierbij. Bij bevoegdhedenovereenkomsten met EU-autoriteiten valt in het bijzonder te denken aan overeenkomsten die uitsluitend kunnen worden uitgevoerd door een handeling waartoe de EU-autoriteit de bevoegdheid heeft verkregen krachtens Unierecht, zoals het vaststellen van een verordening, richtlijn of een besluit in de zin van artikel 288 VWEU (vgl. art. IV-3 lid 2 sub d MR). Bij de tweede soort overeenkomsten gaat het met name om overeenkomsten die ook tussen private partijen onderling gesloten kunnen worden, zoals overeenkomsten over de koop of huur van roerende en onroerende zaken of de levering van diensten.

De reden voor dit onderscheid is dat voor de eerstgenoemde soort van overeenkomsten een uniforme toepassing van Unierecht over het hele territoir van de EU van essentieel belang is, terwijl bij andere overeenkomsten geen eigen en dus eenvormig contractenrecht noodzakelijk is.[34] Dit onderscheid werkt in het bijzonder door ten aanzien van de voorgestelde voorschriften over de uitvoering en geldigheid van de overeenkomsten. Het omvangrijke hoofdstuk dat op de uitvoering en de geldigheid betrekking heeft, kent een uitvoerige regeling voor de overeenkomsten die *uitsluitend beheerst worden door Unierecht* – met bepalingen over verandering van omstandigheden, wijziging of beëindiging van de overeenkomst, heronderhandeling en ongeldigheid van de overeenkomst (art. IV-26 t.e.m. IV-34 MR). Deze bepalingen bevatten voorzieningen die ook voor Nederlandse bestuursrechtjuristen heel herkenbaar zijn. Bij ons zijn dit soort bijzondere voorschriften van overheidscontractenrecht evenwel slechts kenbaar uit de jurisprudentie. Voor overeenkomsten die worden *beheerst door het recht van een lidstaat* bevat dit hoofdstuk daarentegen slechts

---

33 Derhalve gaan de totstandkomingsbepalingen voor public contracts uit het *Financieel Reglement* (Vo. nr. 966/2012; *PbEU* 2012, L 298) voor op de bepalingen van de Model Rules.

34 Zie over dit onderscheid: U. Stelkens & H. Schröder, 'Substantive Law applicable to EU Public Contracts', in: M. Trybus, R. Caranta & G. Edelstam (red.), *EU Public Contract Law. Public Procurement and Beyond*, Brussel: Bruylant 2014, p. 395 e.v.

enkele voorschriften die dit primaat van het nationale recht beogen te verzekeren (art. IV-35 en IV-36 MR).

De Model Rules schrijven voor dat overeenkomsten met EU-autoriteiten mede worden beheerst door publiekrechtelijke normen als de *principles of good administration* (art. IV-21). Deze beginselen zijn op beide soorten overeenkomsten van toepassing, dus zowel op de overeenkomsten die uitsluitend worden beheerst door Unierecht als door de overeenkomsten die beheerst worden door het recht van een (lid)staat. Dit betekent ook dat de *principles of good administration* zowel van toepassing zijn op publiekrechtelijke als op privaatrechtelijke overeenkomsten met EU-autoriteiten. Op deze overeenkomsten worden bovendien onder meer de '*general principles of EU contract law*' van toepassing geacht (art. IV-4 jo. art. IV-5 lid 2 MR). Opvallend is dat de uiterst summiere toelichting op de vraag wat deze rechtsbeginselen nu precies inhouden, slechts antwoordt dat zij (min of meer) zullen moeten worden afgeleid van het Franse overheidsovereenkomstenrecht.

Dat ook het fenomeen van *subcontracting* binnen de reikwijdte van dit boek valt, is goed te begrijpen vanuit het idee dat het wenselijk is ook voor de *subcontractor* voorzieningen te treffen. Principieel gezien is het evenwel een grote stap dat de *principles of good administration* – met inbegrip van een groot aantal bepalingen uit het MR-boek over beschikkingen (!) – niet alleen op de EU-autoriteit als contractspartij van toepassing zijn, maar ook moeten doorwerken in rechtsverhoudingen tussen de wederpartij en derden (art. IV-39 MR). Dat is een wel zeer verstrekkende verpubliekrechtelijking van het contractenrecht. Zo zijn in ons land de algemene beginselen van behoorlijk bestuur niet van toepassing in verhoudingen tussen private partijen.[35]

5.3 *Voortschrijdende verpubliekrechtelijking*

Ook voor de fase van het aangaan van de overeenkomst kent de voorgestelde regeling de nodige voorschriften. Ik stip er hier enkele aan, teneinde de voortschrijdende verpubliekrechtelijking nader te illustreren. De bepalingen betreffende het aangaan van de overeenkomst gelden voor alle soorten overeenkomsten, dus ook voor de overeenkomsten die beheerst worden door nationaal recht.

In de eerste plaats springt in het oog dat er een specifieke voorziening is opgenomen voor standaardovereenkomsten – algemene voorwaarden in de terminologie van ons BW. Bepaald is dat de regels van boek II van de Model Rules die van toepassing zijn op de totstandkoming van besluiten van algemene strekking ('*Administrative Rulemaking*') van overeenkomstige toepassing zijn op de totstandkoming van dit soort algemene contractsvoorwaarden (art. IV-6 MR). Het betreft hier een procedure die de EU-autoriteit verplicht voor de totstandkoming van besluiten van algemene strekking een bepaalde consultatie- en participatieprocedure uit te voeren. De – terechte – reden voor de vanovereenkomstigetoepassingverklaring is dat dit soort algemene voorwaarden een substituut kan vormen voor het nemen van besluiten

35 Zie HR 12 januari 1990, *AB* 1991, 430, m.nt. F.J. van Ommeren (Staat/Appels).

van algemene strekking en dat het uiteraard niet de bedoeling is dat de waarborgen daarvoor via contractuele weg worden ontdoken.[36]

Een volgende voorziening die het noemen waard is, en die de Nederlandse bestuursrechtjurist wellicht iets minder verrassend zal voorkomen, is die voor het recht dat op het *besluit tot het* (al dan niet) *aangaan* van de overeenkomst van toepassing is (art. IV-7 MR). Dit besluit wordt uitdrukkelijk onderscheiden van de overeenkomst en de daaruit voortvloeiende uitvoeringshandelingen. In het betreffende artikel wordt een groot aantal voorschriften dat speciaal geschreven is voor beschikkingen van (overeenkomstige) toepassing verklaard op deze '*acte détachable*'. Het gaat om voorschriften die uitdrukking geven aan eisen van zorgvuldigheid, motivering, toegankelijkheid enzovoort. Tegen het besluit van de EU-autoriteit tot het (al dan niet) aangaan van de overeenkomst staat rechtsbescherming open bij het Europees Hof van Justitie (art. IV-8 MR jo. art. 263 VWEU).

Het boek over contractenrecht kent voorts een separate regeling voor de totstandkoming van overeenkomsten die in *concurrentie* door de wederpartij van de EU-autoriteit worden aangegaan (art. IV-9 t.e.m. IV-19 MR). Zij bevat onder meer voorschriften die dwingen tot tijdige bekendmaking van de aanbieding zodat potentiële gegadigden gelijke kansen hebben hiernaar mee te dingen. Deze regeling is van overeenkomstige toepassing verklaard op het geven van beschikkingen indien slechts een beperkt aantal aanvragen kan worden toegewezen en een competitieve verleningsprocedure wordt gebruikt (art. III-6 lid 4 MR). De Model Rules bevatten aldus een algemene regeling voor de verdeling van *schaarse publieke rechten*, zoals schaarse vergunningen en schaarse subsidies.[37] Ofschoon er overwegend sprake is van een 'verpubliekrechtelijking' van het overheidsovereenkomstenrecht, zien we hier tegelijk een spiegelbeeldige ontwikkeling: voorschriften die naar hun strekking goed bekend zijn uit het overheidscontractenrecht (meer precies: het aanbestedingsrecht) doen hun intrede in het beschikkingenrecht.

---

36 De aandacht voor het gebruik van algemene voorwaarden door de overheid is in ons land opmerkelijk genoeg vrij gering. Zie evenwel: F.J. van Ommeren, 'Algemene voorwaarden als wetgevingsalternatief', in: F.J. van Ommeren e.a., *Overheid en burgerlijk recht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1992, p. 86 e.v.; F.J. van Ommeren 'Wetgevingsbeleid: remedies en instrumenten', in: S.E. Zijlstra (red.), *Wetgeven. Handboek voor de centrale en decentrale overheid*, Deventer Kluwer 2012, p. 208 e.v. en M.W. Scheltema & M. Scheltma, *Gemeenschappelijk recht. Wisselwerking tussen publiek- en privaatrecht*, 3e druk Deventer: Kluwer 2013, p. 316 e.v.

37 In Nederland gaan er stemmen op hiervoor een regeling in de Awb te treffen, waarover: F.J. van Ommeren, *Schaarse vergunningen. De verdeling van schaarse vergunningen als onderdeel van het algemene bestuursrecht* (oratie Amsterdam VU), Deventer: Kluwer 2004, p. 77; A. Drahmann, *Tijd voor een Nederlands transparantiebeginsel?, preadvies jonge VAR*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010, p. 176-192; C.J. Wolswinkel, *De verdeling van schaarse publiekrechtelijke rechten. Op zoek naar algemene regels van verdelingsrecht* (diss. Amsterdam VU), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2013, p. 786-789, en C.J. Wolswinkel, 'Schaarse publiekrechtelijke rechten. Een algemeen leerstuk gerelativeerd', *NTB* 2014, p. 64-65. Zie specifiek voor schaarse subsidies: M.J. Jacobs & W. den Ouden, 'Eerlijk zullen wij alles delen...' *JBplus* 2011, p. 57, en J.E. van den Brink, *De uitvoering van Europese subsidieregelingen in Nederland. Juridische knelpunten en uitdagingen*, Deventer: Kluwer 2012, p. 688 en 711. Zie voorts over schaarse publieke rechten in algemene zin: Van Wijk, Konijnenbelt & Van Male 2014, p. 389, 390.

6 Slot: blijft Nederland in het gemengde model?

Ofschoon rechtsvergelijkend onderzoek aan de basis ligt van de *Model Rules on EU Administrative Procedure*, is Boek IV – *Contracts* – niet uitdrukkelijk op grond van een bepaald model ontworpen. Het draagt echter wel bij aan de verpubliekrechtelijking van het overheidsovereenkomstenrecht. Aangezien de *principles of good administration* ook van toepassing zijn op privaatrechtelijke overeenkomsten met EU-autoriteiten (en bij *subcontracting* zelfs op overeenkomsten tussen uitsluitend private partijen), passen de Model Rules het best in het gemengde model. Ondanks de verpubliekrechtelijking staan zij – anders dan men op het eerste gezicht zou verwachten – op gespannen voet met het publiekrechtelijke model: in dat model zijn normen van publiekrechtelijke herkomst immers niet van toepassing op privaatrechtelijke (overheids)overeenkomsten. Door de Model Rules wordt a fortiori afstand genomen van het privaatrechtelijke model van het overheidsovereenkomstenrecht.

Bij ons sluit dit aan bij een ontwikkeling die we sowieso al kunnen zien, namelijk dat de publiekrechtelijke noties van het overheidsovereenkomstenrecht steeds sterker worden. Dat is een beweging die bij ons vooral is ingezet met de directe toepasselijkheid van zowel geschreven als ongeschreven normen van publiekrechtelijke herkomst in privaatrechtelijke verhoudingen en voorts in de toename van bijzondere wettelijke voorschriften voor bepaalde overheidscontracten, zoals de Aanbestedingswetgeving.

De Model Rules duwen ons, zij het indirect, verder in publiekrechtelijke richting. Dat valt bijvoorbeeld goed te zien bij het *besluit tot het aangaan van de overeenkomst*. Hoewel ook naar Nederlands recht een onderscheid wordt gemaakt tussen het besluit tot het aangaan van de overeenkomst en de overeenkomst zelf en ook naar Nederlands recht op het besluit tot het aangaan van de overeenkomst publiekrechtelijke normen van toepassing zijn (hoofdstuk 3 en 4 Awb), is dit onderscheid bij ons veel minder goed voelbaar. Dat komt doordat het besluit tot het aangaan van de overeenkomst niet vatbaar is voor bezwaar en beroep (art. 8:3 lid 2 Awb). Het is bij ons derhalve de burgerlijke rechter die van geschillen over het besluit tot het aangaan van de overeenkomst dient kennis te nemen. Daarvoor zijn goede argumenten te geven (de rechtsbescherming tegen de uiteindelijke overeenkomst is immers eveneens civielrechtelijk van aard), maar het gevolg daarvan is wel dat in de praktijk de publiekrechtelijke normering – bijvoorbeeld het niet (tijdig) bekendmaken – van het besluit tot het aangaan van de overeenkomst in rechte niet of nauwelijks wordt getoetst.[38] Dat is een groot verschil met hetgeen de Model Rules beogen.

Wat de verpubliekrechtelijking betreft, blijft het daar vast niet bij. Wat zou er gebeuren als Nederland een *regeling* krijgt *in de Awb* voor het meest publiekrechtelijke type overheidscontract, de bevoegdhedenovereenkomst?[39] Het lijkt een stap in die

---

38 Zie P.J. Huisman & N. Jak, 'Beslissingen ter voorbereiding van een privaatrechtelijke rechtshandeling van de overheid', *JBplus* 2008, p. 161. P. de Haan, 'Besluiten tot privaatrechtelijke rechtshandelingen', *NTB* 2004, p. 113, 114 heeft, mede om deze reden, eerder al het schrappen van (het huidige) art. 8:3 lid 2 Awb bepleit.

39 Zoals op meerdere plaatsen is bepleit. Zie m.n. G. ten Berge, 'Onderhandelend bestuur en privaatrecht', in: H.D. Stout & A.J. Hoekema (red.), *Onderhandelend bestuur*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994, p. 39 e.v.; F.J. van Ommeren, 'De bevoegdhedenovereenkomst in de Awb en de

richting, maar daarmee zouden we – evenals het Duitse recht – nog niet meteen in het publiekrechtelijke model zitten. De categorisering is immers vooral afhankelijk van hoe de verhouding tussen publiekrechtelijke en de privaatrechtelijke rechtsregels wordt opgevat. Het is goed denkbaar dat ook met een algemene publiekrechtelijke regeling voor de bevoegdhedenovereenkomst het uitgangspunt blijft gelden dat voor zover het publiekrecht niet in voorschriften voorziet, het privaatrecht op deze overeenkomsten van toepassing blijft. Mijns inziens valt daarvoor veel te zeggen:[40] het voorkomt dat we zaken dubbel gaan regelen, in Awb én BW, maar het markeert wel de bevoegdhedenovereenkomst als een overeenkomst waarvoor enige van het gewone contractenrecht afwijkende eigen regels gelden. Dat is de kracht van het gemengde model.

---

verhouding met het BW', in: T. Barkhuysen, W. den Ouden & J.E.M. Polak (red.), *Bestuursrecht harmoniseren: 15 jaar Awb*, Deventer: Kluwer 2010, p. 717 e.v. en P.J. Huisman, 'De huidige en wenselijke plaats van de bevoegdhedenovereenkomst: naar een regeling in de Algemene wet bestuursrecht', *NTB* 2012, p. 253 e.v.

40 Ter voorkoming van het verwijt van autoplagiaat: dit heb ik eerder bepleit in Van Ommeren 2010, p. 734, 735.

Toegang tot overheidsinformatie en meer transparantie vanuit Europa

Eric Daalder[*]

1 Inleiding

In de preambule van de Model Rules on EU Administrative Procedure wordt als uitgangspunt geformuleerd dat 'public authorities are bound in administrative procedures by the rule of law, the right to good administration and other related principals of EU administrative law'. Daarbij moet, zo vervolgt de preambule, onder meer betekenis worden toegekend aan 'transparancy and due access to effective remedies'. Met het formuleren van deze uitgangspunten doen de Model Rules iets wat bij de totstandkoming van de Awb niet is gebeurd: het formuleren van beginselen of uitgangspunten die richtinggevend zijn voor (de uitleg van) de in de wet opgenomen bepalingen. Wie nog eens de beschouwingen in de memorie van toelichting bij het oorspronkelijke wetsvoorstel leest, valt op dat beginselen die leidend zijn voor de bepalingen in de Awb ontbreken. Anders gezegd: de Awb is niet aan de hand van een fundamentele visie op het bestuurs(proces)recht geschreven. De Awb is, zo volgt uit de toelichting, vooral de resultante van een technische operatie, waarbij het bevorderen van eenheid, het systematiseren en codificatie als doelstelling van de wet worden genoemd.[1] Overigens is het niet zo verwonderlijk dat de wetgever destijds niet voor een meer fundamentelere inbedding heeft gekozen als wordt bedacht dat pas in 2014 een wetsvoorstel voor het opnemen van een recht op een eerlijk proces in de Grondwet ter consultatie is gepubliceerd.[2]

De meeste regels en in elk geval de basisbepalingen van de Awb zijn in het begin van de jaren negentig tot stand gekomen. Op dat moment stond de ontwikkeling van fundamentele rechten, zoals bijvoorbeeld de rechten neergelegd in het EVRM, en met name de toepassing daarvan op nationale regels, nog aan het begin. Binnen de – toen nog – Europese Gemeenschap begon rond die tijd de gedachtevorming over grondrechten, die uiteindelijk zou leiden tot de totstandkoming van het Handvest van Grondrechten en het toekennen van dezelfde status als de bepalingen in het EU-Verdrag.

Twintig jaar later is dat anders. De in het EVRM en het EU-Handvest neergelegde rechten hebben, op een wijze vergelijkbaar met die welke vanaf de jaren vijftig in de Verenigde Staten heeft plaatsgevonden, een snelle ontwikkeling doorgemaakt. Een

---

* Mr. E.J. Daalder is advocaat bij Pels Rijcken en Droogleever Fortuijn advocaten en notarissen.

1 PG Awb I, p. 19.

2 www.internetconsultatie.nl.

grote stroom uitspraken van het EHRM leidt ertoe dat wat lange tijd op nationaal niveau zeker was, dat soms niet meer is. Daarnaast is er steeds meer regelgeving op EU-niveau waardoor de fundamentele rechten worden gewaarborgd, zoals bijvoorbeeld de regels over bescherming van de persoonlijke levenssfeer. In een aantal gevallen heeft dat zijn doorwerking gehad op in de Awb opgenomen regels of op het bestuursprocesrecht in het algemeen, veelal doordat de nationale rechter Europese regels heeft toegepast. Een goed voorbeeld daarvan is de rechtspraak over de redelijke termijn voor de behandeling van (hoger)beroepszaken. In die zaken is aan de hand van de rechtspraak van het EHRM een vergoedingenstelsel ontwikkeld, zodanig dat de wetgever van verdere regelgeving heeft afgezien.[3]

In deze bijdrage wil ik nader bezien in hoeverre enkele in het EVRM en het EU-Handvest opgenomen rechten betekenis hebben voor de toegang tot overheidsinformatie en meer algemeen het uitgangspunt van open(baar)heid van bestuur. Er bestaan drie vormen van openbaarheid van bestuur: *politieke* openbaarheid (die regels geeft over openbaarheid van het verkeer tussen bestuur en vertegenwoordigende lichamen), *procedurele* openbaarheid (die regels geeft over de toegang tot informatie tijdens procedures) en algemene openbaarheid (die vooral in de Wet openbaarheid van bestuur (Wob) wordt geregeld).

Hoewel de Awb en de Wob naast elkaar bestaan,[4] zijn de vragen over de toepassing daarvan vergelijkbaar. Zowel bij processuele openbaarheid als bij algemene openbaarheid kan van tegengestelde belangen sprake zijn. Tegenover het belang van de openbaarheid of het belang van toegang tot bepaalde informatie, kunnen belangen staan die zich tegen de openbaarheid of toegang verzetten. Daarbij kan worden gedacht aan het belang van de bescherming van bedrijfsvertrouwelijke informatie of het belang van de persoonlijke levenssfeer en overheidsbelangen, zoals het belang van de nationale veiligheid, het belang van de internationale betrekkingen en opsporings- en toezichtsbelangen. Daarom ga ik in deze bijdrage ook in op de betekenis van het EVRM voor de toepassing van de Wob.

2 Enkele relevante beginselen

Het recht op een eerlijk proces en de vrijheid van meningsuiting zijn voor openbaarheid van bestuur het meest van belang.[5] Individuen kunnen daarnaast aan het recht

---

3 ABRvS (GK) 29 januari 2014, *AB* 2014/115, m.nt. T. Barkhuyzen en M.L. van Emmerik, ECLI:NL:RVS:2014:188 en HR 21 maart 2014, *JB* 2014/100, ECLI:NL:HR:2014:636.

4 Ooit heeft het idee bestaan om de Wob in de Awb op te nemen. Zie E.J. Daalder, *Toegang tot overheidsinformatie: het grensvlak tussen openbaarheid en vertrouwelijkheid* (diss. Leiden), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2005, par. 4.2.

5 Soms kan aan andere beginselen, zoals het recht op leven en het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer, ook een recht op specifieke informatie worden ontleend. Zie daarover E.J. Daalder, 'The Right to Information under the European Convention on Human rights', in: M. van Roosmalen (red.), *Fundamental Rights and Principles. Liber Amicorum Pieter van Dijk*, Cambridge/Antwerpen: Intersentia 2013, p. 504-511.

op bescherming van de persoonlijke levenssfeer een recht op inzage ontlenen in hen betreffende persoonsgegevens. Vanuit de Europese Unie is met name door middel van Richtlijn 95/46/EG van het Europees Parlement en de Raad van 24 oktober 1995 betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens (*PbEG* 1995, L 281; de Privacyrichtlijn) hieraan invulling gegeven.[6] Ik beperk mij in dit verband tot het recht op een eerlijk proces en het recht op vrijheid van meningsuiting.

Onderdeel van het recht op een eerlijk proces, zoals dat is neergelegd in artikel 6 EVRM,[7] is het recht op toegang tot relevante bewijsstukken (processuele openbaarheid). Dat recht is echter niet absoluut: volgens vaste rechtspraak kunnen andere zwaarwegende belangen dat recht beperken. De lidstaten hebben daarbij een *margin of appreciation*, maar het recht op toegang tot de rechter mag niet in zijn kern worden aangetast, de gestelde beperkingen moeten een rechtmatig doel dienen en aan de eis van evenredigheid moet zijn voldaan.[8] Het Hof van Justitie heeft beslist dat het belang bij de bescherming van bedrijfsvertrouwelijke informatie kan meebrengen dat de rechter niet alleen vertrouwelijk van informatie kennis mag nemen, maar juist, in het kader van een eerlijk proces, dat ook *moet* doen om een eerlijk proces voor de betrokken onderneming te garanderen.[9] In de Model Rules is het recht op toegang tot relevante stukken neergelegd in artikel III-22:

> '(1) Every party has a right of access to his or her file, while respecting the legitimate interests of confidentiality and of professional and business secrecy.
> (2) If documents contain confidential information or professional or business secrets, the public authority must, where possible, provide a non-confidential version or summary of the documents. (...)'

Een nadere definitie van het begrip *file* ontbreekt. In artikel III-22, vijfde lid, is bepaald dat '(t)he right of access to the file does not cover access to documentation that is irrelevant and bears no relation to the allegations of fact or law in the particular case'. In hoeverre dit overeenkomt met wat in de Awb wordt aangeduid als 'de op de zaak betrekking hebbende stukken' is onduidelijk.[10]

Sinds een aantal jaren is er discussie over de vraag of aan artikel 10 EVRM een recht op informatie kan worden ontleend. Aanvankelijk was het EHRM van oordeel dat

---

6 Zie bijvoorbeeld ABRvS 16 juli 2014, *JB* 2014/183, m.nt. G. Overkleeft-Verburg, ECLI:NL:RVS:2014:2594.

7 Ik bespreek hier artikel 6 EVRM. In artikel 47 van het EU-Handvest is het recht op een eerlijk proces neergelegd.

8 EHRM 16 februari 2000, Appl. No. 28901/95 (*Rowe and Davis t. Verenigd Koninkrijk*) en EHRM 28 mei 1985, Appl. No. 8225/78 (*Ashingdane t. Verenigd Koninkrijk*).

9 HvJ EU 14 februari 2008, zaak C-450/06, *AB* 2008/341, m.nt. R.J.G.M. Widdershoven (*Varec*).

10 Zie artikelen 7:4, 7:18 en 8:42 Awb. Vgl. voor een ruime uitleg HR 25 april 2008, *AB* 2009/407, m.nt. L.J.A. Damen, ECLI:NL:HR:2008:BA3823 en CBb 24 april 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BW3574 (alle informatie waarvan belanghebbende gemotiveerd aan kan tonen dat die voor zijn zaak van belang kan zijn).

in dit artikel geen recht op informatie was vervat.[11] Gaandeweg zijn er uitspraken gewezen die in een andere richting wijzen. In een uitspraak van 28 november 2013 lijkt het Hof definitief te hebben gekozen voor een tussenoplossing: persorganen en *non-governmental organisations* kunnen zich op artikel 10 EVRM beroepen als de overheid hun zonder goede grond informatie onthoudt.[12] In het door Nederland wel gesloten, maar nog niet goedgekeurde Verdrag van Tromsø, een verdrag binnen de Raad van Europa waarin de uitgangspunten voor openbaarheid van bestuur zijn neergelegd, wordt in artikel 2 voor eenieder een afdwingbaar recht op informatie erkend.[13]

In toenemend mate komt het in het EU-recht ontwikkelde *transparantiebeginsel* in beeld. Het lastige is dat een eenduidige definitie van wat het transparantiebeginsel precies inhoudt ontbreekt. Zo onderscheidt Buijze in haar in 2013 verschenen dissertatie maar liefst zes categorieën van transparantieverplichtingen.[14] Als juridische norm 'the principle of transparancy obliges public authorities to strive toward an ideal state of transparency, without prescribing the exact manner in which they should do this', aldus Buijze.[15] Het transparantiebeginsel wordt vaak in verband gebracht met het recht van de Europese burger en dan vooral de homo economicus om inzicht te krijgen in besluitvorming door de overheid teneinde het functioneren van de interne markt te beschermen.[16] Dat sluit aan bij de rechtspraak van Hof van Justitie over de grondslag voor het in Verordening 1049/1001 (de Eurowob) neergelegde recht op informatie. In artikelen 1 en 15 VWEU is een vorm van het transparantiebeginsel opgenomen door wat het Hof noemt een 'beginsel van openheid', dat een grotere legitimiteit en meer doelmatigheid en verantwoordelijkheid van de administratie ten opzichte van de burgers binnen een democratisch systeem waarborgt.[17] Alemanno betoogt dat waar voorheen openheid en transparantie elkaar grotendeels overlapten, het beginsel van openheid niet alleen is gericht op (een recht op) toegang tot informatie, maar veel breder een verplichting inhoudt voor de overheid om participatie mogelijk te maken: 'openness covers various and broader forms of participation in the operations of EU institutions and imposes on them a prescriptive, pro-active duty to seek broader participation from citizens and a diverse array of other stakeholders in order to attain broader democratic objectives'.[18] In het kader

---

11 EHRM 18 mei 2004, Appl. No. 42841/02 (*Eccleston t. Verenigd Koninkrijk*).

12 EHRM 28 november 2013, Appl. No. 39534/07 (*Österreichische Vereinigung zur Erhaltung, Stärkung und Schaffung t. Oostenrijk*).

13 http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/html/205.htm.

14 A. Buijze, *The Principle of Transparency in EU Law*, Den Bosch: Uitgeverij BOXPress 2013.

15 Buijze 2013, p. 75.

16 Zie daarover recent – in het kader van verdeling van schaarse rechten – A. Drahmann, 'Hoe kunnen transparantieverplichtingen worden geïntroduceerd in het Nederlandse bestuursrecht bij de verdeling van schaarse besluiten', NTB 2014/11, p. 86-95.

17 HvJ EU 9 november 2010, zaak C-92/09, JB 2011/1, m.nt. G. Overkleeft-Verburg, r.o. 68. Zie ook HvJ EU 21 juli 2011, zaak C-506/08 (*MyTravel Group*), r.o. 72 en HvJ EU 29 juni 2010, zaak C-28/08 P, NJ 2010, 480, r.o. 54 (*Commissie t. Bavarian Lager*).

18 A. Alemanno, 'Unpacking the Principle of Openness in EU Law.Transparency, Participation and Democracy', binnenkort te raadplegen in ELRev. (http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2303644).

van deze bijdrage kan uit deze zeer summiere analyse van het transparantiebeginsel in ieder geval worden afgeleid dat er los van bestaande, in het EVRM neergelegde, beginselen een recht op openheid bestaat, dat ten minste bij vragen naar toegang tot informatie een rol speelt en dat aan dat recht nadere invulling kan of in ieder geval zou kunnen worden gegeven.

3 Toepassing van deze beginselen in de nationale rechtspraak

Zolang het recht op een eerlijk proces niet in de Nederlandse wetgeving is vastgelegd, zal dit recht door toepassing van artikel 6 EVRM moeten worden verzekerd. Nu is artikel 6 EVRM alleen van toepassing op gevallen waarin burgerlijke rechten en verplichtingen aan de orde zijn of wanneer er sprake is van een 'criminal charge'. Soms wordt artikel 6 EVRM via het rechtszekerheidsbeginsel toegepast.[19] In een recente uitspraak heeft de Afdeling de toepasselijkheid van artikel 6 uitgebreid tot andere gevallen door het als een algemeen aanvaard rechtsbeginsel te kwalificeren, dat los van artikel 6 EVRM in de Nederlandse rechtsorde geldt. In een zaak waar het ging om toepassing van de Wet openbaarheid van bestuur overwoog de Afdeling het volgende:

> '(...) Zoals de Afdeling eerder heeft overwogen (onder meer de uitspraak van 30 april 2014 in zaak nr. 201307113/1/A3, ECLI:NL:RVS:2014:1567), is artikel 6 van het EVRM niet van toepassing op procedures ingevolge de Wet openbaarheid van bestuur (hierna: Wob), aangezien hierin het algemeen belang bij openbaarmaking aan de orde is en niet enig burgerrechtelijk recht of enige burgerrechtelijke verplichting van de verzoeker. Dit betekent evenwel niet dat aan de in deze bepalingen vervatte waarborgen geen betekenis toekomt, voor zover het de aan een rechtsprekend orgaan en aan de door dat orgaan gevolgde procedures te stellen eisen betreft. Het recht op een eerlijk proces, waaronder begrepen het recht op gelijke proceskansen (equality of arms), als algemeen aanvaard rechtsbeginsel, dat aan artikel 6 van het EVRM mede ten grondslag ligt, geldt immers evenzeer binnen de nationale rechtsorde en evenzeer los van die verdragsbepaling. Aangezien het bepaalde in artikel 6 van het EVRM op dat rechtsbeginsel berust, wordt aansluiting gezocht bij de jurisprudentie van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (hierna: het EHRM) over de uitleg van deze verdragsbepaling.'[20]

Artikel 8:29 Awb voorziet in de mogelijkheid voor een partij die verplicht is de rechter informatie te verschaffen om aan de rechter te vragen te bepalen dat alleen de rechter van de informatie kennisneemt (beperkte kennisneming). Daarvoor is het bestaan van gewichtige redenen noodzakelijk. Indien de (geheimhoudingskamer van) de rechtbank of het appèlcollege beperkte kennisneming toelaatbaar acht, mag de rechter slechts kennisnemen van de geheime stukken met toestemming van de

---

19 ABRvS (GK) 29 januari 2014, *AB* 2014/115, m.nt T. Barkhuyzen en M.L. van Emmerik, *JB* 2014/107, m.nt. D.G.J. Sanderink, ECLI:NL:RVS:2014:188.

20 ABRvS 1 oktober 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3547.

andere partij(en) in de procedure. Bij de toepassing van artikel 8:29 Awb en in het bijzonder bij de beoordeling van de vraag of een beroep van een bestuursorgaan op gewichtige redenen kan worden aanvaard, speelt het recht op een eerlijk proces een belangrijke rol. Volgens vaste rechtspraak is de regeling in de Awb voor beperkte kennisneming op zichzelf niet in strijd met artikel 6 EVRM.[21] Het beginsel van een eerlijk proces brengt echter wel mee dat de geheimhoudingskamer nauwkeurig moet bezien of met beperkte kennisneming kan worden ingestemd. Zo overwoog het Hof Den Bosch bijvoorbeeld het volgende:

> 'Zo dit al niet voortvloeit uit de artikelen 8:42 en 8:29 van de Awb, brengt in ieder geval het van toepassing zijn van artikel 6, eerste lid, van het Europees verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM) – aan belanghebbende zijn immers belastingaanslagen met boetes opgelegd – mee dat bij het geheimhouden voor de Kamer die de hoofdzaak beslist en voor belanghebbende van (delen van) op de zaak betrekking hebbende stukken de grootst mogelijke terughoudendheid dient te worden betracht.
> (...) Beslissend bij de vraag of de Inspecteur zich terecht op geheimhouding beroept is niet of op de zaak betrekking hebbende stukken of onleesbaar gemaakte delen daarvan en/of bekendmaking van de identiteit van personen voor de verdediging van belanghebbendes standpunt noodzakelijk of essentieel zijn en ook niet of kennisneming door belanghebbende voor de verdediging van zijn standpunt van belang zou kunnen zijn. Slechts indien de door de Inspecteur voor geheimhouding aangevoerde redenen aanzienlijk zwaarder wegen dan het belang van belanghebbende bij onbeperkte kennisneming van (delen van) de op de zaak betrekking hebbende stukken is sprake van gewichtige redenen die geheimhouding rechtvaardigen.'[22]

Indien de wederpartij van de overheid weigert om toestemming te geven, zal de rechter niet van de geheime stukken kennis kunnen nemen. Veelal betekent dit dat de gevolgen van de weigering voor rekening komt van de partij die de toestemming heeft geweigerd. Door het onthouden van toestemming ontneemt hij de rechter immers de mogelijkheid om van de geheime stukken kennis te nemen.[23] Problemen kunnen ontstaan wanneer er sprake is van meerdere partijen, waarvan een of meer wel, maar andere geen toestemming tot beperkte kennisneming geven. Dat deed zich bijvoorbeeld voor in de beroepszaak van meer dan 700 appellanten tegen het besluit van de minister van Financiën tot onteigening van SNS. Tot de op de zaak betrekking hebbende stukken behoorden twee rapporten met waardering van de vastgoedportefeuille van SNS Properties, die veel bedrijfsvertrouwelijke informatie bevatten. De geheimhoudingskamer van de Afdeling had ten aanzien van die passages bepaald dat beperkte kennisneming gerechtvaardigd was. Enkele appellanten

---

21 EHRM 20 juli 2010, 2010, Appl. No. 4900/06 (*A. t. Nederland*) en ABRvS 10 november 2010, *JB* 2010/66, m.nt. M. Overkleeft-Verburg, ECLI:NL:RVS:2010:BL1852.

22 Hof Den Bosch 3 april 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:1033. Zie ook Hof Den Bosch 6 juni 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:1714.

23 ABRvS 28 september 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BT2795. Zie over het toestemmingsvereiste in het algemeen kritisch M. Schreuder-Vlasblom, 'Met kennis van zaken. De voorlichting van rechter, partijen en publiek in het bestuursprocesrecht', *JBplus* 2012, p. 298-325.

hadden de Afdeling toestemming tot kennisneming van de rapporten geweigerd. De Afdeling bestuursrechtspraak was van mening dat als gevolg van de opstelling van deze appellanten anderen werden benadeeld. Met verwijzing naar artikel 6 EVRM kwam de Afdeling tot de volgende oplossing:

> 'In artikel 8:29 van de Awb is niet voorzien in een bijzondere regeling voor gedingen, waarbij meer dan twee partijen zijn betrokken. De Afdeling ziet zich in deze zaak voor de vraag gesteld of de weigering van sommige appellanten om toestemming, als bedoeld in artikel 8:29, vijfde lid, van de Awb, te geven, tot gevolg dient te hebben dat de Afdeling zonder kennis te hebben genomen van de passages waarvan de beperking van de kennisneming gerechtvaardigd is geacht, uitspraak doet, terwijl een aantal andere appellanten juist uitdrukkelijk heeft betoogd dat de Afdeling wel kennis dient te nemen van die passages. In dit uitzonderlijke geval heeft de Afdeling, teneinde de ingevolge artikel 6 van het EVRM vereiste volledige rechtmatigheidstoetsing van het onteigeningsbesluit te kunnen verrichten, aanleiding gezien om – nadat zij tot het hiervoor in 17.3.3. weergegeven oordeel was gekomen – alsnog kennis te nemen van de volledige rapporten van E&Y en C&W. In de inhoud daarvan ziet de Afdeling evenwel geen aanleiding om tot een ander oordeel te komen dan hiervoor is overwogen.'[24]

In artikel 87 WIV 2002 is een van artikel 8:29 Awb afwijkende regeling opgenomen voor op de zaak betrekking hebbende stukken van inlichtingendiensten in zaken over de toepassing van de WIV 2002 of de Wet veiligheidsdiensten. Die regeling houdt in dat als het bestuursorgaan stukken aan de rechter zendt met een verzoek om beperkte kennisneming, toepassing van artikel 8:29, derde lid, Awb, en daarmee beoordeling door de rechter van de vraag of gewichtige redenen zich tegen kennisneming van de andere partij(en) verzetten, achterwege blijft. De Afdeling heeft dit in strijd met artikel 6 EVRM geacht:

> 'Uit de jurisprudentie van het EHRM (onder meer het arrest van 28 mei 1985, Ashingdane tegen het Verenigd Koninkrijk (www.echr.coe.int) blijkt dat in artikel 6 van het EVRM niet een absoluut recht op toegang tot de rechter is neergelegd. Aan de verdragsstaten komt een zekere beoordelingsvrijheid toe met gebruikmaking waarvan zij regels kunnen stellen die zekere beperkingen inhouden, mits daardoor het recht op toegang tot de rechter niet in zijn kern wordt aangetast, de gestelde beperkingen een rechtmatig doel dienen en aan de evenredigheidseis is voldaan.
> Het recht op een eerlijk proces als bedoeld in artikel 6 van het EVRM omvat onder meer het recht op gelijke proceskansen (equality of arms) en het daarmee verbonden recht op openbaarmaking van bewijs (right to disclosure of evidence).
> (...)
> Op grond van de hiervoor weergegeven rechtspraak van het EHRM is de Afdeling van oordeel dat indien de veiligheid van de staat in het geding is, het belang van die veiligheid een gerechtvaardigde grond kan zijn om de wederpartij kennisneming te onthouden van bewijsstukken waarvan de rechter wel kennisneemt. Uit de recente rechtspraak

24 ABRvS 25 februari 2013, *AB* 2013/146, m.nt. O.J.D.M.L. Jansen, ECLI:NL:RVS:2013:BZ2265.

van het EHRM, in het bijzonder de arresten van 19 februari 2009 (nr. 3455/05; A. e.a. tegen Verenigd Koninkrijk, EJD) en 5 juni 2009 (nr. 6293/04; Mirilashvili tegen Rusland), in onderling verband bezien, volgt naar het oordeel van de Afdeling evenwel dat zo een beperkte kennisneming, in het licht van de eisen die in artikel 6 van het EVRM aan de eerlijkheid van het proces zijn gesteld, slechts toelaatbaar is als is voldaan aan de volgende voorwaarden. De rechter moet bevoegd zijn en in de gelegenheid worden gesteld te onderzoeken en te beslissen of zo een beperkte kennisneming noodzakelijk en gerechtvaardigd is. Hij dient daarbij een afweging te maken tussen het belang van de staatsveiligheid dat wordt gediend met vertrouwelijkheid en het belang van de wederpartij bij kennisneming van het tegen haar ingebrachte bewijs. Bij die afweging betrekt de rechter de aard van de zaak en de resterende mogelijkheden voor de wederpartij om, overeenkomstig de eisen van een procedure op tegenspraak en gelijkheid van proceskansen, zijn standpunt in het geding te bepalen en naar voren te brengen. Aan de hand van die afweging dient de rechter te beoordelen of de onthouding van kennisneming is gerechtvaardigd. De beslissing die de rechter op basis van die beoordeling neemt, dient toereikend te zijn gemotiveerd.
Hiervan uitgaande is de Afdeling, anders dan in de uitspraak van 13 juni 2007, zaak 200606586/1 (ECLI:NL:RVS:2007:BA7084, EJD) en anders dan de rechtbank in aansluiting op die uitspraak in de aangevallen uitspraak heeft overwogen, thans van oordeel dat aan de uit de recente rechtspraak van het EHRM af te leiden eisen niet wordt voldaan als de rechter kennisneemt van stukken waarvan de kennisneming aan een partij is onthouden en mede op basis van die stukken de zaak beoordeelt, zonder dat hij van tevoren op de hiervoor uiteengezette wijze heeft beoordeeld en beslist of en in hoeverre beperkte kennisneming van die stukken is gerechtvaardigd.
Ingevolge artikel 87, eerste lid, eerste volzin, van de Wiv is het uitsluitend aan de minister te beoordelen en te beslissen over de gerechtvaardigdheid van de beperkte kennisneming. Voor zover in die wettelijke bepaling artikel 8:29, derde lid, van de Awb buiten toepassing is verklaard, moet artikel 87, eerste lid, eerste volzin, van de Wiv naar het oordeel van de Afdeling in dit geval buiten toepassing blijven. De Afdeling baseert dit oordeel op de door het EHRM ontwikkelde rechtspraak over het in artikel 6, eerste lid, van het EVRM vervatte recht op openbaarmaking van bewijs. Daarbij neemt de Afdeling in aanmerking dat artikel 6 een ieder verbindende, rechtstreeks werkende bepaling is als bedoeld in artikel 94 van de Grondwet, gelezen in samenhang met artikel 93 van de Grondwet. Dit betekent dat artikel 8:29, derde lid, van de Awb in dit geval wel moet worden toegepast.'[25]

Niet altijd zijn geheime stukken zonder toelichting begrijpelijk. Het komt voor dat de rechter behoefte aan die toelichting heeft, maar deze niet kan worden gegeven als de wederpartij van de toelichting kennis neemt. In de eerder genoemde uitspraak van de Afdeling van 1 oktober 2014 was sprake van een geval waarin de rechter, met toestemming van de wederpartij, buiten diens aanwezigheid zich door de vertegenwoordiger van het bestuursorgaan had laten voorlichten over geheime stukken. De Afdeling overwoog het volgende:

---

25 ABRvS 30 november 2011, *AB* 2012/142, m.nt. T Barkhuysen en M.L. van Emmerik, *JB* 2012/11, ECLI:NL:RVS:2011:BU6382.

'Voorts volgt uit het proces-verbaal van de op 8 april 2013 gehouden zitting bij de rechtbank dat het onderzoek ter zitting, zij het met toestemming van [wederpartij], buiten diens aanwezigheid is voortgezet. De rechtbank lijkt hiertoe te hebben beslist teneinde nadere inlichtingen over de ter zake geheime stukken te verkrijgen.
Deze procesbeslissing van de rechtbank raakt aan het recht op gelijke proceskansen (equality of arms). Eerbiediging van dat recht is een fundamenteel vereiste voor een eerlijke procedure en daarmee een kwestie van openbare orde. Daarom overweegt de Afdeling ambtshalve het volgende.
(...) Ingevolge artikel 6, eerste lid, van het Verdrag van de Rechten van de Mens en de fundamentele vrijheden (hierna: EVRM) heeft een ieder, bij het vaststellen van zijn burgerlijke rechten en verplichtingen of bij het bepalen van de gegrondheid van een tegen hem ingestelde vervolging, recht op een eerlijke en openbare behandeling van zijn zaak, binnen een redelijke termijn, door een onafhankelijk en onpartijdig gerecht dat bij de wet is ingesteld. De uitspraak moet in het openbaar worden gewezen maar de toegang tot de rechtszaal kan aan de pers en het publiek worden ontzegd, gedurende de gehele terechtzitting of een deel daarvan, in het belang van de goede zeden, van de openbare orde of nationale veiligheid in een democratische samenleving, wanneer de belangen van minderjarigen of de bescherming van het privéleven van procespartijen dit eisen of, in die mate als door de rechter onder bijzondere omstandigheden strikt noodzakelijk wordt geoordeeld, wanneer de openbaarheid de belangen van een behoorlijke rechtspleging zou schaden.
(...) Uit het arrest van het EHRM van 18 maart 2008, Dacia S.R.L. tegen Moldavië, nr. 3052/04 (www.echr.coe.int) is af te leiden dat een beperking van het beginsel van equality of arms op een wettelijke grondslag moet berusten en de wetgever, wil deze dit recht beperken, daarvoor goede redenen en waarborgen moet geven. Voorts is uit het arrest van 23 oktober 1996, Ankerl tegen Zwitserland, nr. 17748/91 (www.echr.coe.int) af te leiden dat het EHRM van belang acht of de procesbeslissing de uitkomst van de procedure kan beïnvloeden.
3.4. Uit het rechtbankdossier volgt dat [wederpartij] de rechtbank bij brief van 20 juli 2012 toestemming heeft verleend als bedoeld in artikel 8:29, vijfde lid, van de Awb.
Gezien het gestelde in artikel 8:29, gelezen in samenhang met artikel 8:45 van de Awb, staat het de rechter vrij met het oog op het verkrijgen van inzicht in de onder beperkte geheimhouding overgelegde documenten te vragen daarover nadere inlichtingen te geven, met inachtneming van de in die artikelen vervatte waarborgen.
De Afdeling stelt evenwel vast dat voormelde procesbeslissing van de rechtbank geen grondslag vindt in genoemde artikelen van de Awb. Deze vindt evenmin grondslag elders in de Awb dan wel in een andere wet. Voorts is deze beslissing niet met enige waarborgen omkleed. De rechtbank heeft [wederpartij] met deze beslissing niet in staat gesteld zijn belangen in gelijke mate ter zitting te behartigen als de raad. Hierdoor is hij in een nadelige positie ten opzichte van de raad komen te verkeren. De uitkomst van de beroepsprocedure kan hierdoor zijn beïnvloed. Naar het oordeel van de Afdeling heeft de rechtbank hiermee derhalve het beginsel van equality of arms beperkt. De Afdeling ziet geen grond voor het oordeel dat gewichtige redenen aanwezig waren

die deze beperking rechtvaardigen. De rechtbank heeft dit ten onrechte niet onderkend.'[26]

Uit het voorgaande blijkt dat het recht op een eerlijk proces, zoals neergelegd in artikel 6 EVRM, op verschillende wijzen de nationale bestuursrechtelijke regelgeving beïnvloedt. Het recht op een eerlijk proces beperkt de mogelijkheden voor het met een beroep op gewichtige redenen verzoeken om beperkte kennisneming, legt de beslissing over het bestaan van gewichtige redenen in handen van de rechter en verzet zich tegen het buiten aanwezigheid van de wederpartij geven van een toelichting op geheime stukken aan de rechter. Aan de andere kant kan aan artikel 6 EVRM voor een procespartij onder omstandigheden het recht worden ontleend dat de rechter van bepaalde stukken met toestemming van de betrokken procespartij kennisneemt.

De Afdeling bestuursrechtspraak is er steeds, zonder nadere motivering, van uitgegaan dat er sprake is van een in artikel 10 EVRM gewaarborgd recht om inlichtingen te ontvangen. Dat recht wordt betrokken bij de beoordeling van een besluit van een bestuursorgaan op een verzoek om informatie op grond van de Wob.[27] Tot nog toe heeft dat er niet toe geleid dat een verderstrekkend recht op informatie dan uit de Wob voortvloeit is aangenomen. Met betrekking tot het belang van het interne beraad binnen de overheid heeft de Afdeling bijvoorbeeld overwogen:

'Voorts betoogt appellant vergeefs dat hij op grond van artikel 10 van het EVRM recht heeft op verstrekking dan wel openbaarmaking van het advies. Met de bepalingen in de Wob is inmenging in het in artikel 10, eerste lid, van het EVRM gewaarborgde recht om inlichtingen te ontvangen in dit geval bij wet voorzien. Voorts is voldaan aan het vereiste dat de inbreuk op dat recht noodzakelijk is in het belang van het beschermen van de rechten van anderen. Artikel 10 van het EVRM vereist niet dat alle informatie verstrekt wordt of openbaar wordt gemaakt en biedt staten die partij zijn bij het verdrag de mogelijkheid bij wet beperkingen te verbinden aan het verstrekken dan wel openbaar maken van gegevens en documenten, bijvoorbeeld ter bescherming van het belang om in vertrouwelijke sfeer te kunnen "brainstormen" zonder vrees voor gezichtsverlies opdat bij de vormgeving van het beleid de betrokkenen in alle vrijheid hun gedachten en opvattingen kunnen uiten. Artikel 11 van de Wob voorziet in een dergelijke beperking. Derhalve bestaat geen grond voor het oordeel dat het college, door het gevraagde advies niet volledig te verstrekken dan wel openbaar te maken, in strijd met voormelde verdragsbepaling heeft gehandeld.'[28]

Hieruit blijkt dat de door de wetgever in de Wob opgenomen belangen die zich tegen openbaarheid kunnen verzetten als een bij wet voorziene beperking op het recht op

---

26 ABRvS 1 oktober 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3547.

27 ABRvS 19 januari 2011, *AB* 2011/148, m.nt. E.J. Daalder, ECLI:NL:RVS:2011:BP1315. Zie ook ABRvS 6 juni 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BW7604 en ABRvS 30 mei 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BW6945, BW6946, BW6947 en BW6954.

28 ABRvS 14 mei 2014, *AB* 2014/255, m.nt. E.J. Daalder en N. Bontje, ECLI:NL:RVS:2014:1708.

informatie in artikel 10 EVRM worden beschouwd, die daarnaast onder een van de belangen genoemd in artikel 10, tweede lid, EVRM kunnen worden gebracht.

5 Slotsom

Zowel de procedurele openbaarheid als de algemene openbaarheid wordt in nationale regelgeving geregeld. De Awb kent in de artikelen 7:4, 7:18 en 8:28 een regeling voor belanghebbenden om kennis te nemen van op de zaak betrekking hebbende stukken. Bijzondere regelingen, zoals bijvoorbeeld artikel 35 Wet persoonsgegevens, bevatten voor individuen een recht op inzage. Voorts kan eenieder met een beroep op de Wob informatie uit documenten over een bestuurlijke aangelegenheid krijgen. Het recht op een eerlijk proces, zoals neergelegd in artikel 6 EVRM, maar door de Afdeling uitgebreid tot alle bestuursrechtelijke procedures, beïnvloedt de keuzes die de nationale wetgever maakt. Voor het recht op inzage geldt dat dit volledig wordt genormeerd door de Privacyrichtlijn en daarmee door EU-regelgeving. Bij de toepassing van de Wob kent de Afdeling bestuursrechtspraak betekenis toe aan artikel 10 EVRM, zij het dat dit nog niet tot verdergaande openbaarheid heeft geleid.

Eerder in deze bijdrage heb ik gewezen op de toenemende betekenis binnen de EU van het transparantiebeginsel en het daarmee verband houdende recht op openheid. Hoewel er, anders dan in de rechtspraak van het Hof van Justitie, nog geen concrete voorbeelden in de nationale rechtspraak van de toepassing van het transparantiebeginsel en een recht op openheid bestaan, is de verwachting gerechtvaardigd dat naarmate ons bestuursrecht een meer Europese dimensie krijgt, dat in de toekomst zal veranderen.

Internationale informatie-uitwisseling in het belastingrecht

Peter Kavelaars[*]

1 Inleiding

Wat betreft de belastingheffing zijn landen vergaand autonoom, zelfs binnen het EU-recht. Het EU-recht kent betrekkelijk weinig regelgeving en lidstaten kunnen hun fiscale stelsel dan ook vrijwel geheel zelfstandig invullen. Grensoverschrijdende activiteiten van natuurlijke personen en rechtspersonen komen volop voor en dat betekent in de regel dat ook de daarmee samenhangende fiscale aspecten een grensoverschrijdend karakter hebben. Met name verdragen ter voorkoming van dubbele belasting moeten eventueel daaruit voortvloeiende inkomsten zo veel mogelijk voorkomen. Een belangrijk probleem voor de overheden is dat het veelal niet eenvoudig is greep te krijgen op buitenlandse inkomsten en vermogens. Dit speelt het duidelijkst bij particulieren omdat die al geen administratieverplichting hebben, maar daarnaast levert deze controleerbaarheid ook bij ondernemingen veelvuldig moeilijkheden op. Het is nu eenmaal vrij eenvoudig kapitaal in het buitenland te stallen zonder dat het land van de gerechtigde tot dat kapitaal en de daaruit voortvloeiende inkomsten daar goed zicht op heeft.

Hoewel er al zeer lang regelgeving bestaat om informatie uit te wisselen tussen landen, en uiteraard op de belastingplichtige de verplichting rust informatie te verstrekken, is de uitvoering daarvan lange tijd uiterst moeizaam. De laatste circa vijf jaren is daarin echter belangrijke verandering gekomen, vooral omdat de maatschappelijke opinie zich steeds meer is gaan verzetten tegen situaties waarin sprake is van belastingontduiking en belastingontwijking. Dit heeft overheden en instituties er ook toe aangezet de regelgeving uit te breiden, de controle te intensiveren en internationaal veel meer samen te werken. Deze ontwikkelingen hebben inmiddels zelfs geleid tot bijvoorbeeld het afschaffen van het bankgeheim in de EU-lidstaten en in Zwitserland. Meest recente ontwikkeling betreft de invoering van de zogenoemde FATCA, ofwel de Foreign Account Tax Compliance Act.[1] Het gaat hier om een door de Verenigde Staten tot stand gebrachte regelgeving die erin moet voorzien dat alle buiten de Verenigde Staten gevestigde financiële instellingen waar Amerikanen een rekening aanhouden, verplicht worden informatie betreffende die rekening

---

* Prof. dr. P. Kavelaars is hoogleraar Fiscale Economie aan de Erasmus Universiteit Rotterdam en directeur van het Wetenschappelijk Bureau van Deloitte Belastingadviseurs. Deze bijdrage is ontleend aan het door hem geschreven hoofdstuk 7 van: A.C.G.A.C. de Graaf, P. Kavelaars en A.J.A. Stevens, Internationaal belastingrecht, Deventer: Kluwer 2014, achtste druk.

1 Zie voor de hoofdlijnen P. Kavelaars, 'De Foreign Account Tax Compliance Act (FATCA)', NTFR-B 2013/8, p. 21-28. Zie tevens S.W. Bijl de Vroe en T.C. Valenbreder, FATCA: 'Taxation Without Representation', MBB 2013/5, p. 184-190.

aan de Amerikaanse fiscus over te leggen. Dit is een geheel nieuwe aanpak omdat informatie-uitwisseling normaliter via de Belastingdiensten van landen verloopt. Onder FATCA is dat niet het geval maar worden directe verplichtingen opgelegd aan buitenlandse financiële instellingen. Indien deze instellingen niet aan de verplichting voldoen, wordt door de Verenigde Staten op inkomensstromen vanuit dat land naar de desbetreffende financiële instelling een heffing van 30% gelegd. Omdat de informatieverstrekking door de buitenlandse financiële instellingen rechtstreeks aan de Amerikaanse Belastingdienst uitvoeringstechnisch weinig efficiënt is, worden momenteel verdragen gesloten tussen landen met de Verenigde Staten die er onder andere in voorzien dat de informatie eerst wordt verstrekt aan de Belastingdienst van het land waar de financiële instelling is gevestigd. Deze Belastingdienst verstrekt dan de gegevens aan de Amerikaanse Belastingdienst. Nederland is met de Verenigde Staten op 18 december 2013 een dergelijk verdrag (Intergovernmental Agreement; IGA) overeengekomen. Dit verdrag is gebaseerd op een van de twee modelverdragen die door de EU en de Verenigde Staten zijn ontwikkeld.

In deze bijdrage geef ik een overzicht van de diverse regelingen die voor de informatie-uitwisseling en eventuele andere bijstand bij de belastingheffing van betekenis zijn voor Nederland. Het betreft zowel enkele zuiver binnenlandse regelingen, als enkele verdragen e.d. Ik beperk me tot de belastingheffing en besteed dus geen aandacht aan de premieheffing en/of sociale zekerheid.

In par. 2 ga ik in op de informatieverplichtingen zoals die in de Nederlandse wetgeving is opgenomen, in par. 3 tot en met 6 komen de internationale bijstandsregelingen met betrekking tot de heffing aan de orde. In par. 7 wordt afgesloten met een bespreking van de bijstand bij invordering. Aan de onderling overlegprocedure zoals die in verdragen (art. 25 OESO) pleegt te zijn opgenomen ga ik voorbij.

2 Verplichtingen en de AWR[2]

De algemene inlichtingenverplichting ten aanzien van de belastingheffing is opgenomen in artikel 47 AWR en geldt voor eenieder en in alle situaties waarin sprake is van (potentiële) belastingplicht, derhalve ook in geval van buitenlandse belastingplicht en in situaties van binnenlandse belastingplicht waarbij buitenlandse inkomsten een rol spelen. De verplichting betreft de belastingplichtige; daarnaast is in artikel 53 AWR bepaald dat ook op derden een (identieke) informatieplicht rust, zij het dat die verplichting is beperkt tot zogenoemde administratieplichtigen. In essentie zijn dat rechtspersonen, alsmede natuurlijke personen die een onderneming drijven (art. 52 AWR). Een voorbeeld van deze derdeverplichting betreft de inhoudingsplichtige die verplicht is tot het verstrekken van informatie betreffende diens werknemers. Een andere verruiming ten opzichte van artikel 47 AWR is te vinden in artikel 47a AWR; deze bepaling richt zich in essentie op zich in het buitenland bevindende gegevens waaraan de fiscus niet op andere wijze kan komen en die wel van belang (kunnen) zijn voor de Nederlandse belastingheffing. Artikel 47a

2 Zie voor derdenonderzoek in internationaal verband E.C.J.M. van der Hel-van Dijk en R.N.J. Kamerling, 'Derdenonderzoeken in internationaal perspectief', *WFR* 2003/6544, p. 1387-1393.

AWR voorziet in een informatieverplichting die in het bijzonder betrekking heeft op internationale concerns en ondernemingen. In essentie gaat het erom dat onder voorwaarden het in Nederland gevestigde lichaam of de onderneming verplicht is informatie te verstrekken die in het bezit is van een buitenlands concernonderdeel, maar die van belang is of kan zijn voor de fiscale positie van de belastingplichtige. Belangrijkste voorwaarde is dat het gaat om een lichaam waarin een buitenlands lichaam of natuurlijk persoon een belang heeft van meer dan 50%.[3] Voor deze situatie rust op het binnenlandse lichaam de verplichting te voldoen aan de voorwaarden van artikel 47, eerste lid, AWR met betrekking tot deze buitenlandse 'beheerder' indien deze buitenlander de desbetreffende gegevens e.d. in zijn bezit heeft. Het voorgaande geldt krachtens artikel 47a, tweede lid, AWR in vergelijkbare zin ten aanzien van een buitenlandse vennootschap waarin het Nederlandse lichaam een belang heeft van meer dan 50%, alsmede ten aanzien van zustervennootschappen van de in Nederland gevestigde belastingplichtige. Het voorgaande heeft geen betekenis binnen de EU omdat daar de verder reikende Bijstandsrichtlijn (par. 5) van toepassing is, aldus artikel 47a, derde lid, AWR. Teneinde te voorkomen dat gevraagde inlichtingen zonder sanctie geweigerd kunnen blijven, bepaalt artikel 47a, vijfde lid, AWR dat die weigering geen verschoning oplevert voor de persoon aan wie om de informatie is verzocht. Zou deze de gevraagde informatie aldus niet (kunnen) leveren dan kan dat tot omkering van de bewijslast leiden. Deze sanctie gaat vrij ver, maar bedacht moet wel worden dat artikel 47a AWR in beginsel alleen ziet op meerderheidsbelangen zodat de persoon aan wie de informatie wordt gevraagd daaraan in principe steeds moet kunnen voldoen. Met name echter wanneer het bijvoorbeeld gaat om een binnenlandse dochter die informatie moet verstrekken omtrent haar buitenlandse moedervennootschap is die gedachte niet juist.

3 Inlichtingenverplichtingen en belastingverdragen

Er zijn momenteel ten aanzien van de bijstand bij heffing in specifieke belastingverdragen twee categorieën van bijstand. De eerste betreft artikel 26 OESO-MV[4] welke bepaling in principe in elk verdrag is opgenomen. Daarnaast is er een specifiek OESO-verdrag inzake de uitwisseling van inlichtingen hetwelk alleen wordt gesloten indien er geen OESO-conform verdrag tot stand komt en dat zich beperkt tot inlichtingenuitwisselingen op verzoek; dit zijn de zogenoemde Tax Information- and Exchange Agreements ofwel TIEA's.[5] Hierna wordt eerst ingegaan op artikel 26

3 Dan wel de buitenlander de zeggenschap heeft in het Nederlandse lichaam.

4 Nederland heeft met circa 90 landen belastingverdragen gesloten ter voorkoming van dubbele belasting. Deze zijn alle gebaseerd op het modelverdrag dat is ontwikkeld door de OESO. Ook de meest andere landen volgen dat modelverdrag. Ik duid dit verdrag hierna aan als OESO.

5 Nederland sluit die verdragen met landen die er geen volwaardig belastingstelsel op nahouden, veelal belastingparadijzen. Met dergelijke landen worden namelijk geen OESO-conforme normale belastingverdragen gesloten.

OESO en vervolgens wordt kort aandacht geschonken aan de specifieke inlichtingenverdragen.[6]

De informatie-uitwisseling op grond van artikel 26 OESO strekt zich in beginsel uit tot alle belastingplichtigen, derhalve tot zowel binnenlandse als buitenlandse belastingplichtigen; evenzo is de reikwijdte van de bepaling niet beperkt tot de in artikel 2 OESO genoemde belastingen. Dat betekent, aldus ook par. 10.1 van het commentaar, dat de informatie-uitwisseling zich tevens uitstrekt tot lokale belastingen. De informatie-uitwisseling pleegt in het algemeen drie vormen te kennen, te weten de automatische uitwisseling van inlichtingen, de spontane informatieverstrekking en de informatieverstrekking op verzoek. Deze drie vormen zijn niet in artikel 26 OESO vermeld maar wel in par. 9 van het OESO-commentaar (hierna: het commentaar).[7] In par. 9.1 van het commentaar zijn de belangrijkste karakteristieken van deze vormen van informatie-uitwisseling opgenomen die zijn ontleend aan het OESO-rapport *Tax Information Exchange between OECD-Member Countries: A Survey of Current Practices*, OESO, Parijs, 2004. Met name bij de informatieverstrekking op verzoek is van belang dat indien de Belastingdienst een dergelijk verzoek doet, hij eerst uitputtend moet hebben getracht alle nationale mogelijkheden uit te proberen teneinde de gewenste informatie langs die weg te verkrijgen. Probleem daarbij lijkt wel dat het voor de buitenlandse fiscus veelal ondoenlijk is te controleren of dat ook daadwerkelijk is gebeurd. Sinds medio 2012 bevat het commentaar (par. 5.1. e.v.) een uitdrukkelijke uiteenzetting omtrent de zogenoemde 'fishing expeditions'. Van de gevraagde informatie is met name van belang of die *moet* worden verstrekt, dan wel of sprake is van een dergelijke 'fishing expedition' in welk geval de informatieverstrekking achterwege mag blijven.

De reikwijdte van artikel 26 OESO is ruim.[8] Het artikel is zowel gericht op een juiste verdragstoepassing, als op een juiste toepassing van het nationale recht. Daartoe is ook te rekenen informatieverstrekking gericht op belastingontwijking en belastingfraude. Invorderingskwesties vielen oorspronkelijk in beperkte mate onder de reikwijdte van artikel 26 OESO, maar vallen momenteel onder artikel 27 OESO. In artikel 26, tweede lid, OESO is bepaald dat de lidstaat waaraan de informatie wordt verstrekt, deze gegevens waar het de geheimhoudingsplicht betreft op een zelfde wijze moet behandelen als de overige gegevens waarover de Belastingdienst de beschikking krijgt. Anders gezegd: de regels inzake geheimhouding van fiscale gegevens zoals die in de staat van ontvangst van die gegevens luiden, gelden ook voor de gegevens zoals die worden ontvangen op basis van artikel 26 OESO. Meer concreet betekent dit met name dat de verkregen informatie alleen mag worden gebruikt ten aanzien van de belastingplichtige op wie de informatie betrekking heeft en alleen kenbaar mag worden gemaakt ten aanzien van degenen die met de belastingheffing van die belastingplichtige te maken hebben.

---

6 Zie voor een overzicht van een aantal ontwikkelingen rond met name de uitwisseling binnen de OESO: L.E.C. Neve, 'Belastingparadijs en uitwisseling van fiscale informatie: de OESO-standaard', *WFR* 2009/6825, p. 1076-1084.

7 Dit is een uitvoerig commentaar bij het OESO-modelverdrag waaraan in de regel veel waarde en betekenis wordt toegekend.

8 Niettemin behoeft geen informatie verstrekt te worden indien de andere staat daarmee reeds bekend is, aldus RvS 16 april 1993, nr. R01.91.1731, V-N 1993, p. 3769.

De informatie mag niet worden doorgegeven aan een derde staat, tenzij daar uitdrukkelijk toestemming voor is verleend (zie par. 12.2 van het commentaar bij art. 26 OESO). In samenhang met het bepaalde in artikel 26, tweede lid, OESO bepaalt artikel 26, vierde lid, OESO dat de staat waaraan de informatie is verzocht, die moet verstrekken en zich daarbij niet kan beroepen op het feit dat dergelijke gegevens voor de eigen belastingheffing door die staat niet van belang zijn. Anders gezegd: de staat die verzocht wordt de informatie te verstrekken kan zich niet beroepen op een geheimhoudingsplicht (zie ook art. 26, derde lid, OESO en par. 14 van het commentaar), een beperktere nationale regelgeving of een bankgeheim e.d. Wel zijn in voorkomende gevallen de beperkingen van toepassing die voortvloeien uit het derde lid van artikel 26 OESO (zie hierna).

Creëert het eerste lid van artikel 26 OESO de mogelijkheden tot een ruime informatie-uitwisseling, het derde lid brengt een drietal beperkingen aan,[9] te weten (zie voor een uitgebreide toelichting op deze bepalingen par. 14 t/m 19 van het commentaar):

a. de verstrekking behoeft niet verder te gaan dan de wet en de administratieve regels die gelden in de staat die wordt verzocht de inlichtingen te verstrekken; overigens kan het wel zo zijn dat de staat waaraan het inlichtingenverzoek wordt gericht extra onderzoek moet doen teneinde over de desbetreffende informatie te beschikken;
b. de verzoekende staat mag niet meer informatie verkrijgen langs de weg van artikel 26 OESO dan die staat zou kunnen krijgen volgens zijn eigen wetgeving;
c. gegevens waarop het ambts- en beroepsgeheim betreffende de belastingplichtigen of derden betrekking hebben, behoeven niet te worden verstrekt. In principe moet deze geheimhoudingsplicht zo beperkt mogelijk worden toegepast, teneinde te voorkomen dat de inlichtingenbepaling te veel wordt gefrustreerd. Zie inzake de geheimhoudingsverplichting van een advocaat par. 19.3 en 19.4 van het commentaar waar ook een specifieke voorziening is opgenomen die in een verdrag kan worden opgenomen. In par. 19.2 van het commentaar wordt aandacht geschonken aan complicaties die samenhangen met bedrijfsgeheimen e.d. Tot slot wordt in par. 19.5 aangegeven op welke wijze moet worden omgegaan met gegevensuitwisseling die de belangen van de informatieverstrekkende staat zelf zou kunnen schaden. Het bankgeheim valt evenzeer onder de onderhavige uitzondering, maar kan in beginsel ook onder eerder genoemde beperkingen worden gerangschikt; zie tevens artikel 26, vijfde lid, OESO.[10]

Ten aanzien van de hiervoor genoemde uitzonderingen is van belang te onderkennen dat degene ten aanzien van wie de informatie wordt gevraagd, niet wordt beschermd indien de staat waaraan de informatie is verzocht – niettegenstaande het bepaalde in het derde lid van artikel 26 OESO – overgaat tot het verstrekken van aldaar

---

9 Het gaat hier om potentiële weigeringsgronden; er behoeft geen gebruik van te worden gemaakt. Wel is het zaak dat er een behoorlijke belangenafweging plaatsvindt, aldus RvS 1 augustus 1993, nr. R01.91.1844.77-125, V-N 1993, p. 4152.

10 Zie over de ontwikkelingen inzake het bankgeheim, mede in relatie tot art. 26 OESO: P. Kavelaars, 'Het bankgeheim: enkele ontwikkelingen', NTFR 2009/1528, p. 1.

bedoelde gegevens. Aan voornoemd derde lid komt derhalve geen directe werking toe. Ook derden kunnen zich niet op de onderhavige bepalingen beroepen. In artikel 26, vijfde lid, OESO is bepaald dat de staat waaraan om informatieverstrekking is verzocht deze niet kan weigeren in de zin van het derde lid door zich te beroepen op de omstandigheid dat de informatie zich bevindt bij een financiële instelling, een vertrouwelijk persoon of een persoon met wie een bijzondere relatie bestaat e.d. In feite wordt met deze bepaling het bankgeheim expliciet terzijde geschoven. Overigens wordt in par. 19.10 van het commentaar opgemerkt dat deze bepaling geen wijziging inhoudt van hetgeen voorheen reeds voortvloeide uit artikel 26 OESO: de bepaling is derhalve een explicitering van hetgeen geldend verdragsrecht was.

In 2012 is in par. 10.4-10.6 van het commentaar een potentieel zesde lid van artikel 26 OESO opgenomen. Dit lid voorziet in de mogelijkheid om de uitwisseling van de inlichtingen te versnellen.

Indien tussen landen geen belastingverdrag is gesloten kan het zijn dat landen toch een regeling inzake informatie-uitwisseling wenselijk achten. Met name de laatste jaren is dat het geval in verband met de toenemende strijd tegen zwart geld. De reden dat landen geen 'normaal' belastingverdrag wenselijk vinden, is er meestal in gelegen dat een van de landen een belastingregime kent dat te fiscaalvriendelijk is. Een andere reden kan zijn dat tussen de landen eigenlijk geen noemenswaardige activiteiten plaatsvinden zodat het niet heel zinvol is een verdrag te sluiten. Niettemin is er in de regel wel vaak de wens om de informatie-uitwisseling te regelen. Nederland is daar een groot voorstander van. Teneinde hieraan tegemoet te komen is door de OESO de TIEA ontwikkeld. Nederland sluit momenteel op grote schaal wereldwijd van deze verdragen voor zichzelf.[11] Datzelfde geldt binnen het Koninkrijk ten behoeve van de BES, Aruba, Curaçao en St. Maarten. De reikwijdte van de TIEA's is vergelijkbaar met die van artikel 16 OESO, zij het dat de TIEA's niet voorzien in spontane en automatische uitwisseling van inlichtingen.

De OESO heeft in 2014 een model gepubliceerd ten behoeve van de praktische uitvoering van de informatie-uitwisseling inzake automatische informatie-uitwisseling, de zogenoemde Standard for Automatic Exchange of Financial Account Information. Het model heeft de vorm van een verdrag dat tussen landen kan worden gesloten. In feite bestaat het model uit twee onderdelen, te weten het daadwerkelijke verdrag dat betrekking heeft op de inhoudelijke kant van de informatie-uitwisseling (Model Competent Authority Agreement; CAA); daarnaast is er een tweede model dat met name betrekking heeft op de feitelijke uitvoering van de informatie-uitwisseling (Common Reporting and Due Dilligence Standard; CRS). De CAA is gebaseerd op artikel 26 OESO of op de Multilateral Convention on Mutual Administrative Assistance in Tax Matters. De CRS moet in de nationale regelgeving worden geïmplementeerd.

De informatie-uitwisseling heeft betrekking op een breed scala van soorten inkomsten, te weten: rente, dividenden, inkomsten ontleend aan bepaald verzekeringen en vergelijkbare inkomsten. Wat betreft de financiële instellingen die

---

11 Zie voor een overzicht van de door Nederland tot stand gebrachte TIEA's de brief van de Staatssecretaris van Financiën van 1 juni 2011, nr. IFZ2011/388U, V-N 2011/29.12. Een overzicht is te vinden op de website van het Ministerie van Financiën.

informatie moeten aanleveren is eveneens een ruime omschrijving gehanteerd. Naast banken gaat het onder andere om beleggingsinstellingen en bepaalde verzekeringsmaatschappijen. Ten aanzien van het soort rekeningen gaat het om zowel rekeningen van natuurlijke personen, als om die van entiteiten zoals trusts, fondsen en stichtingen. Er wordt rekening gehouden met geheimhoudingsregels die landen hanteren.

Een groot aantal landen heeft te kennen gegeven de onderhavige vorm van automatische informatie-uitwisseling te implementeren. Dit zijn in elk geval de landen die deel uitmaken van de OESO en daarnaast een groot aantal andere landen. In totaal ging het in mei 2014 al om circa zestig landen.

De CAA bestaat uit zeven secties. Sectie 1 bevat de definities. De belangrijkste definities betreffen (Reporting, resp. non-Reporting) Financial Institutions, Reportable Accounts en Tax Identification Numbers. Sectie 2 bevat de te verstrekken informatie. Deze informatie moet jaarlijks automatisch worden uitgewisseld. Het gaat hierbij met name om naam, adres, TIN, geboorteplaats, geboortedatum, het rekeningnummer, de naam en het nummer van de financiële instelling, het saldo van de rekening per ultimo van het jaar of bij beëindiging van de rekening.

In sectie 3 is bepaald dat de informatie uiterlijk binnen negen maanden na afloop van het jaar moet worden verstrekt. De karakterisering van de betalingen vindt steeds plaats naar het land dat de informatie verstrekt. Tevens is vereist dat beide landen wetgeving hebben die voorziet in de verstrekking van dergelijke informatie. Sectie 4 bepaalt dat wanneer een overheid van de verstrekkende staat constateert dat de informatie onjuist of onvolledig is, dit moet worden gemeld aan de andere staat. Sectie 5 regelt de vertrouwelijkheid van de informatieverstrekking. De informatie mag niet voor andere doeleinden worden gebruikt. De procedure inzake informatie-uitwisseling moet ook vertrouwelijk zijn. Sectie 6 bevat een bepaling voor onderling overleg. Sectie 7 regelt de looptijd.

De CRS bestaat uit negen secties. Sectie 1 bevat de algemene voorwaarden voor rapportering door een financiële instelling met betrekking tot een rekening waarover informatie moet worden verstrekt (reportable account). Het gaat hierbij in essentie om de zogenoemde NAW-gegevens, de hoogte van het saldo per ultimo van het jaar ten aanzien van bepaalde typen rekening, en het bedrag aan bruto-opbrengsten. Tevens moet de munteenheid worden vermeld. Onder omstandigheden hoeven de TIN en/of de geboortedatum niet te worden verstrekt.

Sectie 2 heeft betrekking op algemene due dilligence voorwaarden. Sectie 3 betreft due dilligence eisen met betrekking tot op het moment waarop de regelgeving in werking treedt, bestaande individuele rekeningen (preexisting individual accounts). Daarbij wordt een aantal soorten rekeningen onderscheiden waarvoor verschillende voorwaarden gelden (Cash Value Insurance contract, Lower Value Accounts, High Value Accounts). Sectie 4 ziet op due dillegence voorwaarden met betrekking tot in de toekomst nieuw te openen individuele rekeningen (new individual accounts). Vervolgens zijn in de secties 5 en 6 due dilligence regels opgenomen ten aanzien van bestaande en nieuwe rekeningen betreffende entiteiten. Sectie 7 betreft specifieke due dillegence regels. Sectie 8 bevat een aantal definities met betrekking tot reporting financial institutions, non-reporting financial institutions, financial accounts, reportable account en overige. Sectie 9 regelt de effectieve implementatie.

4 De bijstandsrichtlijn

In 1977 is op EU-niveau de zogenoemde Bijstandsrichtlijn tot stand gekomen;[12] ze is op 1 januari 1979 in werking getreden.[13] Deze richtlijn had aanvankelijk alleen betrekking op belastingen naar inkomen en vermogen; reeds in 1979 is de werking ervan uitgebreid tot de omzetbelasting, terwijl in 1992 verdere verbreding van de reikwijdte heeft plaatsgevonden tot de accijnzen.[14] Nadien is ze ingaande 2004 verruimd tot premies sociale verzekeringen. Ingaande 2013 is de Bijstandsrichtlijn geheel herzien; dit heeft geleid tot intrekking van Richtlijn 77/799/EG en inwerkingtreding van een geheel nieuwe richtlijn, te weten de Richtlijn inzake administratieve samenwerking op het gebied van de belastingen[15] die ook kan worden aangeduid als de Bijstandsrichtlijn. De Bijstandsrichtlijn is sindsdien van toepassing op alle landelijke en lokale belastingen, met uitzondering van de btw en de accijnzen (art. 2 Bijstandsrichtlijn). Daarnaast is een aantal verplichtingen aangescherpt en is de reikwijdte verbreed in die zin dat indien een lidstaat aan een derde land verdergaande medewerking verleent dan op basis van de Bijstandsrichtlijn vereist is, deze verdergaande medewerking ook op basis van de richtlijn aan de lidstaten moet worden verleend. Andere belangrijke aanpassingen betreffen (1) het vervallen van de voorwaarde bij informatie op verzoek dat die informatie specifiek moet zijn ('fishing expeditions' worden aldus min of meer mogelijk) en dat (2) ten aanzien van bijzondere categorieën inkomsten ingaande 2015 automatische informatie-uitwisseling plaatsvindt. De Bijstandsrichtlijn is wat betreft Nederland uitgewerkt in de Wet op de internationale bijstandsverlening (WIB). De WIB wordt besproken in par. 5.

De kern van de Bijstandsrichtlijn is dat de lidstaten van de EU verplicht zijn elkaar alle informatie te verstrekken die van betekenis kan zijn voor de vaststelling van de fiscale verplichtingen van belastingplichtigen. Naar de bedoeling van de Bijstandsrichtlijn heeft ze een ruime reikwijdte. De richtlijn kent dezelfde drie vormen van inlichtingenverstrekking als artikel 26 OESO (zie par. 3). In de artikelen 5-7 is de uitwisseling van inlichtingen op verzoek geregeld. Artikel 8 ziet op de automatische uitwisseling van inlichtingen en de artikelen 9-10 op de spontane uitwisseling van inlichtingen.

De uitwisseling van inlichtingen op verzoek (art. 5-7 Bijstandsrichtlijn) is in wezen alleen procedureel geregeld. Er wordt namelijk niet aangegeven om wat voor soort

---

12 Richtlijn van 19 december 1977, nr. 77/799/EEG, *PbEG* 27 december 1977, nr. L 336 (Bijstandsrichtlijn). Zie art. 1 en 3 WIB voor een overzicht van de heffingen die onder de reikwijdte van de Bijstandsrichtlijn vallen. De richtlijn is sinds een aanpassing ervan bij richtlijn van 7 oktober 2003, 2003/93/EG, *PbEG* 15 oktober 2003, nr. L 264, p. 23 ook van toepassing op premies sociale verzekeringen. De laatste aanpassing is doorgevoerd bij richtlijn van 21 april 2004, 2004/56/EG, *PbEG* 29 april 2004, nr. L 127, p. 70 en betrof met name aanpassing van de administratieve procedures en de versoepeling van de geheimhoudingsbepaling.

13 Nederland heeft aanvankelijk uitvoering gegeven aan deze Richtlijn door middel van het Besluit van 19 december 1978, nr. 578-5176 (niet gepubliceerd), waarin met name ontheffing van de toepassing van art. 67 AWR werd verleend. Het onderhavige besluit is in 1982 vervangen; zie par. 7.6.

14 Richtlijnen van 6 december 1979, nr. 79/1070/EEG, *PbEG* 27 december 1979, nr. L 331, resp. 25 februari 1992, nr. 92/12/EEG, *PbEG* 23 maart 1992, nr. L 76.

15 Richtlijn van 15 februari 2011, nr. 2011/16/EU, *PbEU* van 11 maart 2011, nr. L 64, p. 1-12. De Bijstandsrichtlijn is in de WIB geïmplementeerd bij Wet van 27 september 2012, *Stb.* 2012, 453.

informatie het moet gaan, maar alleen hoe de procedure loopt, wat het te verrichten onderzoek inhoudt en welke termijnen in acht moeten worden genomen. Artikel 8 Bijstandsrichtlijn geeft aan dat verplichte automatische inlichtingen moeten worden verleend ten aanzien van met name genoemde inkomsten, te weten arbeidsinkomen, directiehonoraria, uitkeringen uit levensverzekeringen, pensioenen en eigendom en inkomsten uit onroerende zaken. Voorwaarde is wel dat de verstrekkende lidstaat conform eigen wetgeving over die informatie beschikt. De bedoeling is dat deze categorie van inlichtingen waarop artikel 8 van toepassing is, verder wordt uitgebreid. In artikel 8, vijfde lid, Bijstandswet wordt dit ook al aangekondigd en wel ten aanzien van dividenden, vermogenswinsten en royalty's. Daartoe is inmiddels een voorstel voor een richtlijn tot aanpassing van de Bijstandsrichtlijn ingediend (Richtlijn van 12 juni 2013, nr. COM(2013)348 final) op grond waarvan artikel 8 Bijstandsrichtlijn expliciet wordt uitgebreid tot dividenden, vermogenswinsten en enkele overige financiële inkomsten. Een en ander wordt ingaande 2015 geëffectueerd.

Ten aanzien van de spontane informatie-uitwisseling bevat artikel 9, eerste lid, Bijstandsrichtlijn een vijftal met name genoemde situaties waarin in elk geval moet worden voldaan aan de spontane uitwisseling van inlichtingen; uitbreiding van het aantal situaties is evenwel op nationaal niveau mogelijk, indien lidstaten dat onderling overeenkomen, aldus het tweede lid van artikel 9 Bijstandsrichtlijn.[16] Artikel 10 Bijstandsrichtlijn geeft de termijnen aan die in acht moeten worden genomen.

De artikelen 11 e.v. betreffen in feite allerlei formele en procedurele bepalingen. We beperken ons tot een korte duiding van de belangrijkste. Hoofdstuk III (art. 11-15) ziet op andere vormen van administratieve samenwerking. In de eerste plaats betreft het de wederzijdse bijstand door ambtenaren (art. 11 Bijstandsrichtlijn); daarnaast wordt de mogelijkheid geopend voor gezamenlijke en gelijktijdige controles door de beide lidstaten (art. 12 Bijstandsrichtlijn). Hoofdstuk IV (art. 16-22) heeft betrekking op de te hanteren voorwaarden bij de administratieve bijstandsverlening. Het betreft onder andere de geheimhouding van de verkregen inlichtingen (art. 16 Bijstandsrichtlijn), de wederzijdse verplichtingen ten aanzien van de informatieverstrekking (art. 17, 18 en 22 Bijstandsrichtlijn) en de mogelijkheden voor een verdergaande samenwerking (art. 19 Bijstandsrichtlijn). Hoofdstuk V bevat geen inhoudelijke regels. Hoofdstuk VI (art. 24 Bijstandsrichtlijn) regelt de verhouding tot derde landen. Het gaat dan om de door een derde land verstrekte informatie aan een lidstaat die door die lidstaat kan worden verstrekt aan een andere lidstaat: dit is alleen toegestaan indien dat mogelijk is krachtens een verdrag tussen de derde staat en eerstbedoelde lidstaat. Daarnaast is een regeling getroffen voor het doorgeven van informatie door een lidstaat aan een derde staat die de lidstaat heeft verkregen van een andere lidstaat. Daarvoor is met name vereist dat de lidstaat waar de informatie oorspronkelijk vandaan komt daar toestemming voor verleent.

De directe betekenis van de Bijstandsrichtlijn voor Nederland is ook na de herziening ingaande 2013 in zekere zin beperkt. Dit vloeit met name voort uit het feit dat Nederland met vrijwel alle lidstaten van de EU een belastingverdrag heeft

16 Deze inlichtingenverstrekking kan weer elk van de vormen betreffen, zoals is bevestigd in HR 21 november 1990, nr. 26 910, *BNB* 1991/132.

gesloten met een vrij uitgebreid inlichtingenartikel. Bovendien is de Bijstandsrichtlijn beperkt tot een aantal belastingen, terwijl artikel 26 OESO alle heffingen omvat. Verder is van belang dat Nederland de Wet op de Internationale Bijstandsverlening (WIB) toepast, welke wet een vrij breed toepassingsbereik kent en zich niet beperkt tot de EU; zie par. 5.

5 Wet op de internationale bijstandsverlening

De Wet op de internationale bijstandsverlening bij de heffing van belastingen (WIB)[17] is in 1986 in werking getreden; tot dan toe bestond de internationale bijstand in feite alleen uit de internationale inlichtingenverstrekking en vond deze met name plaats op grond van het Besluit van 29 juli 1982, nr. 582-13614, V-N 1982, p. 1637, ten gevolge waarvan ontheffing van de geheimhoudingsverplichting van artikel 67 AWR werd verleend. Deze verplichting tot ontheffing vloeit voort uit de in par. 4 besproken Bijstandsrichtlijn. De WIB[18] gaat veel verder dan het uitwisselen van inlichtingen; de wet geeft met name uitvoering aan de verplichtingen die op Nederland rusten inlichtingen te verstrekken op grond van met name de Bijstandsrichtlijn, verdragen en eventuele andere regelingen, een en ander betreffende de heffing (niet de invordering) van belastingen; zie artikel 1, eerste lid, WIB.

Ingaande 1 juli 2005 is de regeling belangrijk verruimd met name in verband met de invoering van de Spaartegoedenrichtlijn (Richtlijn van 3 juni 2003, nr. 2003/48/EG, *PbEG* van 26 juni 2003, nr. L 157, p. 38)[19] op grond waarvan grensoverschrijdende renseignering van gegevens omtrent banktegoeden van particulieren binnen de EU verplicht is; toegevoegd is een afdeling 2 aan hoofdstuk 1A. Ingaande 2013 is de WIB aangepast in verband met de inwerkingtreding van de herziene Bijstandsrichtlijn.[20]

Momenteel bestaat binnen de EU overeenstemming over aanpassing van de Spaartegoedenrichtlijn (Conceptrichtlijn van 13 november 2008, COM(2008)727 def.). Het is echter nog onzeker wanneer deze aangepaste versie in werking treedt; voorwaarde daarvoor is dat met een aantal niet-EU-lidstaten (Andorra, Monaco, Liechtenstein, Zwitserland, San Marino) overeenstemming bestaat dat zij de aangepaste richtlijn ook toepassen. Daarover wordt momenteel onderhandeld. Daarnaast zal de uitbreiding van de Spaartegoedenrichtlijn ook van toepassing worden op de overzeese gebiedsdelen van lidstaten waar de Spaartegoedenrichtlijn momenteel ook geldt.

---

17 Wet van 24 april 1986, *Stb.* 1986, 249, laatstelijk gewijzigd bij Wet van 23 december 2010, Stb. 2010, 871, 872 en 873.

18 Zie voor een uitgebreide toelichting bij de WIB het Besluit van 6 april 2006, nr. CPP2006/546, V-N 2006/33.5 (Voorschrift internationale wederzijdse bijstand bij de heffing van belastingen). Een uitvoerige bespreking van de WIB is te vinden in A.C.M. Geers-Schenk, *Internationale fiscale gegevensuitwisseling en de rechtsbescherming van de belastingplichtige*, Deventer: Kluwer 2007, hoofdstuk 9 en 10.

19 Wet van 18 december 2003, *Stb.* 2003, 531 en Wet van 15 december 2005, *Stb.* 2005, 683.

20 Wet van 27 september 2012, *Stb.* 2012, 453. De herzieningen zijn besproken door P. van der Wal, 'Nieuwe regelgeving inzake de internationale gegevensuitwisseling', *NTFR-B* 2013/7, p. 14-20.

Naar het zich laat aanzien leidt de verruiming van de Spaartegoedenrichtlijn niet tot aanpassing van de WIB. Het gaat bij de wijzigingen vooral om de materiele reikwijdte van de richtlijn. Onder de huidige vormgeving kan de werking ervan namelijk redelijk eenvoudig worden ontgaan, bijvoorbeeld door (1) een renteproduct om te zetten in een andersoortig product dat voorziet in bijvoorbeeld dividendbetalingen en (2) tussen de ontvanger en de spaarinstelling een lichaam, bijvoorbeeld een 'eigen' stichting, te zetten. In de aangepaste Spaartegoedenrichtlijn zijn deze tekortkomingen weggenomen.

De materiële reikwijdte van de WIB is opgenomen in artikel 1: in principe vallen alle belastingen geheven op rijksniveau (dus niet de heffingen van de lagere overheid) onder de materiële reikwijdte tenzij deze in het tweede en derde lid zijn uitgesloten. Die uitsluitingen betreffen de omzetbelasting, de accijnzen en invoerheffingen. Daarentegen behoren administratiefrechtelijke boetes en rente er wel toe. De premieheffing valt er echter buiten nu dat geen belastingheffing betreft en die niet afzonderlijk onder de materiële reikwijdte is gebracht.

Afdeling 2 van hoofdstuk 1 (art. 4a-4p) bevat de uitwerking van de bepalingen met betrekking tot de toepassing van de Spaartegoedenrichtlijn.[21] Voor Nederland betekent dit dat alle rentebetalingen die onder de reikwijdte van deze richtlijn vallen, moeten worden gerenseigneerd. De methodiek en begrippen die daarbij worden gebruikt zijn geheel in overeenstemming met genoemde richtlijn. Daarbij bevat par. 1 (art. 4a-4h) met name een aantal definities (rentebegrip, uiteindelijk gerechtigde, uitbetalende instantie, identificatie en woonplaatsbegip). In par. 2 (art. 4i-4k) wordt de renseignering geregeld; in het bijzonder is vastgelegd welke informatie op welk moment moet worden aangeleverd. Par. 3 (art. 4l-4p) bevat de formeelrechtelijk bepalingen zoals de verplichtingen ten aanzien van de renseignering (met name verplichtingen ingevolge de AWR), bezwaar- en beroep, boetes en strafrechtelijke aspecten.

De vormen van informatieverstrekking verschillen niet van die in de vorige paragrafen zijn vermeld, te weten op verzoek (art. 5-5a WIB), automatisch (art. 6-6b WIB) en spontaan (art. 7-7a WIB). Degene ten aanzien van wie de inlichtingen worden verstrekt dient daarvan op de hoogte te zijn; niet geheel duidelijk is of daarbij ook behoort te worden vermeld welke informatie precies wordt verstrekt. Ik meen dat expliciet vermeld wordt welke informatie verstrekt wordt. Het gaat in artikel 5 WIB zowel om informatie die het land dat om de informatie is verzocht reeds uit eigen hoofde geeft, maar kan ook de informatie betreffen die het niet heeft. Deze staat zal dan moeten meewerken aan het actief vinden van de informatie. Overigens mag dit niet leiden tot 'fishing expeditions'. Tot 2014 werd degene van wie de informatie afkomstig was daarover vooraf geïnformeerd. Die informatieverplichting door de overheid is echter vervallen.[22] Belangrijkste reden daarvoor was dat het leidde tot vertraging en een dergelijke informatierecht ook in andere landen vrij

---

21 Zie over de Spaartegoedenrichtlijn onder andere P.M. Gerrits, 'Onduidelijkheid over belangrijke begrippen Spaartegoedenrichtlijn', *WFR* 2003/6552, p. 1753- 1759 en A.H.M. Daniels en S.F.M. Niekel, 'Beleggingsinstellingen en de spaarrenterichtlijn', *WFR* 2003/6552, p. 1760-1769.

22 Wet van 18 december 2013, *Stb.* 2013, 566; *Kamerstukken* 33 753.

ongebruikelijk is.[23] Degene op wie de informatie betrekking heeft, wordt overigens geheel niet vooraf geïnformeerd, maar zal op enig moment daarmee worden geconfronteerd indien de informatie daartoe aanleiding geeft.

Het kan zijn dat het verzoek om inlichtingen de Nederlandse fiscus noopt tot een (nader) onderzoek bij een belastingplichtige. Strikt genomen biedt de AWR daartoe onvoldoende mogelijkheden, omdat die wet alleen maar betrekking kan hebben op onderzoek ten behoeve van de Nederlandse belastingheffing. Artikel 8 WIB voorziet er echter in dat de Nederlandse fiscus desgewenst een onderzoek instelt bij een bepaalde belastingplichtige op verzoek van een buitenlandse fiscus en dat bij een dergelijk onderzoek de AWR van toepassing is; een belastingplichtige moet aan een dergelijk onderzoek zijn medewerking verlenen aldus de president van de Rechtbank Amsterdam 12 juni 2003, nr. KG03/9997sr, V-N 2003/34.5 en Hof Amsterdam 13 november 2003, nr. 03/1206, V-N 2004/7.8. Tegen de beslissing van de Belastingdienst dat een onderzoek wordt ingesteld kan geen beroep worden ingesteld (HR 16 mei 2008, nr. 07/12856, BNB 2008/220, alsmede RvS 15 juli 2009, nr. 200.901.098/1/H3, V-N 2009/38.6).

Heeft het voorgaande betrekking op de informatieverstrekking op verzoek, de artikelen 6, 6a en 6b WIB regelen de automatische informatieverstrekking. Het is hierbij noodzakelijk dat vooraf bi- of multilaterale afspraken worden gemaakt met de buitenlandse belastingautoriteiten. Bovendien moeten deze afspraken worden gepubliceerd. Voorwaarde voor automatische inlichtingenuitwisseling is dat de gegevens betrekkelijk eenvoudig te verzamelen zijn. Daarnaast geldt hier uitdrukkelijk de regeling van de wederkerigheid; dat betekent evenwel niet dat de wederkerigheid ook dezelfde soort gegevens moet betreffen. Ten aanzien van de belastingplichtigen kleeft aan de automatische informatieverstrekking een belangrijk nadeel, namelijk dat zij daartegen geen bezwaar kunnen aantekenen. Sterker nog, zij worden er zelfs niet van op de hoogte gesteld, anders dan via de hiervoor bedoelde algemene publicatie. Met de inwerkingtreding van de Spaartegoedenrichtlijn is artikel 6a WIB toegevoegd welke bepaling de renseignering regelt met betrekking tot de rentebetalingen die onder de reikwijdte van die richtlijn vallen. Nederland neemt in de door hem gesloten bilaterale verdragen sinds ongeveer 2011 met betrekking tot een aantal soorten inkomsten een bepaling op inzake automatische informatie-uitwisseling, mits uiteraard de verdragspartner daarin meegaat. Het betreft met name inkomsten uit onroerende zaken, dividenden, royalty's, salarissen en overige arbeidsinkomsten, pensioenen en lijfrenten. Ingaande 2015 (betreffende gegevens over 2014) treedt artikel 6b WIB in werking dat betrekking heeft op de automatische informatie-uitwisseling van met name genoemde inkomsten, te weten: arbeidsinkomsten, directiehonoraria, uitkeringen uit levensverzekeringen, pensioenen en inkomsten uit onroerende zaken. Het moet dan wel gaan om op zich beschikbare

23 De wijziging is besproken door K.R.C.M. Jones en J.A.R. van Eijsden, 'De kennisgeving vooraf bij internationale uitwisseling van informatie verdwijnt', *WFR* 2013/7019, p. 1180-1188. Zie ook: L.E.C. Neve, 'Kennisgeving informatie-uitwisseling, plicht en fundamenteel recht', NTFR-A 2013/27, p. 13-19.

inlichtingen. Van de inlichtingenverplichting kan in overleg met een andere staat weer worden afgezien.

De derde vorm van informatie-uitwisseling is te vinden in artikelen 7-7a WIB en betreft de spontane[24] informatie-uitwisseling; de situaties waarin een dergelijke informatieverstrekking moet plaatsvinden zijn opgenomen in artikel 7, eerste lid, onderdelen a-d. Doordat in voornoemd onderdeel d in feite alle overige gevallen zijn bedoeld, is de reikwijdte van deze vorm van informatieverstrekking onbeperkt. Aan de andere kant vormt het een beperking dat er geen spontane informatie-uitwisseling door Nederland mogelijk is indien daaraan geen verdrag of EU-regeling ten grondslag ligt. Het bepaalde in het eerste lid is met een aantal categorieën uitgebreid in het tweede lid, zij het dat in dit geval geen verplichting bestaat tot het verstrekken van de inlichtingen. Ingaande 2014 vindt evenals bij informatie-uitwisseling op verzoek (zie art. 5 WIB) geen kennisgeving meer plaats aan degene die de informatie heeft verstrekt.

De artikelen 8-22 WIB regelen met name de meer formele aspecten, de rechten en verplichtingen en de positie van de mogelijke betrokkenheid bij onderzoeken. Artikel 8 WIB geeft aan dat een onderzoek kan worden ingesteld teneinde informatie op te sporen als bedoeld in artikelen 5-7. Artikel 9 WIB biedt onder andere de mogelijkheid dat buitenlandse ambtenaren betrokken worden bij een in Nederland gehouden onderzoek. Het is mogelijk dat de buitenlandse ambtenaar zelf aan het onderzoek deelneemt. Daarnaast kunnen meer algemeen administratieplichtigen in de zin van de AWR verplicht worden automatisch gegevens over te leggen die dan worden verstrekt aan buitenlandse autoriteiten; hierbij moet vooral worden gedacht aan banken, verzekeraars en beleggingsinstellingen (art. 8, vierde lid, WIB). Artikel 8a WIB voorziet in de mogelijkheid van gelijktijdig onderzoek in diverse staten, bijvoorbeeld in verband met verrekenprijsaangelegenheden.[25]

Het vorenstaande betreft steeds de informatieverstrekking door Nederland. In de artikelen 23-34 WIB zijn regels opgenomen betreffende de aan Nederland te verstrekken informatie. Wat betreft structuur komt dit hoofdstuk zo veel mogelijk overeen met hoofdstuk II waarbij het gaat om de door Nederland te verstrekken informatie. Het hoofdstuk bevat zowel een aantal meer materiële als een aantal formele bepalingen. Ook de eventuele bijstand van Nederlandse ambtenaren bij buitenlandse onderzoeken is hier geregeld (art. 27 WIB), evenals de geheimhouding en de grenzen aan het gebruik van de informatie (art. 30-31 WIB).

---

24 Of deze spontane informatie-uitwisseling wel zo spontaan is, kan worden betwijfeld. Zie daarover P.B. Engelen, 'Internationale inlichtingenuitwisselingen: kan spontaan verplicht zijn?', *WFR* 1991/ 5954, p. 418-423.

25 Zie over gezamenlijk belastingcontroles E.C.J.M. van der Hel-van Dijk en R.N.J. Kamerling, 'Gezamenlijke belastingcontroles in de Europese Unie', *WFR* 2005/ 6613, p. 289-293. Deze bijdrage richt zich overigens met name op btw.

6 Verdrag inzake wederzijdse administratieve bijstand in belastingzaken

Op 17 juli 1996 is het Verdrag inzake wederzijdse administratieve bijstand in belastingzaken (hierna het WABB-Verdrag) voor Nederland[26] in werking getreden.[27] Nederland heeft op 27 mei 2010, Trb. 2010, 221 een nieuw WABB-Verdrag ondertekend, dat door de totstandkoming van een wijzigingsprotocol op 1 september 2013 in werking is getreden. De wijziging bewerkstelligt met name dat ook landen die geen lid zijn van de OESO en de Raad van Europa toegang (kunnen) krijgen tot het verdrag. Daarmee wordt vooral bereikt dat ten aanzien van die landen een betere informatie-uitwisseling tot stand kan komen. De verruiming heeft met name betekenis indien met dergelijke landen (nog) geen TIEA tot stand is gekomen; het betreft veelal ontwikkelingslanden. Het (herziene) WABB-Verdrag geldt niet alleen voor Nederland maar ook voor Aruba, Curaçao, St. Maarten en de BES-eilanden. Naast de hiervoor uiteengezette territoriale verbreding van de toepassing van het WABB-Verdrag blijkt uit bovengenoemde brief dat ook inhoudelijk het verdrag is gewijzigd. Zo is het meer in lijn gebracht met artikel 26 OESO en is een aantal beperkingen met betrekking tot het gebruik van informatie opgeheven. Daarnaast is de regeling omtrent de geheimhouding aangepast.[28]

Evenals in de voorgaande paragrafen is opgemerkt ten aanzien van de aldaar besproken bijstandsregelingen, is praktisch gesproken de effectiviteit van het WABB-Verdrag beperkt. Dat wordt ook in dit geval met name veroorzaakt doordat Nederland met de meeste van de desbetreffende staten verdragen ter voorkoming van dubbele belasting heeft gesloten die een ruim geredigeerde inlichtingenbepaling kennen. Bovendien geldt met betrekking tot het WABB-Verdrag dat deze overeenkomst door een groot aantal lidstaten van de Raad van Europa en de OESO niet is ondertekend. Hoewel het WABB-Verdrag wel een groter aantal artikelen kent dan de andere hiervoor besproken regelingen, is de reikwijdte ervan niet veel verder strekkend dan meergenoemde regelingen. Uitzonderingen (daarop is het WABB-Verdrag dus wel van toepassing) gelden met name ten aanzien van de bijstand ter zake van:

a. invorderingskwesties; deze vielen lange tijd niet onder andere regelingen, maar daarin is gedeeltelijk verandering gekomen, zodat ook in dit opzicht het WABB-Verdrag aan betekenis heeft ingeboet; zie over de bijstand bij invordering par. 7;
b. de heffing en invordering van premies voor de sociale verzekeringen; ook deze vallen deels onder andere regelingen.

---

26 En op 1 februari 1997 voor het gehele Koninkrijk. Nederland en de andere landen van het Koninkrijk hebben overigens wel een aantal voorbehouden gemaakt bij het verdrag.

27 Wet van 26 juni 1996, *Stb.* 1996, 382. Het Verdrag zelf kon vanaf 25 januari 1988 worden overgenomen door de betrokken staten; het is gepubliceerd in Trb. 1991, 4. Het WABB-Verdrag is tot stand gekomen in samenwerking tussen de (lidstaten van de) Raad van Europa en de OESO. Alle daarbij aangesloten lidstaten kunnen het WABB-Verdrag derhalve ondertekenen.

28 De wijzigingen zijn geëffectueerd bij Wet van 28 januari 2013, *Stb.* 2013, 100 en in werking getreden per 29 januari 2013. Zie voor het onderliggende wetsvoorstel *Kamerstukken II*, 33 174.

De structuur van het WABB-Verdrag en de mogelijke vormen van uitwisseling van inlichtingen verschillen niet substantieel van de regels die zijn terug te vinden in de WIB. Meer uitgebreide bepalingen betreffen met name de formele aspecten, zoals de documentenstroom (art. 17), de procedure rondom de inlichtingenverstrekking en het verzoek daartoe (art. 18-21), de geheimhouding (art. 22) en de rechtsbescherming (art. 23). Gelet op het betrekkelijk geringe belang van de onderhavige regeling blijft ze hier verder onbesproken.

7 Internationale bijstand bij invordering[29]

Wanneer een belastingschuldige zich niet (meer) in Nederland bevindt, is het voor de fiscus met een beroep op alleen de nationale invorderingsregels[30] vrijwel onmogelijk de belastingschuld daadwerkelijk te innen; in feite zal dat slechts mogelijk zijn indien betrokkene nog bezittingen heeft in Nederland (al dan niet bij derden ondergebracht). Ontbreken dergelijke bezittingen in Nederland, dan staat de fiscus (vrijwel) machteloos indien nadere regelgeving zou ontbreken. In verband hiermee is een toenemende tendens waarneembaar te komen tot effectievere mogelijkheden inzake invordering bij grensoverschrijdende fiscale aangelegenheden. Dit heeft onder andere geleid tot aanpassingen in de nationale regelgeving. Dit is onder andere gerealiseerd door het instrument van de conserverende aanslag[31] waarbij in sommige gevallen in feite een heffingstijdstip naar voren wordt gehaald en vervolgens uitstel van invordering plaatsvindt, mits de belastingplichtige – binnen de EU is dat niet toegestaan en ook niet mogelijk – zekerheid stelt (met name in de vorm van een bankgarantie of het verstrekken van een pandrecht). Aldus heeft de fiscus een redelijk sterke invorderingspositie. Wel is al spoedig de vraag gerezen of dit systeem van conserverende aanslagen wel in overeenstemming is met het EU-recht. In HvJ EG 11 maart 2004, nr. C-9/02, *BNB* 2004/258c* (arrest De Lasteyrie du Saillant) is het conserverende aanslagsysteem in strijd geacht met het gemeenschapsrecht voor zover het de voorwaarden betreft waaronder het uitstel wordt verleend. Deze beslissing is voor de Nederlandse regelgeving expliciet bevestigd in HvJ EG 7 september

---

29 Zie voor een compleet overzicht van de op dit terrein bestaande regelgeving De Vakstudie Invorderingswet van Kluwer, onderdeel Internationale regelingen. Naast alle teksten zijn daarin korte commentaren opgenomen.

30 De uitgangspunten inzake de grensoverschrijdende invordering waren aanvankelijk met name te vinden in het Voorschrift Internationale Invordering 1999, Besluit van 9 augustus 1999, nr. AFZ98/ 1437, V-N 1999/39.17. Het Voorschrift bevatte een vrijwel compleet beeld van de regelgeving en werkwijzen e.d. ten aanzien van de internationale invordering. Het Voorschrift is echter bij Besluit van 19 december 2001, nr. DGB2001/1595, V-N 2002/4.33, weer ingetrokken omdat de beleidsmatige onderdelen ingaande 2001 zijn ondergebracht in de Leidraad Invordering 1990 (hoofdstuk XVII), terwijl de uitvoeringsaspecten zijn opgenomen in het Handboek Invordering van de Belastingdienst.

31 Het systeem van de conserverende aanslag hangt uiteraard samen met (uitbreiding van) de nationale heffingsbevoegdheid; aldus beoogt de wetgever zowel zijn heffingsmogelijkheden als zijn invorderingsmogelijkheden te verbreden. Met name in verdragssituaties zou dat niet altijd het gewenste effect kunnen hebben, ware het niet dat de heffingsbevoegdheid in deze gevallen nogal eens bij wijze van fictie gelegd wordt in de periode van binnenlandse belastingplicht.

2006, nr. C-470/04, BNB 2007/22c* (arrest N)). Ten gevolge van BNB 2004/258c* is de Nederlandse wetgeving op diverse plaatsen aangepast waardoor in EU/EER-situaties geen voorwaarden meer worden gesteld aan het uitstel van invordering van conserverende aanslagen. De huidige wetgeving waarin zonder voorwaarden uitstel van betaling wordt verleend van de verschuldigde belasting is in overeenstemming met het EU-recht. In niet-EU/EER-situaties worden nog wel voorwaarden gesteld in die zin dat door de fiscus zekerheid wordt geëist. Het systeem van de eindafrekeningen bij pensioenen en lijfrenten ten aanzien waarvan conserverende aanslagen worden opgelegd is overigens wel in strijd geoordeeld met de goede verdragstrouw. Naast eindafrekening ten aanzien van pensioenen e.d. kent ook de winstsfeer een afrekeningsbepaling bij emigratie (art. 3.60 en 3.61 Wet IB 2001 en art. 15c en 15d Wet VPB 1969). Deze bepalingen leiden tot een directe fiscale heffing zonder uitstel van betaling. In HvJ EU 29 november 2011, nr. C-371/10, BNB 2012/40c* (arrest National Grid Indus) is evenwel bepaald dat een dergelijke directe heffing zonder uitstelfaciliteit in strijd is met het EU-recht. In verband daarmee is een wetswijziging tot stand gebracht op grond waarvan in dergelijke gevallen uitstel van invordering moet worden verleend.[32] De regeling is opgenomen in artikel 25a IW 1990; er kan zowel uitstel van betaling worden verleend voor een periode van tien jaar, overigens onder zekerheidstelling en heffing van rente, dan wel een betalingsregeling worden getroffen gedurende tien jaren.

Een andere tendens die de effectiviteit van de invordering moet verbeteren zijn de ruimere aansprakelijkstellingsmogelijkheden (al dan niet in samenhang met uitbreiding van grensoverschrijdende belastingplicht) ten aanzien van personen die in Nederland wonen of gevestigd zijn, ter zake van buitenlandse activiteiten of belastingplichtigen.[33]

Naast bovengenoemde ontwikkelingen in de Nederlandse regelgeving zien we ook internationaal toenemende regelgeving met betrekking tot de invordering van belastingschulden. Bilaterale belastingverdragen kennen steeds vaker bepalingen inzake de wederzijdse bijstand bij invordering (zie nog hierna). Dit vloeit mede voort uit artikel 27 OESO in 2003 dat geheel is gericht op de (bijstand bij de) invordering bij belastingen. Tot op heden heeft Nederland in een beperkt aantal verdragen een bepaling opgenomen gericht op de bijstand bij invordering; wel is het vast verdragsbeleid ten aanzien van nieuwe verdragen het invorderingsartikel op te nemen.[34]

---

32 Wet van 14 mei 2013, *Stb.* 2013, 183.

33 Voorbeelden zijn de uitbreiding van de inlenersaansprakelijkheid ingeval een buitenlandse uitlener buitenlandse werknemers ter beschikking stelt aan een Nederlandse inlener (art. 6, derde lid, onderdeel b, Wet LB 1964 jo. art. 34 IW 1990) en de aansprakelijkheid bij vervreemding van herinvesteringsvennootschappen (art. 12 Wet VPB 1969 en art. 40 IW 1990). R.M.P.G. Cobben en M.J.G.A.M. Weerepas, 'Een Europeesrechtelijke inleners- of ketenaansprakelijkheid?', *WFR* 2001/6416, p. 5-15 bespreken de extraterritoriale werking en de Europeesrechtelijke aspecten van de inleners- en ketenaansprakelijkheid.

34 Zie tevens een met Duitsland (1999) specifiek tot stand gekomen invorderingsverdrag en een aanvullend protocol bij het verdrag met Canada. Het protocol bij het verdrag met Canada is er met name op gericht landbouwers die naar Canada zijn geëmigreerd met achterlating van veelal een substantiële belastingschuld nog tot betaling te kunnen dwingen. De ervaringen wijzen uit dat dit redelijk effectief mogelijk is. Het invorderingsverdrag met Duitsland zal deels eenzelfde

Artikel 27 OESO kent een vergelijkbare structuur als artikel 26 OESO. Ook voor deze bepaling geldt dat de reikwijdte zich uitstrekt tot binnenlandse en buitenlandse belastingplichtigen en dat de bepaling niet beperkt is tot de heffingen die onder de materiële reikwijdte vallen. In artikel 27, tweede lid, OESO is aangegeven waarop het artikel betrekking heeft, te weten de 'revenue claim'. Dit is het verschuldigde belastingbedrag vastgesteld overeenkomstig de nationale wetgeving en in overeenstemming met de verschuldigdheid zoals die voortvloeit uit het desbetreffende verdrag. Daartoe behoren ook eventuele boetes en verschuldigde rente.

De bijstand houdt in dat de belastingvordering in feite wordt overgedragen aan de andere staat en dat die staat de vordering effectueert met inachtneming van zijn eigen wetgeving; zie daartoe artikel 27, derde lid, OESO. Een belangrijk punt daarbij kan zijn dat de onderliggende aanslag nog voorwerp van een gerechtelijke procedure is. In sommige landen kan in die gevallen geen invordering plaatsvinden zolang een dergelijke procedure aanhangig is. Als dit het geval is in de staat die bijstand bij invordering verleent, kan daadwerkelijk geen invordering plaatsvinden zolang die procedure niet is afgerond. Indien de verdragstaten dat onwenselijk achten kunnen daarover afzonderlijke afspraken worden gemaakt, bijvoorbeeld inhoudende dat de bijstandverlenende staat toch tot invordering overgaat hoewel dat volgens zijn eigen wetgeving strikt genomen niet mogelijk is; zie daartoe par. 16 van het commentaar. Met name wanneer de aanslag nog niet is geformaliseerd en de bijstandvragende staat vreest dat de belastingplichtige acties onderneemt die de invordering op een later tijdstip feitelijk onmogelijk maakt, is het wenselijk dat de andere staat verzocht kan worden beslag te leggen op activa van de belastingplichtige. Een dergelijke mogelijkheid kan worden geëffectueerd op basis van artikel 27, vierde lid, OESO.

Een ander probleem kan zijn dat de staat die voor bijstand wordt ingeschakeld kortere invorderingstermijnen hanteert dan de verzoekende staat. Voor dat geval bepaalt artikel 27, vijfde lid, OESO zowel voor het bepaalde in het derde als in het vierde lid van artikel 27 OESO dat de termijnen zoals die gelden in de verzoekende staat door de bijstandverlenende staat moeten worden toegepast. Deze bepaling heeft vanzelfsprekend alleen betekenis indien de termijnen van de verzoekende staat langer zijn dan die van de bijstandverlenende staat. Het zesde, zevende en achtste lid van artikel 27 OESO bevatten met name een aantal formele spelregels. Zo rust op de bijstandvragende staat de verplichting om de andere staat te informeren als zich omstandigheden voordoen die van invloed zijn op de (omvang van de) ingevorderde belasting en wordt de bijstandverlenende staat nog een aantal mogelijkheden geboden op basis waarvan hij geen medewerking behoeft te verlenen.

Op EU-niveau is de Richtlijn inzake de wederzijdse invordering van schuldvorderingen van belang. Deze richtlijn is ingaande 2012 gewijzigd waardoor de

---

achtergrond hebben omdat ook landbouwers naar het voormalige Oost-Duitsland zijn geëmigreerd met achterlating van een substantiële fiscale schuld.

invorderingsmogelijkheden belangrijk verruimd zijn.[35] Nederland conformeert zich zowel naar nationaal recht als bij verdragsonderhandelingen aan de richtlijn.[36]

De Invorderingsrichtlijn is van toepassing op alle belastingen en rechten, zowel geheven op nationaal als op lokaal niveau; ze is echter niet van toepassing op premies ingevolge het sociaalverzekeringsstelsel.[37] De Richtlijn voorziet in bijstand in de zin van het verstrekken van inlichtingen, alsmede de daadwerkelijke (bijstand bij) invordering van belastingschulden door de staat waaraan het bijstandsverzoek wordt gedaan. Enerzijds kan met toepassing van de Richtlijn geen verdergaande invordering worden geëffectueerd dan voortvloeit uit de nationale regelgeving van de staat die om bijstand verzoekt, maar anderzijds geschiedt de invordering volgens de invorderingswetgeving van de staat waaraan de bijstand wordt verzocht. Indien in die staat aansprakelijkstellingsmogelijkheden in de wetgeving zijn opgenomen, is het verdedigbaar dat ook die kunnen worden toegepast. In voorkomende gevallen kan uiteraard wel naar nationaal recht aansprakelijkstelling plaatsvinden, bijvoorbeeld ten aanzien van de leider van een vaste inrichting als bedoeld in artikel 33, eerste lid, onderdeel b, IW 1990.[38] Het is echter wat Nederland betreft in principe niet mogelijk niet-ingezetenen aansprakelijk te stellen.[39] Dit is met name van belang bij de aansprakelijkheidsregelingen van de artikelen 34-36 IW 1990.[40] Het is echter de vraag of deze rechtspraak onverkort geldt sinds de totstandkoming van de richtlijn. Ik meen die vraag in het verlengde van hetgeen ik eerder opmerkte ten aanzien van de reikwijdte van de richtlijn, ontkennend te kunnen beantwoorden.

De Richtlijn voorziet verder onder andere in de wijze waarop notificatie aan de belanghebbende plaatsvindt, alsmede de wijze waarop de betrokken staten elkaar over en weer informeren omtrent de invordering. Invorderingsbijstand kan niet worden verleend zolang de onderliggende belastingschuld niet (onherroepelijk) vaststaat. Wanneer de belanghebbende bezwaar heeft tegen de invordering(sbijstand) dient hij dat (in)direct kenbaar te maken aan de verzoekende staat en dient hij daaromtrent ook in die staat een procedure aan te vangen. Zolang in die procedure nog niet onherroepelijk is beslist, dient de staat waaraan het verzoek gericht is

---

35 Richtlijn van 16 maart 2010, nr. 2010/24/EU, *PbEU* 31 maart 2010, nr. L 84, p. 1. Voorheen gold Richtlijn 76/308/EEG, gewijzigd bij Richtlijn nr. 2001/44/EG van 15 juni 2001, *PbEU* 28 juni 2001, nr. L 175, p. 17 en bij Richtlijn van 16 maart 2010, nr. 2010/24/EU, *PbEU* 31 maart 2010, nr. L 84, p. 1. De technische aspecten met betrekking tot de toepassing van de richtlijn zijn opgenomen in de Uitvoeringsverordening nr. 1189/2011 van 18 november 2011, *PbEU* 19 november 2011, nr. L 302, p. 16 e.v.

36 Wet van 8 december 2011, *Stb.* 2011, 632. Zie over de herziene richtlijn: IJ. de Nies, 'Europese ontwikkelingen van wederzijdse bijstand en administratieve samenwerking bij belastingheffing', *WFR* 2009/6828, p. 1217-1222.

37 De Richtlijn is ook van toepassing op de rente, sancties en boeten die samenhangen met de onder de Richtlijn vallende heffingen.

38 Zie bijvoorbeeld Hof Amsterdam 19 november 1998, nr. 129/97, V-N 1999/11.33.

39 Zie voor enkele Europeesrechtelijke aspecten van de aansprakelijkstellingsregelingen R.M.P.G. Niessen-Cobben en M.J.G.A.M. Weerepas, 'Een Europeesrechtelijke inleners- of ketenaansprakelijkheid?', *WFR* 2001/6416, p. 5-15.

40 HR 5 november 1999, nr. 16 702, V-N 1999/53.22, betreffende de inleners- en de ketenaansprakelijkheid en HR 19 april 2000, nr. 34 184, *BNB* 2000/224*, betreffende de ketenaansprakelijkheid. Zie naar aanleiding van deze twee uitspraken J.H.P.M. Raaijmakers, 'Inleners- en ketenaansprakelijkheid in grensoverschrijdende situaties', *WFR* 2000/6405, p. 1487-1494.

de invorderingsbijstand op te schorten. Verder geldt dat de verjaringsregels van de verzoekende staat van toepassing zijn. Indien tussen staten op bilateraal niveau een verdergaande regeling inzake wederzijdse invorderingsbijstand overeen is gekomen, prevaleert deze regeling (in zoverre) boven het bepaalde in de Richtlijn.

Uitgangspunten die doorgaans worden gehanteerd bij de internationale bijstand bij invordering zijn met name de volgende:

– het in te vorderen bedrag moet een bepaald minimum overtreffen;
– de onderliggende aanslagen moeten definitief vaststaan;
– ten aanzien van de verjaringstermijn van de belastingschuld wordt in beginsel de termijn gehanteerd die is opgenomen in de wetgeving van de bijstandverzoekende staat;
– de bijstand bij invordering geschiedt met name volgens de regels van het bijstandverlenende land, maar in principe kan dat weer niet leiden tot ruimere bevoegdheden dan die welke gelden in het bijstandverzoekende land.

Ten aanzien van de invorderingsregels onder het WABB-Verdrag is vooral karakteristiek dat de staat waaraan verzocht wordt invorderingsbijstand te verlenen dat in principe doet volgens zijn eigen wetgeving, dat wil zeggen alsof het aan die staat verschuldigde belasting betreft (art. 11 WABB-Verdrag). Ook kunnen door die staat conservatoire maatregelen worden getroffen (art. 12). In artikel 13 WABB-Verdrag zijn met name de formaliteiten vermeld die door de verzoekende staat in acht moeten worden genomen. Wat betreft de in acht te nemen termijnen wordt zo veel mogelijk aangesloten bij de wetgeving van de staat waaraan om bijstand wordt verzocht. Ten aanzien van de verjaringstermijn van de belastingvordering geldt de verjaringstermijn van de staat waaraan de belasting verschuldigd is; teneinde de bijstand bij invordering niet onbeperkt mogelijk te maken is in artikel 14, derde lid, WABB-Verdrag een periode van vijftien jaren opgenomen gedurende welke het verzoek om bijstand kan worden gedaan, te rekenen vanaf de datum van de oorspronkelijke akte. Tot slot is met name artikel 15 nog van belang waarin is aangegeven dat de buitenlandse belasting in de staat die om bijstand is verzocht niet de prioriteit heeft als geldt voor 'eigen' belasting van die staat.

Een minder bekend verdrag is het Benelux Invorderingsverdrag.[41] Het gaat hier om een multilateraal verdrag tussen de staten die de Benelux vormen. De reikwijdte van het verdrag is vrij ruim omdat alle belastingen eronder vallen, dus ook die welke worden geheven ten behoeve van de lagere overheid, maar niet die welke rechtstreeks worden geheven door de lagere overheid.[42] Daarnaast heeft het verdrag betrekking op eventuele kosten, rente en boetes. De bijstand kan zowel betrekking hebben op eigen onderdanen die wonen in een van de andere staten, als de onderdanen van een van de andere staten die in dat geval ook in die andere staat wonen. De reikwijdte van het Benelux Invorderingsverdrag is materieel verengd sinds de Invorderingsrichtlijn is verruimd; bovendien heeft de inwerkingtreding van het Verdrag België 2001 tot

41 Verdrag van 5 september 1952, *Trb.* 1952, 137 voor Nederland goedgekeurd bij Wet van 8 juli 1953, *Stb.* 1953, 332.

42 Het voornemen bestaat om ook de direct door gemeenten te heffen belastingen er onder te brengen.

een beperktere betekenis van dit multilaterale invorderingsverdrag geleid. Met de inwerkingtreding van de Spaartegoedenrichtlijn leidt ook die regeling tot een feitelijke beperking van de reikwijdte van het Benelux Invorderingsverdrag omdat deze Richtlijn automatische renterenseignering als hoofdregel hanteert.

Bestuur in de tang?

Over de toepassing van Europese soft law door Nederlandse bestuursorganen

Arnout Klap[*]

1 Inleiding

Op steeds meer bestuursrechtelijke beleidsterreinen (mededinging, milieu, telecommunicatie enz.) is er sprake van een Europeanisering. Dat wil zeggen dat de toepasselijke normen hun wortels hebben in het EU-recht of in ieder geval niet los van het EU-recht kunnen worden geconcretiseerd. Steeds vaker gaat het daarbij om 'soft law': gedragsregels die zijn vastgelegd in documenten waaraan als zodanig geen verbindende kracht als bedoeld in artikel 288 VWEU toekomt, maar die desalniettemin bepaalde (indirecte) juridische effecten kunnen hebben.[1] Doel van deze regels, die zowel door de Europese Commissie als door Europese toezichthoudende organen (zoals de 'European Banking Authority') kunnen zijn vastgesteld, is doorgaans het uniformeren van (de toepassing van) EU-gerelateerde normen.[2]

Aangezien deze normtoepassing doorgaans op het niveau van de lidstaten plaatsvindt, rijst de vraag (1) hoe de Europese soft law-documenten in de nationale rechtsorde doorwerken, en (2) wat deze doorwerking betekent voor de besluitvorming door Nederlandse bestuursorganen. Om de eerste vraag te kunnen beantwoorden zal achtereenvolgens worden bekeken hoe de soft law-documenten volgens het EU-recht en het Nederlandse bestuursrecht moeten worden aangemerkt. Bij de tweede vraag gaat het om de mate waarin de Nederlandse bestuursorganen aan Europese soft law zijn gebonden en om de normen die bij de toepassing daarvan in acht moeten worden genomen.

De inbedding van Europese soft law in het Nederlandse bestuursrecht zal hieronder worden geïllustreerd aan de hand van de BREF-documenten[3] en -conclusies die bij het verlenen van vergunningen op grond van artikel 2.14 van de Wet algemene bepalingen omgevingsrecht (Wabo) en artikel 6.26 Waterwet een belangrijke rol spelen (par. 2), en verschillende richtsnoeren die bij de toepassing van bevoegdheden op grond van de Mededingingswet gehanteerd worden (par 3). In paragraaf 4 zullen ten slotte enkele conclusies worden getrokken en aanbevelingen worden gedaan.

---

* Mr. A.P. Klap is universitair hoofddocent aan de Universiteit van Amsterdam.

1 Zie J. Luijendijk en L.A.J Senden, 'Preadvies NVER: De gelaagde doorwerking van Europese administratieve soft law in de nationale rechtsorde', *SEW* 2011/116, p. 312.

2 Zie ook HvJ EG 13 december 1989, C-322/88, *Jur.* 1989, p. 4407 (*Grimaldi*). Uit dit arrest volgt dat de nationale rechter aanbevelingen van de Europese Commissie in aanmerking dient te nemen bij de uitleg van EU-bepalingen.

3 BREF-documenten staat voor Best available techniques Reference documents.

2 BREF-documenten

Bij de vergunningverlening op grond van artikel 2.14 Wabo en artikel 6.26 Waterwet moet het bevoegd gezag ervoor zorgen dat in een inrichting of mijnbouwwerk en bij het lozen of storten van stoffen 'ten minste' de daarvoor in aanmerking komende 'beste beschikbare technieken' (BBT) worden toegepast. Dit BBT-vereiste stamt uit de Richtlijn inzake geïntegreerde preventie en bestrijding van verontreiniging (IPPC-richtlijn) uit 1996. Inmiddels is het vereiste gebaseerd op de Richtlijn inzake industriële emissies (RIE) uit 2010. Volgens vaste jurisprudentie van de Nederlandse bestuursrechter wordt aangenomen dat het bevoegde bestuursorgaan bij het bepalen van BBT 'een zekere beoordelingsvrijheid' heeft.[4] Deze aanname leidt ertoe dat de rechter de conclusie van het bevoegde bestuursorgaan over BBT aan een marginale toetsing onderwerpt.

2.1 *EU-status*

De IPPC-richtlijn beoogt een geïntegreerde aanpak van de verontreiniging van lucht, water en bodem. Uitgangspunt is het voorkomen dan wel minimaliseren van emissies met het oog op het bereiken van een 'hoog beschermingsniveau voor het milieu in zijn geheel'. Om deze 'integrale' benadering te realiseren dienen de lidstaten – gelet op overweging 17 van de considerans – emissiegrenswaarden vast te stellen die gebaseerd zijn op BBT, zonder het gebruik van een bepaalde techniek voor te schrijven, en met inachtneming van de technische kenmerken, de geografische ligging van de betrokken installatie en de plaatselijke milieuomstandigheden. Uit de definitie van het begrip BBT in artikel 2 blijkt dat met de term 'beste' gedoeld wordt op technieken die het doeltreffendst zijn voor het bereiken van een hoog beschermingsniveau. De term 'beschikbaar' ziet daarentegen op een analyse van kosten en baten van de bedoelde technieken: waar het om gaat is dat deze 'economisch en technisch haalbaar in de betrokken industriële context' zijn. Het is dus mogelijk dat de doeltreffendste techniek vanwege de kosten die ermee gemoeid zijn en de baten die ervan te verwachten zijn, niet reëel beschikbaar is. Artikel 16 bepaalt vervolgens dat de Europese Commissie de uitwisseling van informatie tussen de lidstaten en de betrokken bedrijfstakken over BBT organiseert en de resultaten ervan om de drie jaar bekendmaakt. In 1997 is het 'Europese Bureau voor geïntegreerde preventie en bestrijding van verontreiniging' opgericht dat technisch-wetenschappelijke ondersteuning verleent bij de informatie-uitwisseling. De op basis hiervan tot stand gekomen documenten zijn bekend geworden als 'BREF-documenten'.

Uit Bijlage IV van de IPPC-richtlijn volgt dat bij het bepalen van BBT met deze door de Commissie bekendgemaakte documenten 'rekening moet worden gehouden'. De geciteerde woorden laten ruimte voor afwijkingen; onduidelijk is echter hoe groot deze is. In ieder geval lijkt het niet de bedoeling om in concrete gevallen een

---

4 In de uitspraak waarin dit voor het eerst werd uitgemaakt (ABRvS 21 april 1998, ECLI:NL:RVS:1998:AN5622, *AB* 1998, 199, m.n.t. Jurgens) werd daar wel aan toegevoegd dat deze beoordelingsvrijheid haar begrenzing vindt in 'hetgeen uit de meest recente algemeen aanvaarde milieuhygiënische inzichten voortvloeit'.

kosten-batenanalyse te verrichten teneinde de beschikbaarheid van een techniek te toetsen. Deze toets moet op Europees sectoraal niveau worden verricht, zodat er geen ruimte is voor een beoordeling van de individuele economische omstandigheden.[5] De ruimte voor afwijking is m.i. eveneens klein wanneer de BREF-documenten de vertaling zijn van recente technisch-wetenschappelijke inzichten.

In 2007 concludeerde de Commissie echter dat de IPPC-richtlijn onvoldoende en ongelijkmatig door de lidstaten werd geïmplementeerd. Daardoor bleven niet alleen de beoogde milieueffecten uit, maar dreigde ook de concurrentie tussen lidstaten te worden verstoord.[6] De oorzaak van deze problemen leek niet te liggen in (de definitie van) het begrip BBT, maar in de betekenis (status) van de BREF-documenten bij het bepalen van BBT. Daarom werd voorgesteld de betekenis van die documenten te verduidelijken en te versterken. Deze operatie resulteerde eind 2010 in de vervanging van de IPPC-richtlijn door de Richtlijn inzake industriële emissies (RIE).

In de RIE blijft de definitie van BBT ongewijzigd, maar wordt de status van de BREF-documenten versterkt door deze te voorzien van 'BBT-conclusies', die de belangrijkste delen van de documenten bevatten, zoals de emissieniveaus die met BBT (moeten) kunnen worden gehaald. Deze BBT-conclusies die door de Commissie volgens de 'comitologieprocedure'[7] worden vastgesteld, liggen ten grondslag aan de emissiegrenswaarden die op grond van artikel 15, lid 3 in de vergunning moeten worden opgenomen. Volgens deze bepaling mogen de grenswaarden niet hoger zijn dan emissieniveaus die in de BBT-conclusies als haalbaar worden aangemerkt. Deze conclusies vormen dus, zoals artikel 14, lid 3 bepaalt, 'de referentie' voor het vaststellen van de vergunningsvoorschriften. Daarmee lijkt de binding aan deze conclusies sterker geaccentueerd dan onder de IPPC-richtlijn.

Toch houdt ook de term 'referentie' geen strikte binding in. Dat blijkt al uit de considerans, waar wordt overwogen dat de bevoegde autoriteiten over 'voldoende flexibiliteit' dienen te beschikken om emissiegrenswaarden vast te stellen die garanderen dat de emissies onder normale bedrijfsomstandigheden niet uitkomen boven de met BBT geassocieerde emissieniveaus. Verder blijkt uit artikel 14, lid 4 RIE dat de lidstaten in algemene zin bevoegd zijn strengere voorwaarden vast te stellen. Het vaststellen van minder strenge voorwaarden is echter volgens artikel 15, lid 4 RIE alleen toegestaan in specifieke gevallen, voor zover het halen van de emissieniveaus die samenhangen met BBT, zou leiden tot 'buitensporig hoge kosten in verhouding tot de milieuvoordelen'. Dit moet dan bovendien het gevolg zijn van de geografische ligging, de plaatselijke omstandigheden of de technische kenmerken van de betrokken installatie. De binding aan BBT-conclusies lijkt dus sterker naarmate het

---

5 Zie ook de nota van toelichting bij het Inrichtingen en vergunningenbesluit milieubeheer ter implementatie van de IPPC-richtlijn (*Stb.* 2005, 527), waaruit volgt dat de kosteneffectiviteit van een maatregel niet meer ter discussie staat als dit aspect in een BREF-document reeds is beoordeeld.

6 Euopean Commission, 'Towards an improved policy on industrial emissions', COM(2007)843 final.

7 Deze procedure houdt in dat de Commissie bij het nemen van maatregelen wordt bijgestaan door een regelgevend comité, bestaande uit vertegenwoordigers van de lidstaten. Wanneer de beoogde maatregelen niet in overeenstemming met het advies van dit comité zijn, dient de Commissie een voorstel bij de Raad in en stelt ze het Europees Parlement op de hoogte.

bevoegd gezag minder strenge voorschriften aan vergunningen zou willen verbinden. Wel dient te worden bedacht dat de BBT-conclusies soms een prestatierange kennen. De vraag is of het vergunningverlenend orgaan binnen deze range een zekere keuzevrijheid toekomt.

2.2 *De juridische status volgens Nederlands bestuursrecht*

Zoals hiervoor is aangegeven, dienen de BREF-documenten en BBT-conclusies bij de vergunningverlening op grond van de Wabo en de Waterwet te worden gebruikt voor het bepalen van BBT en de daarbij behorende emissiegrenswaarden. In zoverre lijken deze documenten en conclusies te kunnen worden aangemerkt als 'algemene regels' over de vaststelling of kwalificatie van de relevante feiten bij het verlenen van de genoemde vergunningen, als bedoeld in artikel 1:3, lid 4 Awb. Toch kan van beleidsregels geen sprake zijn, omdat een bevoegdheid als bedoeld in artikel 4:81 Awb ontbreekt. De documenten zijn immers vastgesteld door de Europese Commissie, niet door het bestuursorgaan dat de vergunning moet verlenen. Evenmin is het zo dat de vergunningverlening onder verantwoordelijkheid van de Commissie wordt uitgeoefend, of dat deze in de Wabo of de Waterwet de bevoegdheid krijgt om beleidsregels vast te stellen ten aanzien van de vergunningverlening. Theoretisch is het dan nog mogelijk dat het bevoegde bestuursorgaan de documenten zelf als beleidsregels vaststelt. Daarvan zijn mij echter geen voorbeelden bekend. Het vaststellen van beleidsregels ligt overigens ook niet voor de hand, omdat artikel 4:84 Awb[8] een sterkere binding aan BREF-documenten en BBT-conclusies meebrengt dan wenselijk is. Het begrip BBT is immers dynamisch van aard; het vereist dat bestuursorganen openstaan voor nieuwe ontwikkelingen die resulteren in (nog) betere en wellicht tevens goedkopere technieken.

Doorgaans worden de documenten en conclusies vanwege het feit dat ze niet op een wettelijke bevoegdheid berusten, naar Nederlands bestuursrecht als (niet in de Awb gekwalificeerde) 'richtlijnen'[9] aangemerkt. Voor zover ze gebaseerd zijn op technische en/of wetenschappelijke inzichten, wat bij de bedoelde documenten en conclusies gedeeltelijk het geval is, kan men ze als 'deskundigenrichtlijnen' aanmerken. Voor een deel zijn de documenten en conclusies echter het resultaat van een afweging tussen milieurendement en branchekosten.[10] Omdat die afweging van meer politieke argumenten afhangt (wat kan uit een oogpunt van kosten en baten nog van een branche worden gevergd?), spreekt men in dat geval gewoonlijk van 'beleidsmatige richtlijnen'. Het onderscheid tussen beide soorten richtlijnen wordt

---

8 Op grond van deze bepaling kan alleen in bijzondere gevallen van beleidsregels worden afgeweken, en uit de jurisprudentie blijkt dat dergelijke gevallen zich zelden voordoen. Zie bijv. ABRvS 19 mei 2004, ECLI:NL:RVS:2004:AO9703, JB 2004, 275, waar bijzondere omstandigheden worden omschreven als 'omstandigheden waarmee bij het opstellen van de beleidsregels geen rekening is gehouden'.

9 Zie hierover H.E. Bröring, *Richtlijnen. Over de juridische betekenis van circulaires, leidraden, aanbevelingen, brochures, plannen*, Deventer: Kluwer 1993.

10 Zie H.G. Sevenster en A.J. Kuipers, 'BBT in vogelvlucht', in: I. Smorenburg-van Middelkoop en R. Uylenburg, *De beste beschikbare technieken, van IPPC naar IED. Ontwikkeling, toepassing en toetsing van BBT*, Groningen: Europa Law Publishing 2012, p. 3.

in de Nederlandse literatuur vaak gerelateerd aan de bindende werking. Aangenomen wordt dan dat deskundigenrichtlijnen via het zorgvuldigheids- en motiveringsbeginsel (art. 3:2 en 3:46 Awb) een sterke binding sorteren, terwijl de binding aan beleidsmatige richtlijnen doorgaans zwak wordt geacht.[11] Het is echter de vraag of dit verschil in binding ook voor de BREF-documenten en -conclusies opgaat. Mijns inziens is dit niet het geval. Voor zover deze documenten en conclusies als beleidsmatige richtlijnen zijn aan te merken, lijkt een zwakke binding op gespannen voet te staan met het beginsel van loyale samenwerking (art. 4, lid 3 VEU). Zeker als zo'n zwakke binding ertoe zou leiden dat minder strenge voorwaarden worden gesteld aan vergunningen. In dat geval wordt afbreuk gedaan aan het beoogde 'hoog beschermingsniveau voor het milieu' dat zowel in de IPPC-richtlijn als in de RIE als uitgangspunt geldt.[12] Bovendien heeft een zwakke werking al snel een concurrentievervalsing tussen lidstaten als gevolg. De IPPC-richtlijn is dan ook ter voorkoming van deze effecten vervangen door de RIE, en ook deze vervanging duidt erop dat een zwakke(re) binding niet voor de hand ligt.

Voor zover de BREF-documenten en -conclusies als deskundigenrichtlijnen zijn aan te merken, hebben ze ook veel weg van algemene 'deskundigenadviezen' over de in concreto voor te schrijven BBT. Het is daarom zinvol om deze documenten ook in verband te zien met de Awb-bepalingen over advisering, temeer omdat de Awb geen specifieke bepalingen over richtlijnen kent. Aan de Awb-bepalingen over advisering kunnen dan enkele specifiekere normen worden ontleend voor de toepassing van BREF-documenten en -conclusies. Zo vloeit uit artikel 3:49 Awb voort dat de vergunningverlening of -weigering in beginsel onder verwijzing hiernaar kan worden gemotiveerd. Nu BBT blijkens het bovenstaande een Europees begrip is dat aan de hand van de BREF-documenten en -conclusies geconcretiseerd[13] wordt, ligt zo'n verwijzing ook voor de hand. Wel vloeit uit artikelen 3:2 en 3:9 Awb voort dat bestuursorganen zich ervan moeten vergewissen dat het onderzoek dat eraan ten grondslag ligt, op zorgvuldige wijze heeft plaatsgevonden. Belangrijk in het licht van deze bepalingen is dat het bevoegde bestuursorgaan nagaat of, en zo ja in hoeverre, deze documenten en conclusies voldoende actueel zijn. BBT is immers een dynamisch begrip: de invulling ervan kan veranderen doordat er nieuwe technische inzichten of betere technieken zijn, of doordat bepaalde technieken die eerst te duur werden geacht inmiddels voor de sector betaalbaar zijn. Niet voor niets wordt in de considerans van de RIE gewezen op nieuwe, 'opkomende' technieken. De documenten en conclusies mogen dus niet klakkeloos worden gevolgd, zoals ook blijkt

---

11 Zie H.E. Bröring en G.J.A. Geertjes, 'Bestuursrechtelijke soft law in Nederland, Duitsland en Engeland', NTB 2013/12, die beleidsmatige richtlijnen in het voetspoor van Konijnenbelt als 'juridisch nihil' aanduiden.

12 Daaraan doet niet af dat op grond van art. 15, lid 4 RIE minder strenge emissiegrenswaarden kunnen worden vastgesteld. Deze bevoegdheid is immers zo strikt geclausuleerd dat ze alleen in specifieke plaatselijke omstandigheden toepassing kan vinden. Daardoor is ze eerder een bevestiging dan een ontkenning van de doelstellingen, vooral omdat op grond van art. 14, lid 4 wel in algemene zin strengere voorwaarden kunnen worden gesteld.

13 Zie M.P. Jongma, 'De doorwerking van Europese BREF-documenten in het nationale recht', M&R 2006, p. 348. Jongma wijst er wel op dat binnen dit geobjectiveerde begrip volop nadere concretisering vereist is.

uit artikel 3:50 Awb. Volgens deze bepaling kan van adviezen worden afgeweken, mits dit gemotiveerd gebeurt. Bij afwijking van deskundigenadvies (of deskundigenrichtlijnen) zal dan doorgaans deskundig tegenadvies (contraexpertise) moeten worden ingewonnen. De slotsom is dan dat het bestuursorgaan altijd verantwoordelijk blijft voor het op basis van een BBT-conclusie genomen besluit. Het moet dus beoordelen of er aanleiding is om daarvan af te wijken; bijvoorbeeld vanwege 'plaatselijke milieuomstandigheden', die zowel volgens de IPPC-richtlijn als volgens de RIE medebepalend zijn voor BBT en de daarop gebaseerde emissiegrenswaarden.

2.3 Toepassing in de praktijk

Uit de jurisprudentie (die nog voornamelijk over de IPPC-richtlijn gaat) blijkt dat de Nederlandse bestuursorganen de BREF-documenten en BBT-conclusies soms (vaak?) automatisch overnemen.[14] Daarbij dient te worden bedacht dat in de jurisprudentie nog steeds beoordelingsvrijheid wordt aangenomen bij het bepalen van BBT. Als gevolg daarvan toetst de rechter de vergunningverlening terughoudend. In verschillende uitspraken wordt overwogen dat zolang de voorschriften binnen de emissieranges van het BREF blijven, deze 'derhalve' als toepassing van BBT zijn aan te merken.[15]

Het automatisch overnemen van BREF-documenten en -conclusies leidt er soms toe dat vergunningen gebaseerd worden op gedateerde gegevens. In een uitspraak uit 2007 betwistten enkele milieuorganisaties de als BBT aangemerkte rookgasreinigingsinstallatie. Zij stelden dat een andere techniek had moeten worden voorgeschreven. De Afdeling overwoog dat deze andere techniek in het BREF-document nog als 'veelbelovend' was aangeduid, maar dat uit de stukken bleek dat daarmee reeds ten tijde van het bestreden besluit een zeer sterke emissiereductie kon worden gerealiseerd. De technieken die conform de BREF waren aangewezen, konden daarom niet langer als BBT worden aangemerkt. Van belang was daarbij dat het BREF-document ten tijde van het bestreden besluit reeds vijf jaar oud was en dat binnen afzienbare tijd een herziening te verwachten was.[16]

In een uitspraak uit 2008 ging het om de vraag of niet in plaats van een hogedrukwasser een doekfilter had moeten worden voorgeschreven. De Afdeling overwoog dat uit het deskundigenbericht van de Stichting Advisering Bestuursrechtspraak (StAB) bleek dat het BREF niet als actuele beschrijving van BBT kon worden gezien. Ten eerste dateerden de in het BREF verwerkte inzichten uit 1997 en werd het BREF herzien. Ten tweede was in een andere BREF uit 2006 een aanmerkelijk lagere grensemissiewaarde aangehouden. Van belang achtte de Afdeling verder nog dat het om

---

14 Zie ook A. van Rossem, 'RIE vervangt IPPC', NtER 2011, p. 236, die stelt dat BREF-documenten in Nederland in hoge mate bepalend zijn voor de aan een vergunning te verbinden voorschriften.

15 Zie o.a. ABRvS 22 juli 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BJ3426, JOM 2009/717. In ABRvS 4 april 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BW0776, AB 2012, 244, m.n. Spaans, wordt overwogen dat er geen aanleiding is voor het oordeel dat het bestuursorgaan, rekening houdend met de ranges uit het BREF, niet van de gestelde voorschriften mocht uitgaan.

16 ABRvS 21 december 2007, ECLI:NL:RVS:2007:BC1391, JOM 2008/130.

extreem risicovolle toxische stoffen ging en dat door toepassing van een doekfilter een grote emissiereductie van deze stoffen kon worden bereikt.[17]

Een ander gevaar is dat plaatselijke milieuomstandigheden waarmee volgens de IPPC-richtlijn ook rekening moet worden gehouden bij het bepalen van BBT, buiten de besluitvorming blijven. Opmerkelijk zijn wat dat betreft enkele rechterlijke uitspraken waarin de beroepsgrond dat er vanwege plaatselijke milieuomstandigheden verdergaande vergunningseisen hadden moeten worden vastgesteld, wel erg gemakkelijk gepasseerd wordt. Zo overwoog de Afdeling ten aanzien van de beroepsgrond dat verdergaande maatregelen vereist waren omdat de inrichting op een van de meest vervuilde plekken van Europa lag, dat appellante niet dan wel onvoldoende gemotiveerd had waarom dit nodig is in het belang van de bescherming van het milieu.[18] In feite komt het er dan op neer dat het bevoegd gezag van BREF-documenten en -conclusies mag uitgaan 'behoudens tegenbewijs'.[19] Dat lijkt mij niet in overeenstemming te zijn met de beide richtlijnen, die er juist van uitgaan dat het bestuursorgaan ambtshalve beoordeelt of de genoemde omstandigheden zich voordoen.

Overigens kan men zich afvragen of de beoordelingsvrijheid die bij het bepalen van BBT in de Nederlandse jurisprudentie in algemene bewoordingen wordt aangenomen, terecht is. Het gaat immers bij BBT, zoals Jongma stelt, om een 'geobjectiveerd Europees begrip' dat nog nadere concretisering behoeft. Er is dus wel sprake van beoordelingsruimte, maar of deze ruimte als vrijheid is aan te merken is zeer de vraag, vooral nu met de vervanging van de IPPC-richtlijn door de RIE een sterkere binding aan BBT-conclusies beoogd is. De 'soft law' lijkt daarmee minder soft te zijn geworden.

3 Richtsnoeren in het mededingingsrecht

Op grond van de Mededingingswet is de Autoriteit Consument en Markt (ACM) belast met het toezicht op de naleving van deze wet. In het kader hiervan moet de ACM o.a. de toelaatbaarheid van samenwerkingsovereenkomsten tussen ondernemingen en fusies van ondernemingen beoordelen. Het criterium dat daarbij van belang is, is of gesproken kan worden van een 'economische machtspositie' die een 'belemmering van de mededinging' inhoudt. Volgens vaste jurisprudentie beschikt de ACM bij het waarderen van de feiten en omstandigheden die in dat verband relevant zijn over 'een zekere beoordelingsvrijheid'.[20]

De noodzaak van ingrijpen door de ACM moet echter wel worden beoordeeld in het licht van diverse richtsnoeren van de Commissie. Van belang zijn onder meer de

---

17 ABRvS 28 mei 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BD2643, JOM 2008/470.

18 ABRvS 21 december 2007, ECLI:NL:RVS:2007:BC1400, JOM 2008/131. Zie voorts ABRvS 8 maart 2006, ECLI:NL:2006:AV3878, JOM 2007/221, en ABRvS 27 augustus 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BE9313, JOM 2008/712.

19 Zie ook H.G. Sevenster en A.J. Kuipers, 'BBT in vogelvlucht', in: I. Smorenburg-van Middelkoop en R. Uylenburg, *De beste beschikbare technieken, van IPPC naar IED: Ontwikkeling, toepassing en toetsing van BBT*, Groningen: Europa Law Publishing 2012, p. 9.

20 Zie CBb 27 september 2002, ECLI:NL:CBB:2002:AE8688, waarnaar steevast wordt verwezen.

Richtsnoeren over de toepasselijkheid van artikel 101 VWEU op horizontale samenwerkingsovereenkomsten,[21] de Richtsnoeren voor de beoordeling van horizontale fusies[22] en de Richtsnoeren van de Commissie voor de marktanalyse en de beoordeling van aanmerkelijke marktmacht in het bestek van het gemeenschappelijk regelgevingskader voor elektronische communicatienetwerken en -diensten.[23]

3.1 EU-status

De eerstgenoemde richtsnoeren gaan over de toelaatbaarheid van horizontale samenwerkingsovereenkomsten. Beoogd wordt een analytisch kader te bieden voor de meest gangbare vormen van deze overeenkomsten. Uit de considerans blijkt echter dat de beoordelingscriteria niet bedoeld zijn als 'checklist' die automatisch kan worden toegepast. Benadrukt wordt ook dat elke zaak op basis van de specifieke feitelijke omstandigheden moet worden beoordeeld en dat een 'soepele toepassing' van de richtsnoeren noodzakelijk kan zijn. De bindende werking ervan lijkt dan vrij gering te zijn.

In de 'fusierichtsnoeren' licht de Commissie toe hoe zij op grond van artikel 2 van de EG-concentratieverordening horizontale fusies zal beoordelen op hun verenigbaarheid met de gemeenschappelijke markt.[24] Daartoe moet een aantal prospectieve criteria worden toegepast. Hoewel de richtsnoeren zelf spreken over interpretatie van de verordening, gaat het in wezen om het kwalificeren van de relevante feiten: is sprake van een significante belemmering van de daadwerkelijke mededinging op de relevante markt.

De richtsnoeren voor de marktanalyse en het beoordelen van marktmacht zijn gebaseerd op artikel 15, lid 2 van de Kaderrichtlijn. Aan deze richtsnoeren dienen de bevoegde bestuursorganen in de lidstaten zich op grond van artikel 14, lid 2 'zeer zorgvuldig te houden' bij het beoordelen van machtsposities. Volgens het derde lid van artikel 15 dient bij het beoordelen van relevante markten 'zo veel mogelijk rekening' te worden gehouden met de richtsnoeren. De bindende werking die beoogd wordt, is dan aanzienlijk sterker dan die van de eerstgenoemde richtsnoeren.

3.2 De juridische status volgens Nederlands bestuursrecht

Bovengenoemde richtsnoeren zijn om dezelfde redenen als de in de vorige paragraaf behandelde BREF-documenten geen beleidsregels, maar 'richtlijnen'. Anders dan de BREF-documenten, die deels als deskundigenrichtlijnen zijn aan te merken, zijn de mededingingsrechtelijke richtsnoeren louter beleidsmatige richtlijnen.

De juridische binding daaraan is, zoals hiervoor is aangegeven, sterker dan doorgaans wordt aangenomen bij beleidsmatige richtlijnen van Nederlandse

---

21 Richtsnoeren van de Europese Commissie van 14 januari 2011 (*PbEU* 2011, C 11/1).

22 Richtsnoeren van de Europese Commissie van 5 februari 2004 (*PbEU* 2004, C 31/3).

23 Richtsnoeren van de Europese Commissie van 11 juli 2002 (*PbEG* 2002, C 165/3).

24 Omdat deze richtsnoeren invulling geven aan een eigen bevoegdheid van de Commissie, worden ze als 'decisoire' soft law aangeduid. Zie J. Luijendijk en L.A.J Senden, 'Preadvies NVER: De gelaagde doorwerking van Europese administratieve soft law in de nationale rechtsorde', *SEW* 2011/116, p. 317.

bestuursorganen. Van belang is daarbij het besef dat de communautaire doelstelling van een gemeenschappelijke markt niet realiseerbaar is zonder een gemeenschappelijk beoordelingskader ten aanzien van het toezicht door nationale marktmeesters. Voorkomen moet worden dat de (vaak aanzienlijke) beoordelingsruimte die inherent is aan mededingingsrechtelijke bepalingen, per lidstaat anders wordt ingevuld. Het beginsel van loyale samenwerking vergt dan een sterke oriëntatie op de richtsnoeren.

Voor een nadere duiding van de juridische betekenis of binding moeten de desbetreffende richtsnoeren zelf worden geraadpleegd en de daaraan ten grondslag liggende documenten. Dan blijkt dat de richtsnoeren voor het beoordelen van samenwerkingsovereenkomsten een betrekkelijk geringe binding hebben, omdat de criteria niet als checklist mogen worden gebruikt. De richtsnoeren voor de beoordeling van marktmacht lijken daarentegen een sterkere binding te genereren, omdat in artikel 14 en 15 van de Kaderrichtlijn besloten ligt dat de ACM geacht wordt conform de richtsnoeren te handelen. Ook de 'fusierichtsnoeren' genereren een sterke binding, omdat de Commissie daarin haar eigen bevoegdheden invult en zodoende zichzelf bindt. Het ligt dan voor de hand dat ACM daar in gelijke mate aan gebonden is.

In de praktijk bestaat die binding ook sinds 2007, toen de (toenmalige) NMa een beleidsregel vaststelde, waarin bij de 'fusierichtsnoeren' van de Commissie wordt aangesloten.[25] Dat betekent dat afwijking van deze richtsnoeren, anders dan op grond van bijzondere omstandigheden (die zich bijna nooit voordoen), niet is toegestaan. Deze sterke binding is natuurlijk – mede ter voorkoming van discrepanties tussen Nederlands en Europees toezicht – toe te juichen. Toch rest de vraag of de beleidsregel niet anders opgesteld had moeten worden. Er wordt namelijk alleen bepaald dat bij de richtsnoeren 'wordt aangesloten', maar van een 'omzetting' ervan in de beleidsregels is geen sprake. Dat is vanuit het oogpunt van de ACM ongetwijfeld handig: voorkomen wordt zo dat elke wijziging van de richtsnoeren tot een wijziging van de beleidsregels aanleiding geeft. De rechtszekerheid is echter minder gediend met de 'lege' beleidsregel; zeker nu daarin ook niet wordt aangegeven in hoeverre de richtsnoeren in de loop van de tijd zijn gewijzigd. In feite staat dan de kenbaarheid van deze regels op het spel.

De beide andere richtsnoeren hebben niet tot een omzetting of overneming in beleidsregels geleid. Voor zover het om de richtsnoeren voor het beoordelen van samenwerkingsovereenkomsten gaat, ligt dat overigens ook niet voor de hand. Het soepel omgaan met deze richtsnoeren dat als uitgangspunt geldt, staat immers op gespannen voet met de binding die inherent is aan beleidsregels. Bij de richtsnoeren voor het beoordelen van marktmacht ligt de situatie echter anders. Niet alleen gaat de Kaderrichtlijn ervan uit dat de nationale marktmeesters zo veel mogelijk conform de richtsnoeren handelen, maar deze lenen zich ook voor een omzetting in nationale beleidsregels. De richtsnoeren bevatten immers voornamelijk criteria voor het beoordelen van marktposities, marktmacht enzovoort. Waarom aan dit beoordelingskader een zwakkere binding zou toekomen dan uit artikel 4:84 Awb

25 Zie *Stcrt.* 2007, 173. Inmiddels is deze NMa-beleidsregel zonder wijzigingen omgezet in een beleidsregel van de ACM.

voortvloeit, valt moeilijk in te zien. Ten slotte is het Nederlandse mededingingsrecht ook gebaat bij een uniforme Europese aanpak.[26]

3.3 Toepassing in de praktijk

Uit de jurisprudentie blijkt dat de ACM en voordien de NMa de richtsnoeren als uitgangspunt hanteren bij hun toezicht. Dat ligt gelet op het vorenstaande ook voor de hand; zeker bij de 'fusierichtsnoeren' die immers in beleidsregels zijn overgenomen. In een uitspraak uit 2001 wordt dan ook overwogen dat de NMa deze richtsnoeren 'terecht als beoordelingskader' voor de ter discussie staande fusie had gehanteerd.[27] Vernietigingen van besluiten die in overeenstemming met dit kader zijn genomen, zijn mij dan ook niet bekend. Wel is soms sprake van een motiveringsgebrek. Zo overwoog het CBb in 2010 dat de OPTA de geografische markt van enkele kabelbedrijven niet in overeenstemming met de richtsnoeren had afgebakend, omdat ze niet aannemelijk had gemaakt dat sprake was van duidelijk afwijkende concurrentievoorwaarden in hun verzorgingsgebieden.[28] De vraag rijst overigens of de aanname van een 'zekere beoordelingsvrijheid' in de jurisprudentie van het CBb niet op gespannen voet staat met de betekenis van de richtsnoeren. Dat is met name het geval bij de 'fusierichtsnoeren' die door de ACM in een beleidsregel zijn overgenomen. Mocht er al sprake zijn van beoordelingsvrijheid, dan lijkt die zich in deze beleidsregel op te lossen.

4 Conclusies

Deze bijdrage gaat over de inbedding van Europese soft law in het Nederlandse bestuursrecht. Met betrekking tot de centrale vraag: Hoe werkt deze door in de bestuurlijke besluitvorming?, kunnen de volgende conclusies worden getrokken.

1. De eerste is dat soft law vaak heel verschillend van karakter is. Zo kan soft law heel tentatief geformuleerd zijn, maar ook heel dwingend. Een bijkomend probleem is dat wat in eerste instantie als soft law moet worden aangemerkt, in de loop van de tijd zijn softe karakter kan verliezen. De BREF-documenten (die nu van BBT-conclusies moeten zijn voorzien) zijn hiervan een duidelijk voorbeeld. Het is daarom moeilijk om in algemene termen over dé betekenis van of binding aan soft law te spreken.
2. Volgens Nederlands bestuursrecht moeten soft law-documenten als richtlijnen worden aangemerkt, ook als ze door de Commissie zijn opgesteld als concretisering van haar bevoegdheden. De documenten hebben dus ook binnen de Nederlandse context niet als zodanig verbindende kracht. Er kan echter wel een indirecte bindende werking van uitgaan. Voor zover sprake is van

---

26 Zie ook de MvT bij de Mededingingswet (*Kamerstukken II* 1995/96, 24 707, nr. 3) waar gewezen wordt op het uitgangspunt dat de Mw niet soepeler, maar ook niet strenger dan de EU-mededingingsregels dient te zijn.

27 Rb. Rotterdam 24 februari 2011, ECLI:RBROT:2011:BP5712.

28 CBb 18 augustus 2010, ECLI:CBB:2010:BN4243.

deskundigenrichtlijnen vloeit deze uit de artikel 3:2 en 3:46 Awb voort. Voor zover het om beleidsmatige richtlijnen gaat, kan deze gebaseerd worden op het beginsel van loyale samenwerking. Ten slotte kunnen soft law-documenten ook door de bevoegde Nederlandse bestuursorganen in beleidsregels worden omgezet of overgenomen. In dat geval komt er via artikel 4:84 Awb een sterke binding aan de soft law-documenten toe. Het is overigens de vraag of zo'n omzetting in beleidsregels, juist vanwege die sterke binding, altijd verstandig is. Soms is er behoefte aan het ontwikkelen van maatstaven die ruimte laten voor het wegen van specifieke omstandigheden. Het vaststellen van beleidsregels verdraagt zich daar niet goed mee.

3. Voor zover soft law-documenten het karakter van algemene adviezen hebben, is het zinvol om bij het toepassen ervan de Awb-bepalingen over advisering in aanmerking te nemen. Met behulp van de normen die daaruit voortvloeien, kan worden voorkomen dat soft law min of meer automatisch wordt toegepast, zonder acht te slaan op de actualiteitswaarde ervan of op de ruimte voor andersoortige overwegingen. Met name moet worden gedacht aan de vergewisplicht van artikel 3:9 Awb en de bevoegdheid van artikel 3:50 Awb om gemotiveerd van adviezen af te wijken.
4. Het is de vraag of de algemene (en vaak ongemotiveerde) aanname van 'een zekere beoordelingsvrijheid' in de Nederlandse jurisprudentie nog reëel is, als het gaat om EU-gerelateerde normen waarvoor soft law is vastgesteld. De soft law brengt immers vaak een binding mee die niet goed te rijmen valt met het aannemen van beoordelingsvrijheid, met name niet als de soft law in een beleidsregel is omgezet of overgenomen, zoals bij de 'fusierichtsnoeren' het geval is.

   De eventuele aanwezigheid van beoordelingsvrijheid moet daarom in het licht van de toepasselijke Europese soft law worden beoordeeld. In ieder geval lijkt het raadzaam preciezer aan te geven in welk opzicht deze vrijheid bestaat. In het verlengde daarvan is het zaak dat de intensiteit van de rechterlijke toetsing daarmee in overeenstemming wordt gebracht. Nu beperkt de rechter zich soms te zeer tot een marginale toetsing van besluiten die niet (helemaal) in overeenstemming zijn met de letter of strekking van de toepasselijke soft law.

Tussen de Straatsburgse kat en de Brusselse hond

Nadeelcompensatie onder invloed van Europees recht

Michiel Tjepkema[*]

1 Nadeelcompensatie tegen de achtergrond van Europees recht

Europees recht speelt in nadeelcompensatieprocedures zeer geregeld een belangrijke rol. Nederlandse ondernemingen (want daar gaat het in deze bijdrage in hoofdzaak over) krijgen veelvuldig te maken met rechtmatige maatregelen die een achtergrond hebben in het Unierecht en lijden daardoor vaak schade. Het is niet moeilijk enige voorbeelden te noemen: denk aan een richtlijn die tot gevolg heeft dat de overheid het stimuleren van energielabels in woningen stopzet,[1] besluiten tot herstel van de Europese aal (die op nationaal niveau zijn geïmplementeerd in een aalbeheersplan)[2] of het aanwijzen van speciale vogelbeschermingszones op basis van de Vogelrichtlijn.[3] Ook de grote hoeveelheid jurisprudentie over schade ten gevolge van de bestrijding van besmettelijke dier- en plantenziektes heeft meestal een achtergrond in het EU-recht.[4] Het opereren binnen een (mede) door Europees recht gereguleerde markt merkt deze ondernemer ook wanneer hij stelt onevenredig nadeel te lijden. In dat verband is namelijk mede van belang of de schadeveroorzakende maatregelen voorzienbaar zijn. De 'redelijk denkende en handelende' ondernemer dient zich daarbij ook te oriënteren op handelingen van de EU of de implementatie van beperkend beleid in andere lidstaten.[5]

Europees recht beperkt de ondernemer natuurlijk niet alleen in zijn doen en laten, maar beschermt hem ook. Tegen vervalsing van de mededinging bijvoorbeeld, zodat hij de Europese Commissie kan vragen te oordelen over de verenigbaarheid van een compensatie met het staatssteunrecht. Ook artikel 1 Eerste Protocol EVRM is nog altijd een veel ingeroepen beginsel in civiele en bestuursrechtelijke nadeelcompensatieprocedures. Overheden moeten derhalve behoedzaam opereren: zij mogen de

---

* Mr. M.K.G. Tjepkema is universitair hoofddocent staats- en bestuursrecht aan de Universiteit Leiden. De titel van deze bijdrage is ontleend aan de *Verwachting* van E.J. Daalder, 'Het tweesnijdend zwaard van Vrouwe Justitia', NTB 2006, p. 26, die het opereren tussen de eisen van het staatssteunrecht en die van het EVRM heeft beschreven als een *prisoner's dilemma* voor de overheid: word je door de Straatsburgse kat of door de Brusselse hond gebeten?

1 Rb. Den Haag 14 mei 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:5878.

2 Rb. Dordrecht 16 november 2009, ECLI:NL:RBDOR:2009:BK3711.

3 ABRvS 9 juni 2003, BR 2004, 686, m.nt. Van Ravels.

4 Zie voor plantenziektes CBb 16 april 2009, ECLI:NL:CBB:2009:BI1931.

5 HR 11 september 2009, NJ 2010, 369 (*Cagemax*), ABRvS 27 april 2011, AB 2011, 150, m.nt. Van Ravels (*Kokkelvisserij*) en (in de context van art. 1 EP EVRM) Rb. Den Haag 2 november 2011, ECLI:NL:RBSGR:2011:BP4426 (*Fresh mushrooms*), sub 4.5.

bovengrens van het staatssteunrecht niet overstijgen, maar moeten ook de ondergrens van het eigendomsrecht respecteren. In deze bijdrage heb ik niet de pretentie kant-en-klare oplossingen aan te reiken die bestuursorganen hierbij kunnen helpen (die zijn er immers niet) maar wil ik wel enige lijnen trekken in de Europeanisering van het nadeelcompensatierecht. Ik richt mij daarbij vooral op Nederland, al zijn de in deze bijdrage gesignaleerde Europeaniseringstendensen ook voor andere landen relevant.[6] Daarbij ga ik zowel in op het Unierecht (par. 2 en par. 3) als op het EVRM (par. 4), en maak ik in par. 5 enige rechtsvergelijkende opmerkingen, waarbij ik ook kort inga op het initiatief van de European Group on Tort Law om algemene principes voor overheidsaansprakelijkheidsrecht te formuleren.

2 De bovengrens van het staatssteunrecht (art. 107 VWEU)

Het nadeelcompensatierecht heeft de afgelopen jaren een enorme vlucht genomen. Van Ravels spreekt in dit verband van een paradoxale ontwikkeling, waarbij nadeelcompensatie zich heeft ontwikkeld van een voorziening voor uitzonderlijke, want speciale en abnormale gevallen, naar een voorziening die soms compensatie biedt aan vrij omvangrijke groepen van personen. Hoewel hij de verwachting uitspreekt dat de komende jaren de nadruk meer zal komen te liggen op de gedachte dat nadeelcompensatie een voorziening is die voorbehouden is aan abnormale en speciale gevallen,[7] roept deze ontwikkeling de vraag op of bestuursorganen zich, door op een grotere schaal nadeelcompensatie te verstrekken dan voorheen gebruikelijk was, soms niet bevinden in het vaarwater van het staatssteunrecht.

Uitgangspunt is volgens het Hof van Justitie dat steunmaatregelen een 'fundamenteel ander karakter [hebben] dan vergoedingen die de nationale autoriteiten op grond van een rechterlijke uitspraak eventueel aan particulieren moeten betalen'.[8] Hierop aansluitend heeft de Commissie gesteld dat een schadevergoeding die wordt verstrekt op basis van een rechtsplicht per definitie een compensatoir karakter heeft en bepaalde bedrijven niet selectief kan bevoordelen:

> 'Een schadevergoeding brengt doorgaans geen selectief voordeel voor de betrokken onderneming met zich mee voor zover zij louter dient ter compensatie van schade ten gevolge van een overheidsingrijpen waarbij de schadevergoeding het directe resultaat is van dit overheidsingrijpen en bepaald wordt op grond van een algemene schadevergoedingsregeling die rechtstreeks gebaseerd is op het door de rechter erkende grondwettelijk eigendomsrecht.'[9]

---

6 Zie ook J.E. Hoitink, 'De communautarisering van het nadeelcompensatierecht', in: T. Barkhuysen, W. den Ouden en E. Steyger (red.), *Europees recht effectueren*, Deventer: Kluwer 2007, p. 283 e.v.

7 B.P.M. van Ravels, 'Schadevergoeding (w.o. onrechtmatige overheidsdaad)', NTB 2012, 30.

8 HvJ EG 27 september 1988, *AB* 1991, 314 (*Asteris*).

9 Zie bijv. Commissiebeschikking 16 juni 2004, N304/2203 (*Akzo Nobel*).

Het lastige is echter dat de betekenis van het égalitébeginsel niet vastomlijnd is en dat bestuursorganen en wet- en regelgevers – die als eerste aan zet zijn om aan het égalitébeginsel invulling te geven – soms geneigd zijn om de criteria van de 'speciale' en 'abnormale' last rekkelijk te interpreteren. Binnen het geheel aan wettelijke nadeelcompensatieregelingen en -regimes kan in dit verband grofweg een onderscheid worden gemaakt tussen twee soorten regelingen. Ten eerste zijn er regelingen die voor een niet nader genoemde groep personen een recht op nadeelcompensatie in het leven roepen, welk recht door de criteria van de 'speciale' en 'abnormale' last wordt geregeerd, of waarbij soms nog de oude 'redelijkerwijsformule' van toepassing is. Te denken valt aan de aanstaande regeling van nadeelcompensatie in de Awb, artikel 7:14 Waterwet, de Algemene Verordening Nadeelcompensatie Amsterdam of de Beleidsregel nadeelcompensatie Infrastructuur en Milieu 2014. Het is denkbaar dat bij de toepassing van een dergelijke regeling zodanig wordt afgeweken van de gebruikelijke strenge toets aan het égalitébeginsel dat het staatssteunrecht in beeld komt. Toch heb ik de indruk dat de Commissie, indien zij zich zou moeten buigen over op basis van dit soort regelingen genomen beschikkingen, niet snel zal oordelen dat deze (mogelijk) verboden staatssteun opleveren. Het lijkt erop dat de Commissie, ook als het gaat om compensaties van tientallen miljoenen aan een enkel bedrijf (in het kader van bedrijfsverplaatsingen bijvoorbeeld) daarbij doorslaggevend acht dat de compensatie is toegekend op basis van een algemene (dat wil zeggen: op een onbepaalde groep ondernemingen van toepassing zijnde) regeling, en dat op basis daarvan niet de gehele schade, maar slechts een deel daarvan wordt vergoed.[10]

Vanuit een staatssteunrecht discutabeler is een tweede type nadeelcompensatieregime, waarbij aan het égalitébeginsel nader invulling wordt gegeven voor een welomlijnde groep ondernemingen. Een mooi voorbeeld is de aan ziekenhuizen aanvankelijk in het vooruitzicht gestelde regeling in verband met de oplopende kosten die zij moesten maken ten gevolge van het afschaffen van het zogenoemde bouwregime. De technische details van die zaak zijn minder interessant dan het gegeven dat de minister de nadeelcompensatieregeling aanvankelijk beoogde het sluitstuk te laten zijn voor die ziekenhuizen die – ook na het toepassen van een overgangsregeling – in hun voortbestaan bedreigd zouden worden. De in dat verband opgestelde ministeriële regeling liet er weinig twijfel over bestaan dat de minister hiermee de 'égalitégevallen' op het oog had,[11] wat wordt bevestigd door een brief van de minister aan de kamer dat met de nadeelcompensatie 'invulling wordt gegeven aan de nadeelcompensatie zoals ons recht dit kent'.[12] In een dergelijk geval dient zich de vraag aan hoe gerechtvaardigd kan worden dat voor één omlijnde groep ondernemingen een bijzonder nadeelcompensatieregime in het leven moet worden geroepen. Kennelijk omdat de algemene aansprakelijkheidsregels niet voldoen, maar

---

10 Zie bijv. Commissiebeschikking 20 december 2006, N 575/2005 (*Bedrijfsverplaatsing Steenbergen*).

11 Instellingsregeling commissie nadeelcompensatie afschaffing bouwregime en kapitaallasten ziekenhuizen. Zie over deze casus uitvoerig P.C. Adriaanse, 'Vergoedende maatregel of steunmaatregel. Het Europese staatssteunrecht als begrenzer van schadevergoedingen', in: T. Barkhuysen, W. den Ouden en M.K.G. Tjepkema (red.), *Coulant compenseren?*, Deventer: Kluwer 2012, p. 641-658.

12 Kamerbrief van de minister van VWS d.d. 16 oktober 2008.

waarom niet? Wat maakt het lot van kokkelvissers, aalvissers en plantentelers – om enkele andere voorbeelden te noemen – zo ernstig dat zij aanspraak kunnen maken op een eigen regime wanneer rechtmatig overheidshandelen hun schade berokkent?[13] De reden moet worden gezocht in politieke overwegingen: een succesvolle lobby, de wens om het een sector die reeds in zwaar weer verkeert niet nog moeilijker te maken of het vergemakkelijken van het bereiken van beleidsdoelen.[14]

In het bijzonder bij dit tweede type regeling komt het staatssteunrecht al snel in zicht en blijkt dit recht soms ook daadwerkelijk een reden om een bijzonder compensatieregime te 'downsizen'. Het voorbeeld van de ziekenhuizen en hun oplopende bouwkosten laat dat goed zien. Uiteindelijk heeft de minister ingezien dat het niet goed mogelijk is om aan de hand van objectieve kenmerken aan te tonen dat specifieke ziekenhuizen ten gevolge van beleidswijzigingen onevenredig nadeel ondervinden ten opzichte van andere ziekenhuizen. Bovendien, zo meende de minister, zijn additionele financiële voorzieningen kwetsbaar in het licht van de Europese staatssteunregels.[15] Onder de huidige omstandigheden sluit de minister een recht op nadeelcompensatie nog steeds niet geheel uit,[16] maar van het idee om nadeelcompensatie op voorhand in het vooruitzicht te stellen als onderdeel van het totaalpakket van maatregelen om met de lastenverzwaringen van de ziekenhuizen rekening te houden, is de minister afgestapt. De redenen daartoe waren mede aan het staatssteunrecht ontleend.

Dit voorbeeld kan met andere worden aangevuld. Soms is het staatssteunargument voor een bewindspersoon een extra argument om niet te ruimhartig te compenseren, zoals voor oud-minister Verburg in de discussie over compensatie aan geitenhouders die zijn getroffen door de Q-koorts.[17] Staatssecretaris Dijksma heeft voorts de tegemoetkomingsregeling voor de sloopkosten van de gebouwen van de nertsenhouderij in Brussel gemeld, en is thans nog in afwachting van een beschikking.[18] Hoewel naar aanleiding van een door de Nederlandse overheid toegekende nadeelcompensatie voor zover ik weet nog nooit de formele onderzoeksprocedure is gestart, laten deze voorbeelden zien dat de staatssteunregels tegenwoordig een niet meer weg te denken toetsingsmaatstaf zijn bij de parlementaire behandeling van wetsvoorstellen die de eigendom van bedrijven reguleren of beperken.[19]

---

13 Zie resp. de ten behoeve van de kokkelvissers ingestelde Commissie nadeelcompensatie, de Tegemoetkoming tijdelijk aalvisverbod, *Stcrt.* 2010, 284 en de Kamerbrief van 14 augustus 2012, nr. 287935 over de vondst van de Pepper weevil (paprikasnuitkever) in het Westland.

14 Zie voor een bespreking (ook buiten het terrein van de nadeelcompensatie) M.K.G. Tjepkema, 'Tegemoetkomingen van overheidswege: ongeregeld en ondoorzichtig bestuur anno 2014', *NTB* 2014, p. 18-30.

15 *Kamerstukken I* 2009/10, 29 248, nr. F.

16 Zie o.m. CBb 6 mei 2014, ECLI:NL:CBB:2014:182 (sub 5) en meer CBb-uitspraken van dezelfde datum.

17 Verslag van een algemeen overleg over Q-koorts op 15 september 2010, p. 3-6, www.tweedekamer.nl.

18 *Kamerstukken II* 2013/14, 30 826, nr. 34, p. 1-2 (brief van de staatssecretaris van Economische Zaken d.d. 9 mei 2014).

19 Een dergelijke preventie functie komt ook toe aan art. 1 EP EVRM. Vgl. T. Barkhuysen en M.L. van Emmerik, 'De betekenis van art. 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM voor het Nederlandse recht inzake overheidsaansprakelijkheid', *O&A* 2002, p. 116.

3 Het EU-recht als ondergrens voor de verstrekking van nadeelcompensatie

3.1 EU-recht kan de toekenning van nadeelcompensatie beperken

Stelt het EU-recht ook op andere wijze grenzen aan op nationaal niveau verstrekte nadeelcompensatie? Kan het de mogelijkheid voor nationale organen om nadeelcompensatie te verstrekken beïnvloeden of daaraan grenzen stellen? Die vraag dringt zich op nu het, zoals gesteld, veel voorkomt dat nadeelcompensatie wordt gevorderd voor handelingen die bestuursorganen verrichten ter uitvoering van EU-recht. Voornoemde vragen kunnen in elk geval in één opzicht bevestigend worden beantwoord. Nadeelcompensatie mag niet worden verstrekt wanneer dat aan een EU-maatregel het 'effet utile' ontneemt en zo de doorwerking van het EU-recht bemoeilijkt.

Er zijn niet veel uitspraken van nationale rechters waarin dit aspect expliciet tot uitdrukking komt. Mogelijk heeft de wens om het 'effet utile' van EU-maatregelen niet te doorkruisen een rol gespeeld in de Afdelingsuitspraak over ESF-subsidies die op basis van communautair recht moeten worden teruggevorderd. De Afdeling heeft daarbij niet willen weten van de erkenning van het vertrouwensbeginsel als grondslag voor nadeelcompensatie aan de eindontvanger. Hoewel de Afdeling dat niet met zoveel woorden stelt (maar zich beperkt tot de stelling dat voor een 'verdere afweging' op basis van het nationale vertrouwensbeginsel geen plaats is) zou hierbij een rol kunnen hebben gespeeld dat het niet de bedoeling is dat via de weg van de nadeelcompensatie wordt gegeven wat de terugvordering beoogt weg te nemen.[20]

Duidelijker is een uitspraak van het CBb. Een suikerproducent kreeg een heffing opgelegd omdat ten aanzien van een bepaalde hoeveelheid suiker (die hij moest exporteren omdat hij eerder te veel had geproduceerd) niet was bewezen dat deze tijdig het grondgebied van de EU had verlaten. De heffing vloeide voort uit een verordening, die geen ruimte liet om de heffing kwijt te schelden. De producent kwam op tegen het besluit waarbij de heffing werd gehandhaafd, stellend dat verweerder zijn verplichting schond om de betrokken belangen tegen elkaar af te wegen door in het kader van voornoemd besluit te weigeren hem nadeelcompensatie toe te kennen. Het CBb wees erop dat uit artikel 3:4 lid 1 Awb een beperking kan voortvloeien om belangen af te wegen indien dit uit een wettelijk voorschrift of uit de aard van de uit te oefenen bevoegdheid voortvloeit. Niet alleen, zo stelde het CBb, kon de verordening worden gezien als een wettelijk voorschrift dat zich tegen de toekenning van nadeelcompensatie verzet, maar ook uit de aard van de bevoegdheid vloeide een beperking voort:

> 'Het financieel compenseren van een nadeel dat het gevolg is van, althans samenhangt met, de oplegging van een marktordenende heffing als in geding, ontneemt aan die heffing het effect dat met de gemeenschappelijke marktordening is beoogd. Zodanige

20 ABRvS 24 december 2008, *AB* 2009, 96, m.nt. Den Ouden. Zie daarover kritisch J.H. Jans, S. Prechal en R.J.G.M. Widdershoven, *Inleiding tot het Europees bestuursrecht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2011, p. 178.

nadeelcompensatie zou hier naar het oordeel van het College een verboden maatregel vormen die inbreuk maakt op de gemeenschappelijke marktordening in de zin van [HvJ EG 26 mei 2005, Kuipers, C-283/03, http://curia.europa.eu/, punt 37, en arrest van 19 maart 1998, Compassion in World Farming, C-1/96, Jurispr. p. I-1251, punt 41].'[21]

Aangenomen moet worden dat het oordeel van het CBb niet anders zou hebben geluid wanneer het had moeten oordelen over de afwijzing van een zuiver nadeelcompensatiebesluit op basis van het égalitébeginsel in plaats van over een onzelfstandig nadeelcompensatiebesluit. Wel is de vraag hoe dat zou moeten worden beredeneerd. Wellicht kan als lijn worden aangehouden dat ook een zelfstandig schadebesluit op basis van het égalitébeginsel de mogelijkheid veronderstelt om belangen af te wegen,[22] zodat ook dan artikel 3:4 lid 1 Awb zijn beperkende werking doet gevoelen. Meer in het algemeen dringt zich de vraag op of artikel 3:4 Awb wel geschikt is als nadeelcompensatiegrondslag wanneer het Unierecht nationale bestuursorganen dwingt een besluit van een bepaalde strekking te nemen. De toepassing van artikel 3:4 Awb impliceert immers dat er ruimte bestaat om belangen af te wegen, wat in de Unierechtelijke context lang niet altijd het geval is. Bovendien kan het besluit bij een toets aan artikel 3:4 Awb soms pas effect sorteren wanneer in rechte is komen vast te staan dat de geschade belangen in voldoende mate zijn gecompenseerd, waar veel tijd overheen kan gaan. Dat is voor Den Ouden en mij aanleiding geweest om te pleiten voor het vertrouwensbeginsel als zelfstandige grondslag voor nadeelcompensatie, althans wanneer de schade zijn oorzaak (mede) vindt in de schending van gerechtvaardigd vertrouwen en de toekenning van een compensatie het 'effet utile' van de door het Unierecht ingegeven maatregel niet belemmert. Een aanvullend argument is dat het vertrouwensbeginsel ruimere mogelijkheden biedt tot compensatie dan het égalitébeginsel.[23]

3.2 *Kan EU-recht de toekenning van nadeelcompensatie op nationaal niveau verlangen?*

Het voorgaande laat zien dat het EU-recht een rol speelt als *begrenzer* van nadeelcompensatie, voor zover dit de mededinging verstoort of de effectieve doorwerking van EU-recht belemmert. Een vervolgvraag is of uit het EU-recht ook *verplichtingen* voor lidstaten kunnen voortvloeien om bij de rechtmatige uitvoering van maatregelen die een achtergrond hebben in het EU-recht een compensatie te verstrekken. Het zou daarbij gaan om de nadeelcompensatierechtelijke pendant van de *Francovich*-rechtspraak, waarin het Hof van Justitie de lidstaataansprakelijkheid positioneerde als een beginsel van gemeenschapsrecht, dat de lidstaten verplicht de schade te vergoeden die particulieren hebben geleden als gevolg van een toerekenbare

---

21 CBb 24 september 2008, ECLI:NL:CBB:2008:BF8933, *AB* 2008, 374, m.nt. Ortlep.

22 Zie o.m. ABRvS 16 maart 2005, ECLI:NL:RVS:2005:AT0552. Zie ook M.K.G. Tjepkema, *Nadeelcompensatie op basis van het égalitébeginsel* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2010, p. 207-208.

23 W. den Ouden en M.K.G. Tjepkema, 'Schadevergoeding bij de intrekking van begunstigende beschikkingen', *O&A* 2010, p. 152-173. Zie ook CBb 14 april 2011, *AB* 2011, 268, m.nt. Den Ouden en Tjepkema (*De Groene Vlieg II*); vgl. Ortlep in zijn noot bij CBb 27 juni 2008, ECLI:NL:CBB:2008:BD5867, *AB* 2008, 282.

schending van het gemeenschapsrecht.[24] Het Hof heeft later benadrukt dat het geen verschil wenst te maken tussen de voorwaarden voor nationale overheidsaansprakelijkheid (bij schendingen van EU-recht) en de voorwaarden die gelden voor de aansprakelijkheid van de EU zelf.[25] De voorwaarden die het Hof op basis van de *Francovich*-aansprakelijkheid stelt voor eventuele lidstaataansprakelijkheid, gelden derhalve ook voor de aansprakelijkheid van de instellingen, welke aansprakelijkheid thans is gebaseerd op artikel 340 VWEU.

Door enkele auteurs is geopperd dat ook op het terrein van de nadeelcompensatie een dergelijk stelsel denkbaar is. Daarbij zouden nationale bestuursorganen, bij de rechtmatige uitvoering van schadeveroorzakend EU-recht, gehouden zijn om aan justitiabelen nadeelcompensatie toe te kennen op dezelfde voorwaarden als die waaronder de EU zélf uit rechtmatige daad aansprakelijk kan worden gehouden.[26] Tot de ontwikkeling van een dergelijk stelsel is het tot op heden echter niet gekomen, want de EU kan niet uit rechtmatige daad aansprakelijk worden gehouden, zo is in 2008 gebleken in het *FIAMM*-arrest.[27] In dit arrest sloot het Hof van Justitie een op artikel 340 VWEU te baseren actie waarbij onrechtmatigheid niet als voorwaarde voor aansprakelijkheid geldt, uit, althans voor zover de schade voortvloeit uit rechtmatig normatief handelen van de instellingen. Daarmee ontbreekt ook een legitimatie voor het Hof om voorwaarden te stellen aan op nationaal niveau toe te kennen nadeelcompensatie.

Toch betekent dat niet dat EU-rechtelijke invloed op nationaal nadeelcompensatierecht geheel is uitgesloten. Vermeldenswaard in dat verband is een recente prejudiciële beslissing.[28] Aanleiding was een door de Hongaarse autoriteiten toegekende nadeelcompensatie aan een pluimveehouder die vanwege een uitbraak van aviaire influenza geen (vet te mesten) kalkoenen naar een boerderij mocht vervoeren, omdat deze boerderij was gelegen in een beschermingsgebied en er bovendien een doorvoerverbod gold. Deze beschermingsmaatregelen vloeiden voort uit tot Hongarije gerichte commissiebeschikkingen. De nadeelcompensatie was gebaseerd op een nationale wet inzake diergezondheid. Op basis van deze wet kon de pluimveehouder slechts aanspraak maken op vergoeding van de venale waarde van zijn vee, doch niet op de gederfde winst. Omdat hij ook de gederfde winst vergoed wenste te zien, startte hij een procedure tegen de Hongaarse autoriteiten, die uiteindelijk leidde tot enkele prejudiciële vragen van het Hongaarse gerechtshof. De voor deze

---

24 HvJ EG 19 november 1991, gev. zaken C-6/90 en C-9/90, *Francovich en Bonifaci*, *Jur.* 1991, p. I-5357, *NJ* 1994, 2. Zie R. Meijer, *Staatsaansprakelijkheid wegens schending van Europees gemeenschapsrecht*, Deventer: Kluwer 2007, p. 30 e.v.

25 HvJ EG 4 juli 2000, zaak C-352/98 P, *Bergaderm*, *Jur.* 2000, I-529.

26 G. Betlem, 'Beyond Francovich: Completing the Unified Member State and EU Liability Regime. A Comment on the Jan Jans Contribution', in: D. Obradovic en N. Lavranos (red.), *Interface between EU Law and National Law*, Groningen: Europa Law Publishing 2007, p. 299-309 en M.J.W. van Casteren, *Schadevergoeding voor rechtmatig EG-optreden* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 1997, p. 235.

27 HvJ EG 9 september 2008, gev. zaken C-120/06 P en C-121/06 P, *FIAMM*, *AB* 2008, 311, m.nt. Tjepkema en *SEW* 2009, p. 356, m.nt. Jans en Lavranos.

28 HvJ EU 22 mei 2004, zaak C-56/13, *Érsekcsanádi Mezőgazdasági Zrt tegen Bács-Kiskun Megyei Kormányhivatal*.

bijdrage meest relevante vragen luidden of de betrokken beschikkingen[29] beoogden te voorzien in of te verwijzen naar bepalingen waarmee werd beoogd in de Unie een gemeenschappelijke regeling in te voeren voor de vergoeding van schade ten gevolge van de daarin neergelegde maatregelen en of, indien deze vraag ontkennend zou moeten worden beantwoord, het feit dat de nationale wetgeving winstderving van compensatie uitsloot in strijd zou komen met het eigendomsrecht en het recht op vrij ondernemerschap. Ook wenste de verwijzende rechter te vernemen of, indien verzoekster op basis van 'enigerlei Unierechtelijke grondslag' aanspraak kon maken op integrale schadevergoeding, de betrokken lidstaat wel aanvullende voorwaarden zou kunnen stellen aan het recht op schadevergoeding.

In zijn antwoord ging het Hof vrij uitvoerig in op de vraag of in casu sprake is van een handelen van de lidstaat binnen het toepassingsgebied van het Unierecht.[30] Het wees er om te beginnen op dat de beschikkingen en de richtlijn geen enkele bepaling over een recht op schadevergoeding bevatten, en dat dit ook niet uit het doel van de betrokken beschikkingen en richtlijn bleek. Daarmee was gegeven dat de Commissie niet bevoegd is een schadevergoedingsregeling vast te stellen (par. 47). Het Hof vervolgde dat de Uniewetgever weliswaar van zijn ruime beoordelingsvrijheid op het gebied van het landbouwbeleid gebruik kan maken om eigenaren van bedrijven waarop dieren worden vernietigd of geslacht schadeloos te stellen, maar daaruit volgt niet dat het Unierecht ook een algemeen beginsel kent volgens hetwelk schadeloosstelling in alle omstandigheden verplicht is. Aangezien de maatregelen in het onderhavige geval minder ver gingen dan in het arrest *Booker Aquaculture*,[31] kon ook langs deze weg niet worden beredeneerd dat de beschikkingen de lidstaten een verplichting tot schadeloosstelling oplegden. Het Hof concludeerde dan ook dat de nationale compensatiewetgeving moest worden gezien als een autonome, nationale afweging, die niet onder het Unierecht valt:

> 'Geconstateerd moet worden dat aangezien uit het Unierecht geen vergoedingsverplichting kan worden afgeleid, een nationale maatregel zoals die in het hoofdgeding, op grond waarvan de betrokken staat verplicht is de schade en de effectieve uitgaven te vergoeden, maar niet de gederfde winst, niet valt onder het Unierecht, maar uitsluitend berust op de keuze van de nationale wetgever. (...)
> Derhalve is het Hof niet bevoegd om te beoordelen of een nationale wettelijke regeling zoals die in het hoofdgeding, die niet voorziet in volledige vergoeding van de schade – de gederfde winst daaronder begrepen – die is geleden ten gevolge van de vaststelling, overeenkomstig het Unierecht, van nationale beschermingsmaatregelen tegen

29 De Hongaarse autoriteiten meenden dat de maatregelen ook een basis vonden in een richtlijn die moet worden toegepast wanneer aviaire influenza uitbreekt bij pluimvee, maar het Hof wees erop dat de ziekte in dit geval was ontstaan in het wild, bij een dode knobbelzwaan, zodat deze niet van toepassing. Wel liet het Hof de mogelijkheid open dat de beschikkingen hun basis vonden in twee andere richtlijnen (par. 47).

30 Zie daarover ook de bijdrage van Widdershoven aan deze bundel.

31 Dit is het standaardarrest over schade ten gevolge van de vernietiging van besmette dieren, waarin het Hof concludeerde dat een richtlijn die geen schadevergoedingsregeling voor de getroffen ondernemingen bevatte, niet in strijd was met het eigendomsrecht.

aviaire influenza, rechtsgeldig is in het licht van het recht op een doeltreffende voorziening in rechte, het recht op eigendom en de vrijheid van ondernemerschap.'

Samenvattend kan men stellen dat voor het Unierecht op het terrein van de nadeelcompensatie geen rol is weggelegd wanneer de toepasselijke Unierechtelijke wetgeving of de daarop gebaseerde beschikkingen geen uitdrukkelijk recht op vergoeding in het leven roepen en van de ruime beoordelingsbevoegdheid tot toekenning van schadevergoeding op het terrein van het landbouwbeleid geen gebruik is gemaakt. Het Hof maakt verder duidelijk dat de in het Handvest van de Grondrechten gewaarborgde grondrechten de absolute ondergrens vormen aan de hand waarvan een eventuele verplichting tot vergoeding moet worden beoordeeld. Aangezien ook die rechten niet in het geding kwamen – nu de maatregelen minder ver gingen dan in het arrest *Booker Aquaculture*, waarin het Hof reeds oordeelde dat het eigendomsrecht niet was geschonden – behoorde de compensatieregeling tot de autonome sfeer van de lidstaat. Wanneer beschikkingen, richtlijnen of – in voorkomend geval – verordeningen zwijgen over het recht op schadevergoedingen en ook de grondrechten niet in het geding zijn, is kortom sprake van een 'juridische situatie [die] niet binnen de werkingssfeer van het Unierecht valt', zelfs al vinden de schadeveroorzakende maatregelen een basis in het Unierecht. Over de rechtsgeldigheid van een nationale nadeelcompensatieregeling die beperkingen stelt aan de inrichting van die regeling (een limitatieve opsomming van relevante schadeoorzaken en nadere processuele en materiële criteria) heeft het Hof dus niets te zeggen.[32]

Uit het arrest valt impliciet af te leiden dat de situatie een andere is als de betrokken richtlijn wél uitdrukkelijk een – door de lidstaat toe te kennen – recht op schadevergoeding in het leven had geroepen.[33] Stel dat zo'n richtlijn enige interpretatieruimte laat ten aanzien van de omvang van het schadevergoedingsrecht, bijvoorbeeld omdat niet duidelijk is of de vergoeding van gederfde winst is uitgesloten. Dan hebben we wél te maken met een situatie die binnen de werkingssfeer van het Unierecht valt en heeft het Hof over de uitleg van die richtlijn het laatste woord. Dat betekent dat dan ook de relevante grondrechten uit het Handvest van toepassing zijn. In zo'n situatie moet voorts worden aangenomen dat de lidstaat geen voorwaarden aan het recht op vergoeding kan stellen die dit recht verder beperken dan de in de richtlijn opgenomen minimumvoorwaarden. Analoog aan de rechtspraak over de lidstaataansprakelijkheid bij niet-naleving van EU-recht zouden de in de richtlijn opgenomen voorwaarden immers ook bij gevallen van nadeelcompensatie het minimum zijn. De lidstaten zouden wel *verder* mogen gaan dan de richtlijn, door in meer gevallen een recht op vergoeding te creëren of een omvangrijkere vergoeding te garanderen, natuurlijk voor zover blijvend binnen de staatssteunkaders.

Dit arrest kan, tot slot, worden gezien als een logisch vervolg op het 's Hofs oordeel inzake *FIAMM* (waarnaar overigens niet wordt verwezen), waaruit reeds bleek

---

32 Vgl. Tjepkema 2010, p. 856, waarin ik eveneens wees op de keuzevrijheid van nationale bestuursorganen en wetgevers.

33 Dat gebeurt in richtlijnen niet vaak, maar is ook niet ondenkbaar, bijvoorbeeld vanuit de gedachte dat het vooruitzicht van een vergoeding de meldingsbereidheid van (potentiële) infectie doet toenemen.

dat een Unierechtelijk recht op nadeelcompensatie bij normatieve handelingen niet bestaat. In casu ging het weliswaar om de aansprakelijkheid uit rechtmatige daad van de nationale autoriteiten, maar gelet op de eerder genoemde gelijkschakeling van het aansprakelijkheidsregime op EU-niveau en dat op nationaal niveau is het uitgangspunt dat ook voor nationale organen die schadeveroorzakend EU-recht op rechtmatige wijze ten uitvoer leggen, geldt dat uit het Unierecht voor de lidstaten geen verplichting tot nadeelcompensatie voortvloeit.

4 Het EVRM als ondergrens voor de toekenning van nadeelcompensatie

Het eigendomsrecht is hiervoor al kort ter sprake gekomen: voor zover lidstaten handelen ter uitvoering van Unierecht, zijn zij immers gebonden aan het in artikel 17 van het Handvest van de Grondrechten neergelegde eigendomsrecht. In deze paragraaf richt ik mij echter op artikel 1 EP EVRM, dat door justitiabelen zeer geregeld wordt ingeroepen en overigens een duidelijke relatie met artikel 17 van het Handvest heeft.[34] De bescherming die aan artikel 1 EP EVRM kan worden ontleend is elders uitvoerig in kaart gebracht.[35] In deze paragraaf richt ik mij daarom niet zozeer op de invloed van artikel 1 EP EVRM op verschillende vormen van inbreuken op eigendom, maar wil ik mij vooral richten op de vraag welke grenzen dit artikel stelt aan de vormgeving en reikwijdte van nationale nadeelcompensatieregimes.

In de EHRM-jurisprudentie komt men sporadisch situaties van nadeelcompensatie tegen, waarbij het meestal om een vorm van regulering van eigendom gaat. Het beeld dat uit deze jurisprudentie naar voren komt, is dat het EHRM zijn wens om geen 'vierde instantie' te willen zijn in dit soort situaties zeer serieus neemt en een tamelijk afstandelijke toets uitvoert, die soms louter beperkt is tot de vraag of een goede procedure op nationaal niveau is gevoerd. Zo oordeelde het EHRM tamelijk recent nog over de claim van enkele omwonenden van een Frans vliegveld, die klaagden over waardedalingen van hun woningen. Na het niet succesvol volgen van een nationale bestuursrechtelijke procedure in het kader van de *responsabilité sans faute*, oordeelde het EHRM dat onvoldoende was komen vast te staan welke methode de door klagers ingeschakelde deskundigen hadden gebruikt om de waardedaling aan te tonen.[36] In een andere zaak stond wél vast wat de waardedaling van een woning was: 62,5% doordat de woning in kwestie haar directe toegang tot een provinciale weg verloor. De Portugese rechters oordeelden echter dat Antunes Rodrigues geen 'speciaal en abnormaal' nadeel had ondervonden. Het EHRM beperkte zich tot een procedurele toets, die vrij vertaald als volgt luidt:

---

34 Niet helemaal los natuurlijk, aangezien in de toelichting bij het Handvest voor de grondrechten stelt dat dit artikel correspondeert met art. 1 EP EVRM. Zie verder T. Barkhuysen en A.W. Bos, 'De betekenis van het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie voor het bestuursrecht', *JB Plus* 2011, p. 21 e.v.

35 Zie recent S. Praduroux, *The protection of property rights in comparative perspective*, Europa Law Publishing 2013.

36 EHRM 13 december 2012, *EHRC* 2013, 77, m.nt. Tjepkema (*Flamenbaum e.a. t. Frankrijk*).

> ‘De Portugese wet voorziet voor situaties als de onderhavige in regels voor foutloze aansprakelijkheid, die vereisen dat schade die “speciaal en abnormaal” is wordt vergoed, wegens schending van de gelijkheid van lasten die op het geheel van individuen rust. Het is aan de nationale rechters om te onderzoeken of de beweerde nadelen een speciale en abnormale last opleveren of dat deze nadelen behoren tot de normale risico’s van het leven in een samenleving. (...) Het gaat hier om een systeem waarbinnen de belangen van het individu en die van de samenleving tegen elkaar worden afgewogen en die derhalve de door het EHRM aan te leggen *fair balance*-toets benadert. Het is niet gewenst op de Staat een verplichting te leggen tot automatische schadevergoeding van personen die zijn getroffen door de aanleg van een nieuwe weg in het publieke domein, zonder te onderzoeken wat de aard en de omvang is van de nadelen. In dit geval hebben de Portugese rechters, na het horen van alle betrokken partijen en op basis van alle relevante gegevens om dit geschil te kunnen beslechten, geoordeeld dat van een “speciaal en abnormaal” nadeel geen sprake is. Het Hof ziet geen aanleiding om te oordelen dat de beslissingen van de Portugese rechters willekeurig of evident onredelijk waren (...). Het wijst er in dat verband op dat klager er niet in is geslaagd om de hoogste Portugese bestuursrechter te overtuigen van de onjuistheid van de beslissing van de rechtbank volgens welke van een “speciaal en abnormaal” nadeel geen sprake was. Het Hof stelt in dat kader nog vast dat de waardedaling op zichzelf, zonder bijkomende omstandigheden, niet volstaat om de beslissingen van de nationale rechters te vernietigen, zeker wanneer rekening wordt gehouden met het feit dat klager wist dat de toegangsweg onderdeel was van het publieke domein en dat de overheid, zich baserend op de toepasselijke wetgeving, het wegennet kon wijzigen en daarbij zelfs de toegang tot een woning kon wegnemen, zoals in het onderhavige geval ook is geschied.’[37]

Dit arrest onderstreept nog eens dat de nationale autoriteiten veel ruimte wordt gelaten om zelf invulling te geven aan het toepasselijke nadeelcompensatieregime. Het EHRM legt althans sterk de nadruk op het feit dat deze werken plaatsvinden op basis van de toepasselijke wetgeving en daarmee rechtmatig zijn én op het feit dat de werkzaamheden op zichzelf normaal zijn, zodat daaruit voortvloeiende nadelen in beginsel tot het normaal maatschappelijk risico behoren. Opmerkelijk is dat het Hof wel expliciet stelt dat onderzoek moet worden gedaan naar de aard en omvang van de nadelen, maar de vraag of deze factoren moeten leiden tot de toekenning van een schadevergoeding overlaat aan de nationale rechters. Het EHRM laat bij de toepassing die het zelf geeft aan artikel 1 EP EVRM weinig ruimte voor de in de Nederlandse rechtspraak gebruikelijke, genuanceerde toets aan het normaal maatschappelijk risico, waarbij ook bij op zichzelf normale maatregelen (werken aan de weg) ruimte bestaat om te beargumenteren dat de schade boven het normaal maatschappelijk risico uitstijgt, gelet op de onverhoedse wijze van uitvoeren van die werken of de excessieve schade waartoe deze hebben geleid. Veeleer lijkt het EHRM als ‘regel’ te introduceren dat artikel 1 EP EVRM er niet toe verplicht de lasten ten

37 EHRM 26 april 2011, zaaknr. 18070/08 (*Antunes Rodrigues t. Portugal*).

gevolge van rechtmatige aanpassingen aan het publieke domein te compenseren, zelfs niet bij extreme waardedalingen.

Men kan zich met recht afvragen of de opstelling van het EHRM niet te afstandelijk is en of de mogelijke betekenis van het EVRM in situaties van extreme schade door rechtmatig overheidsoptreden op deze wijze niet wordt uitgehold, zoals door de *dissenters* bij deze zaak is opgemerkt en zoals ook Sanderink in een bespreking van deze zaak heeft gesteld.[38] Wat hiervan zij, vaststaat dat het Nederlandse planschade- en nadeelcompensatieregime bij waardedalingen aan woningen ruimschoots binnen de EVRM-kaders blijft. In enkele recente Afdelingsuitspraken valt als lijn te ontwaren dat bij woningen die liggen in een omgeving die zich op zichzelf leent voor nadelige ontwikkelingen (een woning aan de kust waar kustversterkingswerken plaatsvinden bijvoorbeeld) een waardedaling van meer dan 5% in beginsel tot compensatie verplicht.[39] Dat onderstreept eens te meer dat justitiabelen van het égalitéregime in Nederland meer mogen verwachten dan van de bescherming van artikel 1 EP EVRM.

Er blijven terreinen waarop we niet buiten de bescherming van artikel 1 EP EVRM om kunnen. Zo is artikel 1 EP EVRM bij schade ten gevolge van formele wetgeving naar huidig recht een duidelijk voorbeeld van Europeanisering van het nadeelcompensatierecht. Als rechtstreeks doorwerkende verdragsnorm trekt artikel 1 EP EVRM zich immers niets aan van op nationaal niveau geldende 'immuniteiten' voor aansprakelijkheid, die in ons stelsel voortvloeien uit artikel 120 Grondwet en de daarmee verband houdende beperking om formele wetten te toetsen aan rechtsbeginselen. Uit de rechtspraak blijkt voorts dat de Hoge Raad soms bij de toepassing van artikel 1 EP EVRM iets ruimhartiger is dan op basis van de Straatsburgse rechtspraak is vereist. De toepassing van artikel 1 EP EVRM in de casus over de Wet Herstructurering Varkenshouderij lijkt daarvan een voorbeeld te zijn. Ik heb betoogd dat voor deze 'soepele' (maar natuurlijk nog altijd zeer beperkte) interpretatie van artikel 1 EP EVRM veel valt te zeggen wanneer wordt bedacht dat formele wetten niet aan het égalitébeginsel kunnen worden getoetst. Het gemis van deze mogelijkheid wordt zo min of meer ondervangen.[40]

Die toegevoegde waarde van artikel 1 EP EVRM zien we ook in stelsels die *feitelijk*, door een zeer strikte uitleg van de 'speciale en abnormale' last, een gedeeltelijke immuniteit van de overheid in het leven roepen. Een voorbeeld daarvan is het zeer rigide Franse planschaderecht, neergelegd in artikel L. 160-5 van de Code de l'Urbanisme. Bij de toepassing van dit artikel moeten nationale bestuursorganen en bestuursrechters sinds de uitspraak *Bitouzet* uit 1998[41] ook rekening houden met artikel 1 EP EVRM en een compensatie toekennen wanneer op de eigenaar een individuele en excessieve last rust, die niet in verhouding staat tot het doel dat met de beperkende maatregel wordt gediend. Praktisch is deze uitzondering niet van

---

38 D.J. Sanderink, 'De vergoeding van indirecte schade op grond van artikel 1 Eerste Protocol volgens het Europees Hof voor de Rechten van de Mens', *Tijdschrift voor Omgevingsrecht* 2012, nr. 4, p. 111 e.v.

39 ABRvS 19 februari 2014, ECLI:NL:RVS:2014:572 (*Schiphol*) en ABRvS 9 april 2014, BR 2014, 73, m.nt. I.P.A. van Heijst (*Kustversterking Noordwijk*).

40 Tjepkema 2010, p. 687-688.

41 CE 3 juli 1998, *Rec.* p. 288 (*Bitouzet*).

grote betekenis, nu de drempels hoog blijven.[42] Dat betekent ook dat de rigide planschaderegeling uit artikel L. 160-5 voorwerp van debat blijft, maar de Conseil d'Etat acht het huidige stelsel in overeenstemming met het EVRM en heeft bij arrest van 16 juli 2010 geweigerd om de Conseil Constitutionnel te vragen om te oordelen over de verenigbaarheid van artikel L. 160-5 met de Franse constitutie.[43]

Het bovenstaande is ook van belang in verband met de mogelijk in 2016 in werking tredende Wet Nadeelcompensatie.[44] Deze wet verplicht krachtens artikel 4:126 Awb tot compensatie bij een schending van het égalitébeginsel in de uitoefening van een 'publiekrechtelijke bevoegdheid of taak' van een bestuursorgaan. Een van de belangrijke vragen waarover de wetgever zich zal moeten buigen is of de ruime reikwijdte van dit artikel aanleiding moet zijn om bepaalde schadeoorzaken van de toepassing van artikel 4:126 Awb uit te sluiten. Te denken valt aan bepaalde schadeoorzaken in de sfeer van de ruimtelijke ordening, waarbij het zeer lastig zal zijn om te bepalen of en zo ja tot hoeveel schade zij leiden.[45] Een blik op de rechtspraak van het EHRM leert dat weloverwogen, beargumenteerde keuzes van de wetgever op dit punt in beginsel worden gerespecteerd. Zelfs waar het gaat om een inbreuk die zeer ver gaat, zoals een bestemmingswijziging die tot een vergaand bouwverbod leidt, volstaat het EHRM ermee te bezien welke keuzes de nationale wetgever op dit punt heeft gemaakt. Is daarin een recht op compensatie uitgesloten, dan kan dit de toets aan artikel 1 EP veelal doorstaan.[46] Waar de Nederlandse wetgever in het verleden wel eens van een te angstvallige houding ten aanzien van artikel 1 EP EVRM heeft blijkgegeven,[47] kan het geen kwaad in het kader van de Aanpassingswet uitvoeriger stil te staan bij de bescherming die artikel 1 EP EVRM bij regulering van eigendom daadwerkelijk biedt, ook om al te hooggespannen verwachtingen bij justitiabelen wat te temperen. Juist bij het beperken van de werkingssfeer van de Wet nadeelcompensatie mag voorts worden verwacht dat ook de nationale rechter zeer terughoudend invulling zal geven aan de omstandigheden waaronder artikel 1 EP EVRM *naast* de Wet nadeelcompensatie tot compensatie verplicht.

---

42 Zie bijv. CE 11 juli 2011, no. 317272, *Rec. Dalloz* 8 september 2011, no. 30. Zie ook V.A. Renard, 'France', in: R. Alterman (red.), *Takings international. A comparative perspective on land use regulations and compensation rights*, Chicago: American Bar Association 2010, p. 139 e.v.

43 CB 16 juli 2010, no. 334665, *SCI La Saulaie*, *RFDA* 2010, 1257, chron. A. Roblot-Trozier en T. Rambaud.

44 *Kamerstukken II* 2013/14, 33 930 VI, nr. 5, p. 7.

45 Zie nader B.P.M. van Ravels, 'De Wet nadeelcompensatie en de bijzondere wettelijke regeling van tegemoetkoming in planschade', *O&A* 2013, i.h.b. p. 12-16.

46 Vgl. EHRM 27 oktober 1994, zaaknr. 12539/86 (*Katte Klitsche de la Grange t. Duitsland*): 'In addition, the Town Planning Act made no provision for compensation for restrictions and prohibitions deriving from land-use plans. As the applicant's property had not been the subject of a de facto expropriation, he could not claim compensation for violation of a right. In the light of these considerations, the Court considered that the balance between the interests of the community and those of the applicant had not been upset.'

47 Zie *Kamerstukken II* 2002/03, 28 916, nr. 3, p. 63, waarin het forfait van 2% niet op directe planschade is toegepast vanwege mogelijke strijd met art. 1 EP EVRM. R. Alterman, *Takings international. A comparative perspective on land use regulations and compensation rights*, American Bar Association 2010, p. 35 heeft dit gekwalificeerd als een 'exaggerated perception by the Dutch Parliament of the protection mandated by the ECHR'.

5 Rechtsvergelijking en de European Group on Tort Law als bronnen van de Europeanisering van het nadeelcompensatierecht

Tot slot wil ik enkele rechtsvergelijkende opmerkingen maken. Het belang van rechtsvergelijking voor de Europeanisering van het nadeelcompensatierecht kan moeilijk worden onderschat. Veel meer dan de onrechtmatige daad is de aansprakelijkheid uit rechtmatige daad voor veel landen een *Fremdkörper*, zodat een spiegeling aan de aard, omvang en vormgeving van dit type aansprakelijkheid zeer welkom kan zijn. Dat ook het Nederlandse recht een bron van inspiratie kan zijn voor andere landen, is de afgelopen jaren nog gebleken, aangezien het Belgische Hof van Cassatie in 2010 het égalitébeginsel heeft erkend in een arrest dat woordelijk aansluiting zoekt bij de omschrijving van het égalitébeginsel in de jurisprudentie van de Hoge Raad.[48] Deze zaak laat ook het belang van een goede voorlichting van de advocaat-generaal zien, nu A-G Vandewal wees op de parallel die de casus *Immo Antverpia* had met de Nederlandse casus uit *Staat/Lavrijsen*.[49] Twee jaar later, in 2012, heeft ook het Belgische Grondwettelijk Hof het égalitébeginsel omarmd, waarbij dit Hof het égalitébeginsel ziet als een bijzondere toepassing van het grondwettelijk beginsel van gelijkheid en niet-discriminatie.[50]

De aandacht in de internationale wetenschap gaat voornamelijk uit naar de 'grote spelers' als Frankrijk en Duitsland.[51] Dat is gezien de sterke historische worteling van het nadeelcompensatierecht in die landen niet onbegrijpelijk, maar toch is het goed om erop te wijzen dat nog zeven andere EU-lidstaten ofwel een algemeen wettelijk stelsel van nadeelcompensatie kennen, ofwel een algemeen door de rechter erkend recht op nadeelcompensatie: Nederland, België, Luxemburg, Spanje, Portugal, Estland en Polen.[52] Met negen EU-lidstaten kan bepaald niet worden gesproken van een pan-Europees leerstuk, maar dat moet ons er niet van weerhouden om te zoeken naar wat verschillende Europese landen onderling gemeenschappelijk hebben. Dat doel ligt ook ten grondslag aan een recent initiatief van de European Group on Tort Law (EGTL). De EGTL heeft zich voorgenomen om met een overzicht te komen ten aanzien van de wijze waarop het overheidsaansprakelijkheidsrecht in vijftien Europese landen is vormgegeven.[53] Het doel van deze operatie, die

---

48 Hof van Cassatie 24 juni 2010, C.06.0415: 'Uit dit algemeen rechtsbeginsel vloeit voort dat de onevenredig nadelige – dit zijn: buiten het normale maatschappelijke risico of het normale bedrijfsrisico vallende en op een beperkte groep burgers of instellingen drukkende – gevolgen van een op zich zelf rechtmatige dwangmaatregel op goederen in het raam van een strafrechtelijk onderzoek zoals de onderhavige huiszoeking niet ten laste van de getroffene behoren te komen, maar gelijkelijk over de gemeenschap dienen te worden verdeeld. Bij de beoordeling van dit onevenredig nadeel moet de rechter rekening houden met alle omstandigheden van de zaak en in het bijzonder met de betrokkenheid van de getroffene bij het vermeende misdrijf en met de redelijke verwachtingen van de burgers en de solidariteit die van hen kan worden gevraagd.'

49 HR 30 maart 2001, *AB* 2001, 412, m.nt. Drupsteen.

50 Grondwettelijk Hof 19 april 2012, arrest no. 55/2012 (*Mafar*).

51 Zie bijv. A. Jacquemet-Gauché, *La responsabilité de la puissance publique en France et en Allemagne. Etude de droit comparé*, Paris: LGDJ 2013; L. Römermann, *Aufopferungshaftung in Europa*, Tectum Verlag 2007.

52 Tjepkema 2010, p. 778-802.

53 De werkgroep richt zich op België, Denemarken, Duitsland, Engeland, Frankrijk, Griekenland, Italië, Nederland, Noorwegen, Polen, Portugal, Spanje, Tsjechië, Wales en Zwitserland.

is begonnen in 2011, is tweeledig. Enerzijds is beoogd om een bijdrage te leveren aan een beter begrip van het overheidsaansprakelijkheidsrecht zoals dat in verschillende Europese rechtssystemen is ontwikkeld. Anderzijds beoogt de werkgroep om te verkennen in hoeverre dit rechtsgebied kan worden geharmoniseerd. Om die tweede doelstelling te bereiken zal de werkgroep komen met een voorzet voor een algemene regeling, die als richtsnoer kan dienen voor de vormgeving van nationale aansprakelijkheidssystemen.

Oliphant, een van de leden van de EGTL, heeft gesteld dat het voorstel van de EGTL niet alleen zou moeten ingaan op de onrechtmatige overheidsdaad, maar ook ruimte moet laten voor de nadeelcompensatie.[54] Hij laat daarbij terecht blijken dat de keuze voor een bepaald aansprakelijkheidsregime afhankelijk is van – wat hij noemt – een 'policy orientation'. Rechtspolitieke keuzes kunnen leiden tot de aanvaarding van een restrictiever regime dan geldt tussen burgers onderling (door voor wetgeving bijvoorbeeld hoge drempels op te werpen) maar kunnen ook leiden tot de keuze om *meer* mogelijkheden tot verkrijging van schadevergoeding te bieden. De nadeelcompensatie is een voorbeeld van het laatste, nu het égalitébeginsel in 'gewone' civiele verhoudingen geen gelding heeft. Het voorstel van de EGTL zal, zo stelt Oliphant, de nodige flexibiliteit moeten bieden zodat elk land op basis van zijn eigen omstandigheden de gewenste keuze kan maken.[55]

Stellig zijn er landen waarin de mogelijkheid van een uitgebreidere overheidsaansprakelijkheid op fel verzet zal stuiten. Het voorbeeld bij uitstek is het Engelse recht, waar zelfs een initiatief van een Law Commission om te komen tot een geringe – op het EU-recht geïnspireerde – uitbreiding van het recht op schadevergoeding bij onrechtmatige overheidsdaad door de regering op vooral kostenoverwegingen is verworpen.[56] Dat in een dergelijk stelsel het recht op nadeelcompensatie in gelijke mate een voet aan de grond zal krijgen als in ons land, is een volslagen illusie. Veelzeggend zijn in dit verband de beschouwingen van Carol Harlow, een eminente deskundige op het terrein van het overheidsaansprakelijkheidsrecht. Zij trekt een harde scheidslijn tussen de *juridische* aansprakelijkheid en een door het bestuur toe te kennen *compensatie* voor 'individual hardship' en plaatst de mogelijke betekenis van het égalitébeginsel in de laatste categorie.[57] Dit stelsel doet sterk denken aan het Nederlandse stelsel van bestuurscompensatie, zoals dat in de jaren zeventig op het ministerie van Rijkswaterstaat tot stand kwam. De opmaat die deze figuur in ons land bleek tot een *rechterlijke* erkenning van het égalitébeginsel lijkt voor Engeland echter te hoog gegrepen.

Toch kan een nader inzicht in de aard en betekenis van het stelsel van nadeelcompensatie, zoals te verschaffen door de EGTL, ook voor een land als Engeland mijn inziens van grote toegevoegde waarde zijn. Feit is immers *dat* ook in Engeland égaliténoties kennelijk aanleiding kunnen zijn om een compensatie toe te kennen, al is

---

54 K. Oliphant, 'Formulating common principles of Public Authority Liability Law', in: P. Mankowski en W. Wurmnest (red.), *Festschrift für Ulrich Magnus*, Sellier European Law Publishers 2014, p. 101 e.v.

55 Oliphant 2014, p. 101.

56 Law Commission, *Adminstrative redress: public bodies and the Citizen* (Law. Com. No. 322, 2010). Zie voor een bespreking Oliphant 2014, p. 101 e.v.

57 C. Harlow, 'Rationalising administrative compensation', *Public Law* 2010, p. 321 e.v. (op p. 333).

deze compensatie niet in rechte afdwingbaar. De werkgroep zal zich mijns inziens dan ook niet zozeer door de vorm moeten laten leiden, maar door de inhoud. Het enkele feit dat een land geen algemeen – ook buiten specifieke wetten om – erkend recht op nadeelcompensatie kent, zou geen reden moeten zijn om dit land niet in een rechtsvergelijking te betrekken en de toegevoegde waarde te zien van rechtsvergelijking. Ook ten aanzien van bijzondere regimes, zoals bijvoorbeeld het planschaderegime, kunnen landen immers inspiratie bij elkaar opdoen.[58] Het is voorts een feit dat aan het recht op nadeelcompensatie lang niet altijd het égalitébeginsel ten grondslag wordt gelegd: zo is in Nederland het recht op nadeelcompensatie mede tot ontwikkeling gekomen onder de vlag van artikel 6:162 BW, maakt Duitsland gebruik van de (in het grondwettelijke eigendomsrecht wortelende) figuur van de *enteignungsgleichter Eingriff*, wordt in België mede gebruikgemaakt van een analoge toepassing op de overheid van artikel 544 BW, dat de schadevergoeding bij burenhinder regelt, en kent Spanje een 'objectieve' aansprakelijkheid, waarin niet zozeer de (on)rechtmatigheid van het handelen een vertrekpunt is voor de beoordeling van de claim maar de aantasting van de vermogenspositie van de particulier.[59] Ook hier geldt dat de vorm mijns inziens niet doorslaggevend is. Zo keren de speciale en de abnormale last in alle genoemde regimes terug als relevante criteria en bestaat er in zoverre dus overeenstemming over het feit dat alleen *onevenredig* nadeel wordt vergoed.[60]

Ook Engelhard e.a. zijn recentelijk ingegaan op het initiatief van de EGTL. Zij zetten vraagtekens bij de gewekte suggestie dat een wettelijke erkenning van het égalitébeginsel veel zal bijdragen aan de door de wetgever beoogde rechtseenheid en rechtszekerheid. In dat verband wijzen zij op de inherente vaagheid van noties als 'abnormale last' en 'normale risico's'. Pas als deze begrippen nader zijn geconcretiseerd, kan het Nederlandse nadeelcompensatierecht volgens hen een bron van inspiratie zijn voor andere stelsels.[61] Ik ben het met dit betoog in zoverre eens dat het goed zou zijn als de EGTL zich niet beperkt tot het formuleren van een algemeen principe op basis waarvan ook bij rechtmatig handelen 'speciale en abnormale schade' wordt vergoed,[62] maar in de toelichtende stukken ook nader inzicht biedt in de inhoud van de 'speciale en abnormale last'. Zo zou het mooi zijn als niet alleen de landenrapporten maar ook de voorhanden literatuur wordt geraadpleegd om te bezien hoe de rechter in het algemeen toepassing geeft aan de referentiegroepproblematiek. Ten aanzien van de abnormale last verdient het aanbeveling aandacht te besteden aan de

---

58 Een mooi voorbeeld is de in noot 42 genoemde bundel onder redactie van Alterman, die zich louter richt op het planschaderecht.

59 Zie nader, met verwijzingen, Tjepkema 2010, p. 779-790.

60 Tjepkema 2010, p. 779-790. Ook hier zijn weer uitzonderingen denkbaar, nu bij de aansprakelijkheid voor rechtmatig gevaarzettend handelen in Frankrijk (*responsabilité pour risque*) de speciale en abnormale last niet leiden tot een minder dan volledige vergoeding.

61 E. Engelhard, B. van den Broek, F. de Jong, A. Keirse en E. de Kezel, 'Let's Think Twice before We Revise! "*Égalité*" as the Foundation of Liability for Lawful Public Sector Acts', *Utrecht Law Review* 2014, p. 55 e.v., p. 72.

62 Zoals het geval was in de in 1984 door het Comité van Ministers aangenomen aanbeveling met betrekking tot overheidsaansprakelijkheid, waarbinnen ook een plek was ingeruimd voor de nadeelcompensatie. Zie voor de tekst M.J.W. van Casteren, *Schadevergoeding bij rechtmatig EG-optreden* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 1997, p. 309 e.v.

criteria van het normaal maatschappelijk risico en het normale ondernemersrisico en de daarbinnen geldende subcriteria van de aard, ernst en omvang van de schade. Daarbij zou ook de Nederlandse discussie over drempels en kortingen kunnen worden aangestipt. Voorts zou het goed zijn als de EGTL inzicht biedt in de *reikwijdte* van de égalitéaansprakelijkheid en de keuzes die in onderscheiden regimes worden gemaakt ten aanzien van de aansprakelijkheid voor formele wetten, gevaarzettend handelen en feitelijk handelen (*travaux publics*, strafvorderlijk optreden).

Een belangrijk doel van de EGTL-rapportage zou mijns inziens dan ook moeten liggen in het bieden van inzicht in de figuur van de nadeelcompensatie en de afwegingen die bij de toepassing daarvan door bestuursorganen, wetgevers en rechters moeten worden gemaakt. Een gedegen en betrouwbare beschrijving van deze figuur en de in dat verband toe te passen maatstaven, wellicht met een uitstapje naar het planschaderecht, kan al een grote bijdrage aan de rechtsontwikkeling leveren. Ik vraag mij dan ook af of het werkelijk nodig is om eerst nader inzicht te krijgen in de vraag wat 'normale risico's' precies zijn en hoe de 'abnormale last' invulling krijgt. Zeker uit de Franse en Nederlandse rechtspraak vallen op dit punt inmiddels echt wel de nodige lijnen te trekken. Bovendien moet worden bedacht dat de uiteindelijke afweging welke schade nog tot het normaal maatschappelijk risico behoort, sterk afhankelijk is van de nationale context waarin het égalitébeginsel wordt toegepast. Veelzeggend is dat de Portugese rechters in het voornoemde EHRM-arrest *Antunes Rodrigues* oordeelden dat een waardedaling van 60% geen compensatieplicht in het leven roept, een oordeel dat in het Nederlandse recht stellig anders zou zijn uitgevallen.

6 Tot slot

In het voorgaande zijn enkele lijnen in de Europeanisering van het nadeelcompensatierecht aan bod gekomen. Zeker is dat het Europees recht een niet meer weg te denken factor is in de afwegingen die Nederlandse rechters, wetgevers en bestuursorganen moeten maken op het terrein van het nadeelcompensatierecht. Die aandacht voor Europees recht kan ook worden verklaard door het feit dat de genoemde actoren nu eenmaal vaak met het nadeelcompensatiebijltje moeten hakken: Nederland behoort voor wat betreft de omvang van de met nadeelcompensatie gemoeide bedragen zonder meer tot de koplopers van Europa. De hiermee samenhangende grote omvang van rechterlijke *procedures* nadeelcompensatie heeft negatieve kanten, maar ook positieve: dit heeft immers bijgedragen aan een steeds dieper inzicht in de inhoud van de toepasselijke criteria voor nadeelcompensatie. Het lijdt geen twijfel dat die inzichten ook andere landen tot inspiratie kunnen zijn.

Francovich in een versnipperd rechtscultureel landschap

Harmonisatie van overheidsaansprakelijkheid aan de Europese horizon?

Raymond Schlössels[*]

> 'De tijd, zeg de komende tien jaar, zal leren of het tot een verdere verbreding of verdieping van de Francovich-leer, in welke vorm ook, zal komen en of het Nederlandse onrechtmatige-daadsrecht daardoor verder zal worden beïnvloed.'[1]

1 Inleiding

In 2016 viert het *Francovich*-arrest[2] zijn zilveren jubileum. Aan dit arrest, dat zijn naam gaf aan de bekende 'autonome' aansprakelijkheid van de lidstaten voor schendingen van 'EG/EU'-recht, zijn in Europa talrijke wetenschappelijke artikelen gewijd. Of het belang van deze 'Europese overheidsaansprakelijkheid'[3] deze hoeveelheid literatuur rechtvaardigt, blijft hier in het midden. Feit is dat het Luxemburgse Hof zelf in 1991 niet veel woorden nodig had voor een legendarisch staaltje rechtsvorming. Feit is óók dat de gevolgen van het arrest, zeker voor Nederland, relatief beperkt bleven. De *Francovich*-aansprakelijkheid leidde na een turbulente start niet tot grootse Europese vergezichten, met name niet wat betreft het realiseren van een uniforme Europese overheidsaansprakelijkheid. In diverse landen werd *Francovich*, soms na strubbelingen, op een wat geïsoleerde wijze ingebed in het bestaande stelsel van aansprakelijkheid. Daar bleef het bij. Ook de energie die bijvoorbeeld gestoken is, en wordt, in de zoektocht naar 'Principles of European Tort Law' (PETL)[4] lijkt – zeker in de sfeer van de overheid – niet snel te leiden tot een grote 'Wende'. Het ReNEUAL-project[5] laat de materie vooralsnog liggen.

Eenheid is niet binnen handbereik. Eerder is het zo dat in verschillende lidstaten een tweedeling is ontstaan tussen 'Unierechtelijke' en 'nationale' schadevorderingen tegen de overheid. Volgens De Waele is er zelfs een moeilijk te plooien

---

* Prof. mr. R.J.N. Schlössels is hoogleraar staats- en bestuursrecht aan de Radboud Universiteit Nijmegen.

1 L.A.D. Keus, 'Francovich in Nederland', NTER 2005/11/12, p. 288.

2 HvJ EG 19 november 1991, gevoegde zaken C-6/90 en C-9/90 (*Francovich en Bonifaci t. Italië*), Jur. 1991, I-5357.

3 Zie bijv. R. Meijer, *Staatsaansprakelijkheid wegens schending van Europees gemeenschapsrecht. De invloed van het Europese recht op het nationale stelsel van overheidsaansprakelijkheid*, Deventer: Kluwer 2007 en J.H. Jans, R. de Lange, S. Prechal & R.J.G.M. Widdershoven, *Europeanisation of public law*, Groningen: Europa Law Publishing 2007, hoofdstuk viii.

4 Zie de site van de European Group on Tort Law (www.egtl.org).

5 Research Network on EU Administrative Law (www.reneual.eu).

ongelijkheid geschapen in rechtsculturele landschappen.[6] Europese en mondiale ontwikkelingen lijken bovendien te leiden tot *nationale* hervormingen in het aansprakelijkheidsrecht. Een voorbeeld biedt de ingrijpende aansprakelijkheidsbeperking in het financieeltoezichtrecht. De grip van 'Europa' – ik beperk mij in deze bijdrage tot het Unierecht – op ons overheidsaansprakelijkheidsrecht is dus relatief beperkt. En waarschijnlijk is dit ook geen probleem.

Dit doet er niet aan af dat van *Francovich* en verwante arresten een bindende kracht uitgaat en dat er ter gelegenheid van het 75-jarig bestaan van de VAR reden is om dit onderwerp aan te snijden. Hiertoe wordt teruggeblikt op de ontwikkeling van de lidstaataansprakelijkheid, mede vanuit een rechtsvergelijkend perspectief (Duitsland, Engeland, Frankrijk en Nederland). Vervolgens gaat de aandacht uit naar de toekomst. Heeft de rechtspraak van het Hof van Justitie EU de potentie om verder bij te dragen aan een geharmoniseerde Europese overheidsaansprakelijkheid, en zo ja is dit ook wenselijk?

De nadruk ligt op wat de Duitsers noemen '*legislatives und administratives Unrecht*'. Het gaat dus om de (tot schadevergoeding verplichtende) aansprakelijkheid van de (organen van de) lidstaten voor onrechtmatige daden van wetgeving, alsmede voor (normatieve) bestuurshandelingen (i.h.b. beschikkingen), met inbegrip van nalaten. De *Köbler*-aansprakelijkheid,[7] min of meer een verbijzondering van *Francovich* met het oog op onrechtmatige rechtspraak, blijft buiten beeld. Deze aansprakelijkheid roept geheel eigen vragen op.

2 Francovich: een logische stap?

Begin jaren negentig van de vorige eeuw leek het *Francovich*-arrest een logische en onvermijdelijke stap van het Luxemburgse Hof. Een voor burgers afdwingbaar 'Europees recht' op schadevergoeding[8] wegens schending van gemeenschapsrecht door nationale overheden was immers een belangrijke aanvulling op de instrumenten van rechtstreekse werking en conforme interpretatie. Maar *Francovich* was voor alles een rechtspolitiek statement. Aan het arrest ging geen al te uitvoerige verdieping in de overheidsaansprakelijkheid van de lidstaten vooraf.

2.1 *De reactie op een provocatie*

Er moest een daad worden gesteld. Ossenbühl en Cornils spreken treffend over de reactie op een 'Provokation' van Italië.[9] Het was in Luxemburg buigen of barsten en het water stond hoog: *ofwel* Europa zou capituleren voor Italiaanse willekeur en weigerachtigheid, *ofwel* er zou een autonome Europese aansprakelijkheid worden

---

6 Zie H.C.F.J.A. De Waele, *Rechterlijk activisme en het Europees Hof van Justitie* (diss. Nijmegen), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009, p. 258.

7 HvJ EG 30 september 2003, zaak C-224/01 (*Köbler*), *Jur.* 2003, p. I-10239.

8 *Francovich* verplicht *niet* tot andere acties (bijv. een wetgevingsbevel) dan adequate vergoeding van schade zodat de daadwerkelijke bescherming van de rechten van particulieren is verzekerd.

9 F. Ossenbühl & M. Cornils, *Staatshaftungsrecht, 6. Neubearbeitete Auflage*, München: Verlag C.H. Beck 2013, p. 598.

gecreëerd. De keuze was, zo bezien, eenvoudig: eigenlijk een kwestie van *shock and awe*.[10]

Wat was er ook al weer aan de hand? Ondanks herhaalde inbreukprocedures bleef de Italiaanse republiek in gebreke om Richtlijn 80/987/EG in nationale wetgeving om te zetten. Deze richtlijn bood een basisbescherming aan werknemers van insolvente werkgevers. Diverse Italiaanse werknemers, onder wie Francovich, waren de dupe van deze legislatieve weigerachtigheid. Zij hadden geen adequaat verhaal bij faillissement. Uiteindelijk sprak het Hof zich in een prejudiciële procedure uit over de vraag of gedupeerden op grond van Europees recht hun schade – in casu het gevolg van niet tijdige richtlijnimplementatie – op Italië konden verhalen. De reactie van het Hof was, zacht uitgedrukt, niet behoudend. Het creëerde vrijwel uit het niets via verdragssystematische en teleologische interpretatie[11] een ruime lidstaataansprakelijkheid voor schendingen[12] van het gemeenschapsrecht. Het fundament hiervoor werd *rechtstreeks* geplaatst in de communautaire (tegenwoordig: Unierechtelijke) rechtsorde.

2.2 *Fase I: apodictische rechtsvorming*

Het bronarrest *Francovich en Bonifaci* was systematisch weinig voldragen. Maar vanuit een instrumenteel perspectief was *en is* het onovertroffen.

Op apodictische wijze poneert het Hof een 'beginsel' van aansprakelijkheid van de lidstaten. Onder verwijzing naar de klassieke arresten *Van Gend en Loos* en *Costa/ENEL*[13] – die in een verwante traditie staan – wordt een beroep gedaan op de 'eigen (Europese) rechtsorde'. Aan deze rechtsorde kunnen óók de onderdanen van de lidstaten rechten ontlenen. Vervolgens slaat het Hof (r.o. 32-33) een brug tussen enerzijds de volle werking en effectieve handhaving van het gemeenschapsrecht en anderzijds de bescherming van aan particulieren 'toegekende' rechten (het Hof spreekt over de aantasting van *hun* rechten). Objectieve controle en subjectieve bescherming gaan – óók in de Europese rechtsorde – hand in hand.

Cruciaal is de mogelijkheid voor particulieren om schadevergoeding te verkrijgen wanneer '*...hun rechten worden aangetast als gevolg van een schending van het gemeenschapsrecht die aan een Lid-Staat kan worden toegerekend*'. In deze korte overweging volgen al

---

10 En ook hier viel de impact op weigerachtige overheden niet te voorspellen.

11 Zie voor een uitvoerige analyse van de interpretatiemethoden en wijzen van rechtsvorming van het Hof De Waele 2009, hoofdstuk 8.

12 Naar uit latere rechtspraak zou blijken voor diverse modaliteiten van schending waaronder niet tijdige implementatie van richtlijnen, onjuiste implementatie, nalaten of handelen door de wetgever in strijd met (primair) gemeenschapsrecht en het nemen van bestuursbesluiten in strijd met dit recht. Zie naast *Francovich* onder meer HvJ EG 5 maart 1996, gevoegde zaken C-46/93 en C-48/93 (*Brasserie du Pêcheur en Factortame Ltd. e.a.*), *Jur.* 1996, p. I-1029, HvJ EG 26 maart 1996, zaak C-392/93 (*British Telecommunications plc*), *Jur.* 1996, p. I-1631 en HvJ EG 23 mei 1996 (*Hedley Lomas Ltd.*), zaak C-5/94, *Jur.* 1996, p. I-2553.

13 HvJ EG 5 februari 1963, zaak C-26/62 (*Van Gend & Loos*), *Jur.* 1963, p. 3 en HvJ EG 15 juni 1964, zaak C-6/64 (*Costa/ENEL*), *Jur.* 1964, p. 1255.

direct de elementen voor aansprakelijkheid: rechtsschending,[14] relativiteit, causaliteit en toerekening. Overweging 37 voegt hieraan toe dat een 'beginsel van gemeenschapsrecht' in geding is. In de bekende overweging 41 benadrukt het Hof dat het recht op schadevergoeding 'rechtstreeks' in het gemeenschapsrecht is gefundeerd.

De overige overwegingen in *Francovich en Bonifaci* dienen vooral ter onderbouwing, aanvulling, uitwerking en toepassing van de geponeerde leer. Zo wijst het Hof ter ondersteuning nog op de gemeenschapstrouw (het huidige beginsel van loyale samenwerking (vgl. art. 4 lid 3 VEU)). Opmerkelijk is dat de eis van 'toerekenbaarheid' niet (meer) terugkeert. Beschouwingen over schuld en/of risico blijven vooralsnog buiten beeld. Opvallend is verder r.o. 38. Deze overweging vormt de opmaat voor het in latere rechtspraak ontwikkelde criterium van een 'voldoende gekwalificeerde schending' (zie hierna). De voorwaarden waaronder lidstaataansprakelijkheid ontstaat, zijn immers '...afhankelijk van *de aard* van de aan de schade ten grondslag liggende schending van het gemeenschapsrecht'. [curs. R.J.N.S.]

Het Hof rondt zijn werk af met het schetsen van de relatie tussen de gemeenschapsrechtelijke aansprakelijkheid en het nationale recht. Procedurele autonomie, non-discriminatie en doeltreffendheid vormen vertrouwde sleutelbegrippen. Maar toch gaat het hier om beduidend méér dan *procedurele* automie. Het nationale aansprakelijkheidsrecht moet de aanspraak namelijk ook *inhoudelijk* faciliteren en vervolmaken. Het *Francovich*-arrest impliceert – hoe fundamenteel ook – slechts een 'kader- en minimumaansprakelijkheid'. De stevige verwevenheid tussen het Unierecht en het nationaal recht staat hiermee op dit punt vast.

2.3 *Fase II: uitbouw, legitimatie en systematisering*

De *Francovich*-uitspraak ontketende in veel lidstaten een forse rechtspolitieke discussie over de reikwijdte hiervan. Enkele lidstaten stuurden zelfs aan op een principieel debat over de rechtsvormende taak van het Luxemburgse Hof. Dit leidde tot vervolguitspraken waarin het Hof de *Francovich*-aansprakelijkheid verduidelijkte. *Dillenkofer*[15] wordt gezien als een systematisch sluitstuik. Maar ik laat deze uitspraak rusten en vestig de aandacht op het mijns inziens veel interessantere duo *Brasserie du Pêcheur* en *Factortame*.[16] Juist deze dubbeluitspraak is een rijk gevuld vat waarin de instrumentele motor, de dogmatisch-systematische worsteling en een geforceerde aandacht voor 'ius commune' samenkomen. De twee zaken (hierna kortweg: *Brasserie*) werden samen beslist. In casu probeerden vooral Duitsland en Engeland helderheid te krijgen over de reikwijdte van *Francovich*. De lidstaataansprakelijkheid voor handelen en nalaten van de nationale wetgever was voor hen zeer zwaar te verteren kost.

De uitspraak *Brasserie* is veel uitvoeriger dan *Francovich*, maar bouwt hier compromisloos op voort. Belangrijk is dat het Hof de lidstaataansprakelijkheid

---

14 De nationale rechter is hierbij niet afhankelijk van een (eerst) door het Luxemburgse Hof vastgestelde toerekenbare schending; evenmin is vereist dat een geschonden bepaling rechtstreekse werking heeft.

15 HvJ EG 8 oktober 1996, gevoegde zaken C-178/94, C-179/94, C-188/94, C-189/94 en C-190/94 (*Dillenkofer*), *Jur.* 1996, p. I-4845.

16 HvJ EG 5 maart 1996, gevoegde zaken C-46/93 en C-48/93 (*Brasserie du Pêcheur en Factortame Ltd. e.a.*), *Jur.* 1996, p. I-1029.

synchroniseert met de niet-contractuele aansprakelijkheid van de Gemeenschap. De gedachte dat voor lidstaten op grond van het Europese recht geen strengere aansprakelijkheid mag gelden dan voor de instellingen vormt een wezenlijk punt.[17]

De concrete voorwaarden voor aansprakelijkheid van lidstaten zijn al vaak besproken. Ik laat deze 'techniek' goeddeels rusten. Het gaat mij eerst om de rechtsvormingsagenda van het Hof (te onderscheiden van de gehanteerde *interpretatiemethoden*). Het betreft:

1. de (wat suggestieve) omarming van een 'gemeenschappelijk' referentiekader;
2. de visie op de 'trias'; en
3. de bewuste keuze voor een *container*-aansprakelijkheid (via het criterium van de 'voldoende gekwalificeerde schending').

2.4 *'Brasserie': de strategie bezien*

In *Brasserie* benadrukt het Hof de zelfstandige en aanvullende functie van *Francovich* als doorwerkingsinstrument. Daarna verantwoordt het Hof zijn rechtsvormende daad. Dit is een van de merkwaardigste passages in het arrest. Het Hof zet het bestaan en de omvang van de door hem geformuleerde aansprakelijkheid vrijwel geheel weg als een kwestie van verdragsinterpretatie. Nadat het Hof zich als Baron von Münchhausen uit het moeras heeft getrokken kleurt het zijn 'interpretatiebevoegdheid' in.

Hier, in r.o. 27 e.v. van *Brasserie*, gaat de *ius commune*-aanpak een rol spelen. Het Hof stelt dat het zich onder meer laat leiden door de algemene beginselen van het communautaire rechtsstelsel en '*eventueel*'(!)[18] door de algemene beginselen die de rechtsstelsels van de lidstaten gemeen hebben. Aansluitend treden de gemeenschappelijke rechtsbeginselen op de voorgrond onder verwijzing naar de niet-contractuele aansprakelijkheid van de Gemeenschap (tegenwoordig Unie). Hier spelen de 'algemene beginselen welke de rechtsstelsels der lidstaten gemeen hebben' (vgl. het huidige art. 340 VWEU). De niet-contractuele aansprakelijkheid, waarbij wordt aangesloten, herleidt het Hof vervolgens tot het algemeen rechtsbeginsel '…dat deel uitmaakt van de rechtsstelsels van de Lid-Staten, dat een onrechtmatige handeling of verzuim de verplichting meebrengt de veroorzaakte schade te vergoeden'. Dit beginsel geldt óók voor overheidsinstanties (r.o. 29).

Interessant is de vraag wat het Luxemburgse Hof precies opheeft met het Europese *ius commune*. Gaat het om rechtsculturele lippendienst, om een zeker opportunisme[19] of beoogt het meer? Ik kom hier op terug, maar signaleer al twee punten. Op de eerste plaats valt op dat het Hof zich in *Brasserie* niet wezenlijk bekommert

---

17 Vgl. Ossenbühl & Cornils 2013, p. 606.

18 Waarom het Hof in r.o. 27 het woord 'eventueel' gebruikt, is niet duidelijk. Het suggereert in ieder geval een rangorde tussen de 'verdragsbeginselen' en de gemeenschappelijke nationale rechtsbeginselen.

19 Ik kan mij niet aan de indruk onttrekken dat het Hof vooral wijst op gemeenschappelijke beginselen en rechtsontwikkelingen als dat goed uitkomt. Zo wijst het in *Brasserie en Factortame* ter rechtvaardiging van zijn rechtsvorming mede op het feit dat ook in een groot aantal nationale rechtsstelsels de overheidsaansprakelijkheid door de rechter is gevormd (r.o. 30) en omarmt het een algemeen beginsel van schadebeperking (r.o. 85).

om cultuurhistorisch bepaalde grondslagen van het overheidsaansprakelijkheidsrecht in de belangrijkste Europese rechtsstelsels. Zonder pardon ruimt het zelfs dragende elementen op van het Duitse (géén individuele *Amtshaftung* voor de wetgever) en Engelse aansprakelijkheidsrecht (ruime immuniteit wetgever, geen aansprakelijkheid wegens '*misfeasance in public office*') (r.o.71-73). Het is volle werking en instrumentaliteit wat de klok slaat, geen ius commune en respect voor rechtsculturen.

Op de tweede plaats valt op dat het Hof zich niet waagt aan een grondige analyse van de schuld- en toerekeningsproblematiek (r.o. 75 e.v.). Omdat de nationale stelsels van aansprakelijkheidsrecht op dit punt een rechtsculturele lappendeken zijn, was dit natuurlijk ook een heikele kwestie. Het Hof mijdt in zijn activistisch optreden begrijpelijkerwijs fundamentele standpunten over de aard van overheidsaansprakelijkheid en met name over de spreiding van risico. Het Hof signaleert slechts dat het schuldbegrip in de verschillende rechtsstelsels niet dezelfde inhoud heeft (sic!). Zonder zich in te laten met nationale subjectieve en geobjectiveerde schuldnoties (in vele gradaties) maakt het wel duidelijk dat een nationaal schuldbegrip nooit mag leiden tot een beperktere overheidsaansprakelijkheid dan die volgt uit het criterium van de *voldoende gekwalificeerde schending* van het gemeenschapsrecht (r.o. 80).

Voordat ik bij dit criterium kom – de smeerolie van de lidstaataansprakelijkheid – eerst enkele andere opmerkingen. Als één beginsel constitutioneel dragend is voor westerse rechtsstelsels dan is het de idee van statelijke machtenscheiding. Deze idee vindt op veel manieren haar neerslag in nationaal aansprakelijkheidsrecht. Het is daarom opvallend dat het Hof in *Brasserie* (afgezien van de problematiek van discretie) niet veel opheeft met de 'trias', althans voor zover deze de door het Hof voorgestane 'minimale' lidstaataansprakelijkheid negatief zou kunnen beïnvloeden. Volgens het Hof maakt het immers niet uit welk statelijk orgaan (wetgevende, rechterlijke of uitvoerende macht) Europees recht schendt.

Het Hof brengt de aansprakelijkheid voor onrechtmatige 'wetgeving' en 'uitvoering' – hoewel waarschijnlijk niet onvermijdelijk om het beoogde doel te bereiken[20] – onder één noemer. Het ijkt daartoe de lidstaataansprakelijkheid op het gevoeligste punt: nl. de aansprakelijkheid voor *legislatief* onrecht. De synchronisatie van de lidstaataansprakelijkheid met de aansprakelijkheid van de instellingen van de Gemeenschap voor normatieve handelingen speelt een belangrijke rol (r.o. 42 e.v.). Een effectieve verwezenlijking van complex gemeenschapsbeleid mag niet te veel worden belemmerd door schadevergoedingsacties. Daarom kiest het Hof voor een relatief milde aansprakelijkheid.

Hiermee werd een risico genomen. Immers, lidstaten met een strengere overheidsaansprakelijkheid zouden de ontwikkeling op termijn kunnen aangrijpen om (op budgettaire gronden) terug te vallen op het 'gemeenschappelijke' basisniveau, ook in de sfeer van concrete uitvoeringshandelingen en zelfs – via

20 Meer *differentiatie* was denkbaar geweest. Vgl. Ossenbühl & Cornils 2013, p. 612. Zij wijzen erop dat de aanpak via de 'voldoende gekwalificeerde schending' vooral werd ingegeven door 'normatives Unrecht' (daden van wetgeving of legislatief nalaten). Bij typische bestuurshandelingen (beschikkingen) had de aanpak anders kunnen zijn.

spontane harmonisatie – buiten de sfeer van de lidstaataansprakelijkheid. Een minimaal 'Europees' beoordelingskader nodigt daartoe uit.

Naast een niet uitgewerkt causaliteitsvereiste en een (op 'Europese' subjectieve rechten geijkte) relativiteitsgedachte omarmde het Hof, zoals gesteld, verder het criterium van de 'voldoende gekwalificeerde schending'. Dit criterium biedt ruimte om een veelheid aan factoren te wegen bij de beantwoording van de vraag of er voldoende grond is om aansprakelijkheid van een lidstaat aan te nemen. Bij discretie[21] werd beslissend de maatstaf van '*de kennelijke en ernstige miskenning*' van de bevoegdheidsgrenzen.[22] Het Hof opende onder meer de mogelijkheid om rekening te houden met de ernst van verwijtbaarheid, de verschoonbaarheid van een rechtsdwaling en de handelwijze van de gemeenschapsinstellingen. Zo kunnen schuld en risico toch een niet onbelangrijke rol spelen. Maar binnen de gehanteerde 'container' is niet op voorhand helder welke.

De balans. Per saldo ontvouwt de *Francovich*-aansprakelijkheid zich als een kneedbare, niet al te strenge en door de lidstaten op basis van nationaal recht inhoudelijk en procedureel te complementeren basisaansprakelijkheid. Vooral bij discretionaire bevoegdheden lijkt de grip van de burger op de overheid beperkt. Maar het Unierecht houdt controle. Zo schrikt het Hof er niet voor om naar zich toe te rekenen en de vereisten van een voldoende gekwalificeerde schending en causaliteit zo nodig zelf in plaats van de nationale rechter te beoordelen, zeker als een casus helder is.[23] Op de overige inhoudelijke en procedurele eisen wordt toezicht gehouden via de eisen van non-discriminatie en doeltreffendheid.[24]

3 De receptie van *Francovich* in Engeland, Duitsland en Frankrijk

Dat de overwegend activistische aanpak van het Luxemburgse Hof veel kon losmaken in nationale rechtsstelsels was te verwachten. Dit lag mede voor de hand omdat overheidsaansprakelijkheid in Europa (behoudens de aansprakelijkheid van de Europese instellingen) toch primair als een nationale aangelegenheid werd (en nog steeds wordt) gezien. De lidstaten hadden verdragshistorisch bezien bovendien niet de intentie om dit te veranderen.[25] Harmonisatie van het aansprakelijkheidsrecht zou gelet op de forse rechtsculturele verschillen ook een hachelijke en langdurige aangelegenheid worden. En verschillen zijn er. Te denken valt aan de scheiding tussen publiek- en privaatrecht, de trias, (de normering van) bestuurlijke discretie, per-

---

21 Hier klinkt, via de toetsing en de aansprakelijkheidsmaatstaf het '*separation of powers*'-argument natuurlijk wel door. Europa moet immers worden bestuurd.

22 Als discretionaire ruimte voor lidstaten ontbreekt (vgl. de typische situatie van het *niet tijdig* implementeren van een richtlijn) is de voldoende gekwalificeerde schending naar de omstandigheden van het geval gegeven (vgl. *Dillenkofer*, r.o. 23 onder verwijzing naar *Francovich*).

23 Hierover uitvoerig: P. Craig, *EU Administrative law*, second edition, Oxford/New York: Oxford University Press 2012, p. 732-733, p. 735-736. Zie bijv. HvJ EU 25 november 2010, zaak C-429/09 (*Fuss t. Halle*), *Jur.* 2010, p. I-12167.

24 Zie bijv. wat betreft verjarings- en vervaltermijnen HvJ EG 24 maart 2009, zaak C-445/06 (*Danske Slagterier*), *Jur.* 2003, p. I-14637.

25 Vgl. De Waele 2009, p. 240.

sonele aansprakelijkheid versus functioneel-organisatorische aansprakelijkheid, de betekenis van het algemeen belang voor de aansprakelijkheid, schuld versus risico, eventuele (gedeeltelijke) staatsimmuniteit, onschendbaarheid van de wetgever, alsmede toelaatbare c.q. beschikbare acties (bevel, verbod, schadevergoeding).

Hoewel *Francovich* dus niet in de lijn der verwachting lag, werd het arrest – zij het soms met moeite – in de nationale stelsels 'ingepast'. Ik sta hierna kort stil bij de receptie van de rechtspraak in Engeland, Duitsland, Frankrijk en Nederland.

3.1 Engeland

In Engeland verliep de 'inpassing' niet soepel.[26] Het Engelse aansprakelijkheidsrecht kent namelijk geen traditie op basis van een algemeen leerstuk van onrechtmatige daad. Het recht is vooral 'actiegericht' (stelsel van 'remedies'). Als reactie op een bepaalde 'tort' of een specifiek 'wrong' (onrecht) kan het recht al dan niet een actie toestaan, waaronder een '(interlocutary) injunction' ((voorlopig) verbod), een 'mandamus' (bevel, machtiging) of een aanspraak betreffende 'damages' (schadevergoeding). De mogelijkheid van een bevel of verbod hoeft niet altijd samen te lopen met een aanspraak op schadevergoeding. Hierbij komt dat de overheidsaansprakelijkheid naar Engels recht traditioneel zuinig is. Aansprakelijkheid van de (nationale) wetgever raakt(e) zelfs een open zenuw vanwege de '*sovereignity of parliament*'. De nieuwe lidstaataansprakelijkheid, zeker voor legislatief onrecht, leek daarom moeilijk aanvaardbaar en lastig inpasbaar in de bestaande remedies.

Maar er waren aanknopingspunten. De bestaande remedies bij 'breach of statutary duty' (schending van een wettelijke plicht) en 'misfeasance in public office' (misbruik van publieke bevoegdheid) konden als kapstok dienst doen. Echter, de eerste remedie[27] opende geen mogelijkheid tot schadevergoeding. De tweede deed dat wel, maar slechts onder de verzwaarde maatstaf van 'abuse of power' (wat een fors verwijt aan de overheid inhoudt). Zodanig misbruik was juist ten aanzien van de wetgever ondenkbaar.[28] Uiteindelijk werd een zelfstandige '*Euro tort*' ontwikkeld, die grosso modo aansluit bij 'breach of statutary duty'. Het gaat om een 'autonomous cause of action'.[29] De lidstaataansprakelijkheid is in Engeland dus niet geïntegreerd in het nationale stelsel. De *Francovich*-doctrine wordt gezien als een kwestie van Unierecht. Er is sprake van een – overigens praktisch hanteerbare – *tweedeling* in het overheidsaansprakelijkheidsrecht.

3.2 Duitsland

De ontvangst van *Francovich* in het Duitse aansprakelijkheidsrecht verliep evenmin soepel. Vooral de vermogensrechtelijke aansprakelijkheid van de nationale (Bonds) wetgever voor nalaten riep fundamentele vragen op. Snel werd duidelijk dat de

---

26 Hierover bijv. H.J.Th.M. van Roosmalen, *Overheidsaansprakelijkheid in Engeland en Nederland* (diss. Leiden), Den Haag: Sdu Uitgevers 2007, p. 226 e.v.

27 Als '*strict liability*' strenger dan de (gekwalificeerde) lidstaataansprakelijkheid.

28 Ook een actie uit '*negligence*' (nalaten) werd bij regelgeving niet passend geacht.

29 P. Craig, *Administrative law*, seventh edition, London: Sweet & Maxwell 2012, p. 952.

traditionele Duitse modaliteiten van overheidsaansprakelijkheid[30] voor onrechtmatig handelen of nalaten, namelijk de *Amtshaftung* (Art. 34 GG Jo. § 839 BGB) en de *enteignungsgleiche Eingriff* geen bevredigende 'Europese' oplossing boden. Splijtzwam was ook hier de onrechtmatige wetgeving. De Duitse 'Amtshaftung' is van oorsprong een individuele schuldaansprakelijkheid die aanknoopt bij verwijtbaar gedrag van overheidsfunctionarissen. Inmiddels is deze aansprakelijkheid in belangrijke mate geobjectiveerd, maar nog altijd speelt de idee dat individuele overheidsfunctionarissen (interne) ambtsplichten kunnen schenden voor welke schending de overheid jegens burgers aansprakelijk is een rol. In het Duitse recht wordt niet erkend dat de wetgever als orgaan ambtsplichten jegens individuen heeft, maar slechts in abstracto jegens het collectief. Aansprakelijkheid van de wetgever was, zo bezien, een moeilijk begaanbare weg.

De jurisprudentiële figuur van de 'onrechtmatige quasionteigening' bood evenmin soelaas. Deze vorm van aansprakelijkheid kan worden ingeroepen bij verwijtbaar of niet-verwijtbaar onrechtmatig overheidshandelen dat leidt tot een aantasting van het fundamentele *eigendomsrecht*. Ook deze aansprakelijkheid bleek maar moeilijk aan de Europese eisen te kunnen voldoen. Zo speelde in de casus *Brasserie* (waar het ging om omzetverlies van een Franse brouwerij) de vraag met betrekking tot de eis van *eigendomsaantasting* een prominente rol.[31] Op 'trias'-gronden was de Duitse rechtsorde eveneens terughoudend. De rechter zou zijn bevoegdheid overschrijden door de nationale wetgever aansprakelijk te houden voor de schending van gemeenschapsrecht.

Ná *Brasserie* is de lidstaataansprakelijkheid overigens loyaal aanvaard. Wel ontstond er in Duitsland een slepend debat naar aanleiding van de vraag of deze aansprakelijkheid moet worden ingebed in (het systeem van) de nationale overheidsaansprakelijkheden of dat deze nevengeschikt is.[32] De '*dualistische Konzeption*' kreeg de nodige steun.[33] Deze opvatting splitst de systemen, onder meer om te voorkomen dat de nationale aansprakelijkheid zou gaan lijden aan '*Tatbetands-Schizofrenie*' (verschil in toepassing, afhankelijk van de Europese dimensie). De lidstaataansprakelijkheid heeft een Unierechtelijk fundament en moet daarom, zo lijkt ook de gedachte in Duitsland, door 'Europa' ontwikkeld worden.

3.3 Frankrijk

In Frankrijk, en zeker ook in Nederland (zie hierna par. 4), verliep de inpassing van *Francovich* relatief soepel. Frankrijk kende al een lange traditie van overheidsaansprakelijkheid met betrekking tot het bestuur. Het borgen van legaliteit (objectieve bescherming) en het erkennen van schadeaanspraken van burgers (subjectieve

30 Zie voor een overzicht in het Nederlands B.J.P.G. Roozendaal, *Overheidsaansprakelijkheid in Duitsland, Frankrijk en Nederland* (diss. Rotterdam), Deventer: Gouda Quint 1998, hoofdstuk 2.

31 Het ging om een schadeclaim tegen de Bondsrepubliek door de brouwerij in verband met *omzetverlies* door onrechtmatige Duitse wetgeving over bier (de Reinheitsgebot-affaire).

32 Hierover Ossenbühl & Cornils 2013, p. 627 e.v.

33 Maurer lijkt gelet op de Luxemburgse rechtspraak echter meer te voelen voor een geïntegreerde ontwikkeling. Zie H. Maurer, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 18. Auflage, München: Verlag C.H. Beck 2011, p. 831.

bescherming) worden gezien als essentiële elementen van het rechtsstatelijk bestuursrecht. De Franse overheidsaansprakelijkheid heeft zich, zoals bekend, ook goeddeels los van het civiele recht ontwikkeld (le principe d'autonomie; arrest *Blanco*, Tribunal des conflits 8 februari 1873). Richtinggevend is de gedachte dat overheidsaansprakelijkheid steeds zoekt naar een balans tussen algemeen en particulier belang.[34]

Overheidsaansprakelijkheid kan naar Frans recht zijn gebaseerd op onrechtmatige daad (de responsabilité pour *faute*) dan wel op rechtmatige daad (de responsabilité *sans faute*).[35] Zonder dieper op dit stelsel in te gaan, kan worden gesteld dat de Franse overheidsaansprakelijkheid (pour faute) in beginsel een goede kapstok biedt voor *Francovich*, althans voor zover het bestuur in beeld is. De 'faute'-aansprakelijkheid is een op de bestuursorganisatie[36] betrokken aansprakelijkheid die voldoende flexibel is om rekening te houden met de specifieke aard van handelen of nalaten.

Unierechtelijke aansprakelijkheid voor handelen of nalaten van de wetgever bleek echter ook in Frankrijk nogal complex te liggen. Aansprakelijkheid van de wetgever voor het rechtmatig veroorzaken van een abnormale en speciale last in het algemeen belang werd in Frankrijk al sinds de jaren dertig van de vorige eeuw erkend.[37] Maar deze aansprakelijkheid bleek bij schendingen van Unierecht slechts gewrongen tot een aanvaardbare aansprakelijkheid te kunnen leiden.

De aansprakelijkheid *pour faute* bood op haar beurt eveneens weinig houvast omdat het Franse recht de leer van de constitutionele onschendbaarheid van de wet kent. Maar sinds het arrest *Nicolo*[38] scheen er wel licht. Aanvaard werd toen dat de (bestuurs)rechter ook de wet – of bij nalaten de afwezigheid daarvan – mag waarderen in het licht van internationale rechtsnormen, waaronder Europese verdragen, verordeningen en richtlijnen. Toch werd dit arrest nog niet van harte aangegrepen om ook de 'nieuwe' *Francovich*-aansprakelijkheid met het oog op wetgeving op de rails te plaatsen.[39] Eerder was er sprake van omtrekkende bewegingen. Bij schendingen van Europees recht werd de overheidsaansprakelijkheid toegeschreven aan gedelegeerde wetgeving of aan bestuurlijke uitvoeringshandelingen. Hierdoor bleef de wetgever zelf wat buiten beeld.

Twaalf jaar na *Francovich* (rond 2004) leek de Franse discussie over de inbedding van deze rechtspraak in het systeem van overheidsaansprakelijkheid nog niet te zijn beslecht. De literatuur noemde de optie van een zelfstandig Europees aansprakelijkheidsregime voor de wetgever[40] om de gevoelige (nationale) 'faute'-aansprake-

---

34 Vgl. Y. Gaudemet, *Droit administratif*, 20e édition, Parijs: L.G.D.J. 2012, p. 193.

35 Gebaseerd op het bekende *égalité-beginsel* dan wel op de idee van een (vergaande) objectieve risicoaansprakelijkheid voor risicovolle activiteiten of werken (théorie du risque exceptionel).

36 Het kan gaan om een tot een individuele functionaris herleidbare 'faute' maar ook om een anoniem handelen of nalaten van het bestuur. Vgl. Gaudemet 2012, p. 197.

37 CE 14 januari 1938, *Rec. Lebon*, p. 25 (*La Fleurette*).

38 CE Ass. 20 oktober 1989, *AJ* 1989, p. 756 (*Nicolo*).

39 Sommigen leken deze belangrijke stap overigens (wel) denkbaar te achten. Vgl. bijv. R. Chapus, *Droit administratif général*, Tome I, 14e édition, Parijs: Editions Montchrestien 2000, p. 1353-1354.

40 Zie bijv. L. Bernardeau, 'Le principe consacré par l'arrêt Francovich et le droit administratif français ou "les avancées dans une possible impasse"', in: S. Moreira de Sousa & W. Heusel (red.), *Enforcing Community Law from Francovich to Köbler: Twelve Years of the State Liability Principle*, Trier: Bundesanzeiger 2004, p. 152.

lijkheid te mijden. En hoewel het aanvaarden van overheidsaansprakelijkheid voor daden van de wetgever inmiddels vaster in het Franse recht is verankerd,[41] is de discussie tot op heden niet gesloten. In de nationale handboeken bestuursrecht treft men overigens maar weinig aan over *Francovich*. Het lijkt vooral – wederom – relatief een autonoom leerstuk te zijn dat de Franse rechtspraak en de nationale literatuur niet al te veel in beweging brengt.

4 De Nederlandse overheidsaansprakelijkheid; *Francovich* revisited?

Nederland bevond, en bevindt, zich met het oog op *Francovich* in vergelijking tot de 'grote' Europese rechtsstelsels in een wat andere positie. Ons overheidsaansprakelijkheidsrecht betreffende onrechtmatige besluiten van het bestuur én wetgeving (in ieder geval in materiële zin (zie hierna)) is relatief soepel.

4.1 *Verdergaande nationale aansprakelijkheid*

In Nederland geldt rechtspraak die, met het oog op normatief handelen van bestuur en wetgever, bij schending van hogere regels of voorschriften eenvoudig leidt tot het aannemen van een (in beginsel[42] tot schadevergoeding verplichtende) toerekenbare onrechtmatige overheidsdaad.[43] Voor (appellabele) besluiten van het bestuur, dan wel voor wetgeving in materiële zin kan ook de schending van (ongeschreven) rechtsbeginselen daartoe leiden. Alleen ten aanzien van de wet in formele zin stelt het toetsingsverbod van artikel 120 Gw (indirect) beperkingen aan het vestigen van vermogensrechtelijke aansprakelijkheid in die zin dat toetsing – kort gezegd – is beperkt tot eenieder verbindende internationale bepalingen (via art. 94 Gw) en relevant EU-recht (via de autonome doorwerking).

De gevolgen van *Francovich* voor onze overheidsaansprakelijkheid werden al direct geschat als (uiterst) beperkt.[44] In veel gevallen waarin de schending van Europees recht aan de orde is, bood en biedt het Nederlandse aansprakelijkheidsrecht (althans in theorie) een *hogere* bescherming dan het Unierechtelijke. En omdat het Unierecht er zich bij de huidige stand van de rechtsontwikkeling niet tegen verzet dat lidstaten een 'gunstiger' aansprakelijkheidsregime mogen hanteren (onder respectering van het Unierechtelijke non-discriminatie- en het doeltreffendheidsvereiste) kan een actie gerust worden gebaseerd op artikel 6:162 BW.

---

41 Vgl. bijv. ook CE 8 februari 2007, *Rec. Lebon*, p. 78 (*Gardedieu*).

42 Het venijn zit vaak wel in het aantonen van *causaliteit* en bewijzen van schade, alsmede in het *relativiteitsvereiste*.

43 Zie i.h.b. HR 24 januari 1969, NJ 1969, 316, m.nt. H.D (*Pocketbooks II*), HR 9 mei 1986, *AB* 1986, 429, m.nt. FHvdB (*Staat t. Van Gelder*) en HR 31 mei 1991, *AB* 1992, 290, m.nt. FHvdB (*Van Gog t. Nederweert*).

44 Zie bijv. G. Betlem & E. Rood, 'Francovich-aansprakelijkheid. Schadevergoeding wegens schending van het gemeenschapsrecht', NJB 1992/8, p. 254-255. Zie ook G. Betlem, 'Onrechtmatige wetgeving: Overheidsaansprakelijkheid voor schending van EG-recht in het post-Francovich tijdperk, *RegelMaat* 1996/3, p. 139. Betlem sprak indertijd van een (directe) invloed van 0,0. Zie verder bijv. A.J. Bok, 'Het Francovich-arrest en onrechtmatige wetgeving naar Nederlands recht', TPR 1993, p. 37 e.v.

Dit heeft tot gevolg dat er in Nederland maar zeer weinig (specifieke) vorderingen op grond van *Francovich* aan de orde zijn en dat de Europese aansprakelijkheid, zo bezien, vaak opgaat in de nationale kaders van het Burgerlijk Wetboek. De *Francovich*-bescherming kan wel van belang zijn wanneer het nationale causaliteits- of relativiteitsvereiste een Unierechtelijke schadeaanspraak te veel beperkt.[45] Verder blijft voorzichtigheid geboden bij *wettelijke* uitsluitingen of gekwalificeerde aansprakelijkheden. Zo is er discussie over de vraag of de aansprakelijkheidsbeperking in de sfeer van het financiële toezicht in specifieke gevallen wel verenigbaar is met het Unierecht.[46] Serieuze fricties zouden ten slotte ontstaan wanneer het Unierecht de nationale rechter zou verplichten om naast het toekennen van schadevergoeding (en het toepassen van de overige doorwerkingsinstrumenten) in voorkomende gevallen ook een wetgevingsbevel (bijv. ter implementatie) te geven. Een zodanige ontwikkeling zou moeten leiden tot het principieel bijstellen van de rechtspraak van de Hoge Raad.[47] Dit zou overigens ook in andere lidstaten constitutioneel veel overhoop halen.

4.2 *Francovich als breekijzer voor een lagere bescherming?*

Per saldo lijkt het in Nederland rustig met betrekking tot *Francovich*. Maar schijn kan bedriegen. Zo was er plotseling het opmerkelijke arrest van het Gerechtshof Den Haag van 15 oktober 2013.[48] Hiertegen is beroep in cassatie ingesteld.[49] Het arrest is uitstekend besproken door Widdershoven en Schutgens. Ik beperk mij daarom tot enkele punten.

Aan de orde was de aansprakelijkheid van de Staat wegens het niet juist implementeren van Richtlijn 2003/88/EG. De richtlijn is onder meer van belang voor het opbouwen van vakantie tijdens arbeidsongeschiktheid. Een werknemer vorderde schadevergoeding wegens het mislopen van vakantieopbouw. De Staat greep dit – toch onverwacht – aan voor een principiële discussie over de grondslag van deze (eventuele) aansprakelijkheid. Hij probeerde de aansprakelijkheid voor onrechtmatige wetten in formele zin te onttrekken aan artikel 6:162 BW (en de daarop

---

45 Overigens bleek ook de Europeesrechtelijke visie op relativiteit soms niet mals. Vgl. reeds het arrest HvJ EG 12 oktober 2004, zaak C-222/02 (*Peter Paul e.a.*), *AB* 2005, 17, m.nt. RW.

46 Vgl. art. 1:25d Wet op het financieel toezicht. Zie uitvoerig E.J. van Praag, 'Aansprakelijkheid van financiële toezichthouders naar Europees recht', *SEW* 2014/5, p. 214 e.v. In de lidstaten zijn hier ook duidelijke verschillen hoewel beperking van aansprakelijkheid overheersend is. Zie R.J. Dijkstra, 'De wettelijke aansprakelijkheidsbeperking van DNB en AFM', *O&A* 2014/2, p. 38 e.v.

47 Zie HR 21 maart 2003, ECLI:NL:HR:2003:AE8462, *NJ* 2003, 691, m.nt. T. Koopmans, *AB* 2004, 39, m.nt. ChB en *JB* 2003/120, m.nt. M. de Jong (*Stichting Waterpakt t. Staat*) en HR 1 oktober 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO8913, *NJ* 2004, 679, m.nt. T. Koopmans (*Stichting De Faunabescherming t. Fryslân*). Hierover in kritische zin bijv. J. Polak, 'De klassieke onrechtmatige daadsvordering als instrument van effectieve uitvoering van EG-recht: de Europese dimensie van de vangnetfunctie van de burgerlijke rechter', in: T. Barkhuysen, W. den Ouden & E. Steyger (red.), *Europees recht effectueren. Algemeen bestuursrecht als instrument voor de effectieve uitvoering van EG-recht*, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2007, p. 261 e.v.

48 Gerechtshof 's-Gravenhage 15 oktober 2013, ECLI:NL:GHDHA:2013:3791, *JB* 2013/233, m.nt. R.J.B. Schutgens, *AB* 2014/103, m.nt. R.J.G.M. Widdershoven.

49 Een arrest van de Hoge Raad valt waarschijnlijk te verwachten in het vroege voorjaar van 2015.

gebaseerde rechtspraak) en exclusief te verankeren in het Europese recht (lees: *Francovich*). De gelaedeerde zette juist in op het gunstiger 'nationale' aansprakelijkheidsregime. Het criterium van de voldoende gekwalificeerde schending zou dan immers niet beperkend in zijn nadeel werken; in casu bleek dit een wezenlijk punt omdat de betrokken Richtlijn niet uitblonk in helderheid.

Op basis van een uiterst curieuze argumentatie (Schutgens spreekt zelfs over een '(drog)redenering' en een opvatting die uit de lucht lijkt te zijn gegrepen) probeerde de Staat in casu de route via de nationale onrechtmatige daad te blokkeren. Hij stelde zich op de nogal on-Nederlandse opvatting dat wetgeving in formele zin geen onrechtmatige daad in de zin van het Burgerlijk Wetboek kan opleveren in verband met het toetsingsverbod van artikel 120 Gw. In de Nederlandse normenhiërarchie zouden namelijk de bevoegdheid tot toetsing en de daaraan te verbinden gevolgen moeten worden gevonden in een regeling van hogere orde dan de te toetsen regeling. Nu artikel 6:162 BW zelf een wet in formele zin is, zou het artikel geen aanvaardbaar toetsingskader bieden voor een andere wet in formele zin en evenmin een grondslag vormen op basis waarvan de wet in formele zin onrechtmatig kan worden verklaard. Schadevergoeding op grond van het Burgerlijk Wetboek zou dan eveneens buiten beeld zijn. Volgens de Staat zou de rechter zich – kort gezegd – moeten beperken tot de toetsing via artikel 94 Gw, respectievelijk via de eisen van het Unierecht. Voor wat betreft de overheidsaansprakelijkheid zou in casu *Francovich* exclusief in beeld zijn.

Terecht prikte het Haagse hof deze zeepbel door. Het standpunt van het hof past bij de opvattingen van Schutgens en Widdershoven. Het gaat erom dat de fase van (grondwettelijke of Unierechtelijke) *toetsing* voorafgaat aan, en in beginsel losstaat van, het *vaststellen* van de vermogensrechtelijke aansprakelijkheid. De toetsing kan met zich brengen dat *vervolgens* op grond van het vermogensrecht aansprakelijkheid in beeld komt omdat een 'wettelijke' plicht is geschonden (in casu het schenden van de Unierechtelijke implementatieplicht).

Artikel 6:162 BW is niet grondwettelijk buiten beeld bij wetgeving in formele zin. Dit geldt eens temeer bij schendingen van het Unierecht. De 'toetsing' staat hier immers los van artikel 94 Gw. Hoe dan ook, Widdershoven wijst er terecht op dat in dit kader nog *niet* vaststaat dat voor de wet in formele zin hetzelfde aansprakelijkheidsregime heeft te gelden als voor wetgeving in materiële zin.

Op grond van de bestaande rechtspraak van de Hoge Raad is dit inderdaad geen volstrekt uitgemaakte zaak. Nieuwe instructies van de Hoge Raad zijn daarom van belang. Maar de bewegingsruimte is beperkt. Met het oog op de aansprakelijkheid voor schendingen van het Unierecht mag niet worden teruggevallen op het Unierechtelijke basisniveau zolang in andere gevallen (bijv. bij de schending van het EVRM) een gunstiger regime geldt. Het vereiste van non-discriminatie verzet zich daartegen. Binnen de randvoorwaarden van het (overige) internationale recht (bijv. art. 13 EVRM[50]) mag ten aanzien van de wet in formele zin in beginsel wel over de volle breedte de Unierechtelijke basisaansprakelijkheid worden aangehouden.

---

50 Widdershoven (zie punt 5 van zijn noot onder het arrest van het Haagse hof) meent dat een beperking op gespannen voet kan staan met het vereiste van 'effective remedy' van dit artikel bij schending van EVRM-rechten.

Wenselijk lijkt mij zo'n convergentie met het Unierecht niet. Immers, *Francovich* zou dan kunnen leiden tot aansprakelijkheidsbeperking. Aan de horizon dient zich dan misschien ook een discussie aan of bijstelling van de overheidsaansprakelijkheid in de sfeer van bestuursbesluiten in ons land niet eveneens wenselijk is. Hiermee wordt het risico dat het Luxemburgse Hof indertijd nam inzichtelijk: overheden die op de portemonnee letten, zullen graag terugvallen op een relatief beperkte Unierechtelijke basisaansprakelijkheid. De tendens om naar een gemeenschappelijk niveau van overheidsaansprakelijkheid bij te stellen mag men, zeker in tijden waarin wetgever en rechter breed inzetten op beperking van aansprakelijkheid, niet onderschatten. Voor sommige lidstaten zou er waarschijnlijk voor de burger nog wat winst zijn te behalen,[51] maar voor Nederland zou een uniek stukje aansprakelijkheidsrecht verschralen.

5 Slotbeschouwing en conclusie: geen Europese eenheidsworst,[52] maar een nuttige en haalbare agenda voor de toekomst

Een spannende vraag is of binnen de Europese Unie een uniforme overheidsaansprakelijkheid ooit realiteit wordt. Een antwoord zou uiterst speculatief zijn. Ik waag me daar maar niet aan. De vraag of een verdere harmonisatie, nog afgezien van de vraag of hiervoor een voldoende juridische basis bestaat, *noodzakelijkerwijs* in het verschiet ligt, is al beduidend concreter. Daar valt wel iets zinnigs over te zeggen. Ten slotte is er de rechtspolitieke vraag of een verdere uniformering noodzakelijk, dan wel wenselijk is. Mijn mening op dit laatste punt bewaar ik tot het slot.

Eerst de harmonisatievraag. Van belang lijkt dat noch de *ius commune*-benadering noch de *activistische* opvatting van het EU Hof wijst op de onvermijdelijkheid van een sterk geharmoniseerde overheidsaansprakelijkheid in Europa.

De zoektocht naar 'ius commune' is bijvoorbeeld krachtig uitgedragen door Van Gerven.[53] Het betreft een zoektocht naar 'common principles', het ontsluiten van de grootste gemene delers. Via functionele rechtsvergelijking kunnen de verschillen tussen nationale stelsels, mede onder invloed van het Unierecht, worden verkleind. Soms lijkt in dit verband inderdaad te worden gedacht in termen van onvermijdelijkheid, maar de weg der geleidelijkheid en de dialectiek tussen nationaal recht en Unierecht staat toch centraal. Van belang is dat *Francovich* in deze benadering slechts een van de factoren is die de harmonisatie van de overheidsaansprakelijkheid in Europa beïnvloedt (naast bijv. de belangrijke rechtspraak van het EHRM[54]). De *ius*

51 Bij de Engelse discussies over de hervorming van de overheidsaansprakelijkheid is de Unierechtelijke maatstaf bijvoorbeeld in beeld. Vgl. Craig 2012, p. 959.

52 Vgl. N. Verheij, 'Europees bestuursrecht: leve de rechtseenheid of weg met de eenheidsworst?', in: R.J.N. Schlössels, A.J. Bok e.a. (red.), *In eenheid*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2007, p. 105 e.v.

53 Zie bijv. W. van Gerven, 'The emergence of a common European tort law: The EU-contribution – One among others', in: S. Moreira de Sousa & W. Heusel (red.), *Enforcing Community Law from Francovich to Köbler: Twelve Years of the State Liability Principle*, Trier: Bundesanzeiger 2004, p. 232 e.v.

54 De invloed van het EVRM op het overheidsaansprakelijkheidsrecht mag men bepaald niet onderschatten. Denk aan schadevergoeding bij niet tijdige rechtspraak (art. 6 EVRM), schadevergoeding bij aantasting van het eigendomsrecht (art. 1 EP EVRM) en in het algemeen de

commune-benadering laat zonder twijfel ruimte voor rechtsculturele verschillen en respecteert de benodigde tijd voor het bewerkstelligen van een zinvolle convergentie.

De activistische benadering laat veel minder ruimte voor interactie tussen rechters en rechtsorden. Het nationale recht wordt hier primair gezien als een instrument van het Unierecht dat leidend is. Sieburgh[55] heeft de realiteit van deze benadering voor het aansprakelijkheidsrecht geschetst. Volgens haar kan het nationale aansprakelijkheidsrecht slechts een rol spelen voor zover dat zich verdraagt met de algemene lijnen van het gemeenschapsrecht. Het nationale recht heeft een dienende functie; het volgt waar opgedragen, maar niet meer dan dat. Voor wederkerige beïnvloeding is in dit kader weinig ruimte. Opmerkelijk is dat ook Sieburgh niets ziet in principiële integratie en geforceerde afstemming: 'Een benadering die principieel het gemeenschapsrecht tracht te integreren in het nationale recht en die beide stelsels over en weer op elkaar wil afstemmen voert te ver en noopt tot mogelijk vruchteloze inspanningen.'[56]

Ook de *rechtspraktijk* wijst er niet op dat de uniformering van aansprakelijkheid als gevolg van het Unierecht fors aan kracht wint. Er zijn oude constitutionele tradities in het geding[57] en dat is een niet onbelangrijke factor die grenzen stelt. Gelet op het citaat van Keus dat boven deze bijdrage staat, kan in ieder geval worden vastgesteld dat *Francovich* in de sfeer van wetgeving en bestuur de voorbije tien jaar niet wezenlijk tot een verdere verdieping van *onze* overheidsaansprakelijkheid heeft geleid. Integendeel, enige verschraling lijkt het Unierecht zelfs in de hand te kunnen werken. In andere lidstaten heeft de Luxemburgse rechtspraak evenmin geleid tot een overwegend Unierechtelijk gekleurd systeem van overheidsaansprakelijkheid. Eerder is er sprake van een afzonderlijke plek van *Francovich* in de rechtsorden. Van belang is natuurlijk wél dat de aansprakelijkheid voor onrechtmatige nationale wetgeving in diverse lidstaten is aangescherpt. Dat is winst. Maar de 'over all' impact van *Francovich* is bescheiden.

Hoe verder? Zonder twijfel heeft ieder rechtsstatelijk bestuursrecht, ook het Europese, een systeem van vermogensrechtelijke aansprakelijkheid nodig. Dit geldt misschien zelfs nog meer voor de gelaagde Europese rechtsorde waarin talrijke nationale 'overheden' als noodzakelijke hoeders van de Unie betrokken zijn bij de dagelijkse uitvoering en implementatie van complex Unierecht. Deze aansprakelijkheid kan niet volledig worden overgelaten aan de nationale rechtsorden. Daarom is het goed dat het Hof in Luxemburg gekozen heeft voor een gemeenschappelijk fundament en het aangeven van algemene kaders. Het activistische signaal was hard nodig in het belang van het *effet utile*, maar de kracht ervan is onvoldoende om te

---

(reflex)-werking van art. 41 EVRM (genoegdoening). Ook de afstemming tussen de EU-aansprakelijkheid en de rechtspraak uit Straatsburg zal nog aandacht verdienen.

55 C.H. Sieburgh, 'Het Europese gemeenschapsrecht en het Nederlandse buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht, in: A.S. Hartkamp, C.H. Sieburgh & L.A.D. Keus (red.), *De invloed van het Europese recht op het Nederlandse privaatrecht*, Deventer: Kluwer 2007, i.h.b. p. 538-540.

56 Sieburgh 2007, p. 539.

57 Naar ik meen van toch andere aard dan technische keuzen die worden gemaakt in het besluitvormingsrecht. Hier zal overeenstemming over harmonisatie ook gemakkelijker zijn. Vgl. Verheij 2007, p. 125.

komen tot een coherent en meer uniform stelsel van Europese overheidsaansprakelijkheid.

Aan iedere verdere afstemming gaat overigens de vraag naar de noodzaak daarvan vooraf. Die noodzaak is er op het brede terrein van bestuursrechtelijke rechtsverhoudingen met een (overwegend) Unierechtelijke dimensie, maar zeker niet over de hele linie van het bestuursrecht.[58] Hoe dan ook, Europese burgers mogen zodra (de schending van) Unierecht in beeld is een stuk gelijke behandeling van de betrokken (nationale) overheden[59] verwachten. Dat bindt de rechtsbescherming in de Europese rechtsorde. Ook daarbuiten is, gelet op eisen van rechtsgelijkheid en rechtszekerheid, de vraag legitiem of het laten voortbestaan van relevante verschillen tussen Unierechtelijke en verwante nationale aansprakelijkheidsgeschillen verstandig is. Soms zullen verschillen worden verminderd doordat de inhoudelijke materie steeds meer op het Unieniveau wordt getild. Denk bijvoorbeeld aan de wereld van het financieel toezicht. Uniformering kan dan op deelterreinen in een stroomversnelling belanden.

Daarbuiten heeft de weg van de kruisbestuiving en geleidelijkheid (*ius commune*-aanpak) naar mijn mening de beste papieren in de gevoelige wereld van de overheidsaansprakelijkheid. Anders dan bij een overwegend activistische aanpak is hier meer aandacht voor waardevolle verschillen in rechtscultuur. De rechtswetenschap vervult een belangrijke rol bij het verder ontsluiten van de verschillende Europese aansprakelijkheidstradities. De Waele, die de vorming van de *Francovich*-aansprakelijkheid in zijn proefschrift uitvoerig analyseerde, signaleert in dit verband dat de nationale aansprakelijkheidsregimes in Europa doorgaans de resultante zijn van '... een langdurig rijpingsproces waarin zorgvuldige en complexe afwegingen hebben plaatsgevonden, en een uitgebalanceerd systeem zijn beslag heeft gekregen'.[60] Het Luxemburgse Hof – Europa in het algemeen – overspeelt gemakkelijk zijn hand als het plotseling al te krachtig in zo'n systeem roert. Nationale verworvenheden (vgl. ook de Nederlandse overheidsaansprakelijkheid) dienen niet zonder slag of stoot te worden prijsgegeven en zeker niet als de drijfveren van puur financiële aard zijn.

Bij dit alles past ter afsluiting een relativerende opmerking van Meijer[61] die er – kort gezegd – op wees dat ondanks de theoretische verschillen tussen de Unierechtelijke en de Nederlandse overheidsaansprakelijkheid, vergelijkbare resultaten kunnen worden geboekt. De concrete invulling van aansprakelijkheidsvoorwaarden – die afhankelijk is van rechtspolitiek – is vaak belangrijker dan het abstract geformuleerde kader. Ook dit gegeven kan helpen bij het bouwen van bruggen binnen de Europese systemen van overheidsaansprakelijkheid.

---

58 Schadevergoeding bij dijkdoorbraken en slecht onderhoud van (water)wegen staat bijvoorbeeld relatief ver van het Unierecht, maar hier kan het EVRM – o.m. via de eigendomsbescherming – in beeld komen.

59 En schadeclaims niet alleen jegens hun overheid, maar ook tegen die van een andere lidstaat kunnen afdwingen Vgl. reeds *Factortame*.

60 De Waele 2009, p. 258.

61 R. Meijer, 'Rechtspolitieke overwegingen in de Unie- en lidstaataansprakelijkheid', in: T. Barkhuysen, W. den Ouden & M.K.G. Tjepkema (red.), *Coulant compenseren? Over overheidsaansprakelijkheid en rechtspolitiek*, Deventer: Kluwer 2012, p. 670-671.

Verbazingwekkend, maar toch ook weer niet

Over de invloed van het recht van de Europese Unie op het Nederlandse bestuursprocesrecht

Kars de Graaf, Jan Jans en Bert Marseille[*]

1 Inleiding en opzet

'Is er, onder invloed van EU-recht, een Europees *ius commune* in het algemeen bestuursrecht van de lidstaten aan het ontstaan?', zo luidde de intrigerende door de VAR gestelde vraag. 'Zouden we die vraag nader kunnen belichten voor het Nederlandse bestuursprocesrecht?' Beantwoording van deze vragen vergt dat wij twee deelvragen beantwoorden. De eerste is of er inderdaad vanuit het EU-recht een invloed is waar te nemen op het algemeen deel van het Nederlandse bestuursprocesrecht. De tweede of deze beïnvloeding zich ook afspeelt in de rechtsstelsels van andere landen. Dit laatste veronderstelt een rechtsvergelijkende analyse die het kader en de omvang van dit opstel te buiten gaat. Wij hebben ons dan ook beperkt tot de invloed van 'Europa' op het algemeen deel van het Nederlandse bestuursprocesrecht en hebben de vraag naar het ontstaan van een Europees *ius commune* ter zijde gelegd. Alhoewel: mochten wij tot de conclusie komen dat de invloed van het EU-recht op het algemeen deel van het Nederlandse bestuursprocesrecht gering is, dan zou dit op zijn minst de hypothese rechtvaardigen dat de weg naar het ontstaan van een Europees *ius commune* nog lang is.

Eveneens vanwege de omvang van dit opstel beperken we ons tot de invloed van het EU-recht en schenken we geen aandacht aan het EVRM. Uiteraard zijn wij ons ervan bewust dat juist artikel 6 EVRM via het *Benthem*-arrest voor de meest fundamentele wijziging in de Nederlandse rechtsbeschermingsinfrastructuur van de laatste dertig jaar heeft gezorgd.[1] Maar omdat wij veronderstellen dat de door dit arrest veroorzaakte aardschok bij de leden van de VAR bekend is, laten wij dit hier verder rusten.

---

* Prof. mr. K.J. de Graaf, prof. mr. J.H. Jans en prof. mr. A.T. Marseille zijn allen verbonden aan de vakgroep Bestuursrecht en Bestuurskunde van de Rijksuniversiteit Groningen. Laatstgenoemde auteur is tevens verbonden aan de Universiteit van Tilburg. De auteurs danken Marc Wever, student-assistent bij de vakgroep, voor het vele werk dat hij ter voorbereiding van deze bijdrage heeft verricht.

1 EHRM 23 oktober 1985 (*Benthem t. Nederland*), NJ 1986/102, m.nt. Alkema, *AB* 1986/1, m.nt. Hirsch Ballin. Zie Schueler 2009.

Maar zelfs binnen deze beperkingen moet worden geconstateerd dat over het onderwerp, ook door ons zelf, al het nodige is gezegd en geschreven.[2] Om een al te aanzienlijke herhaling van zetten te vermijden, kiezen we voor dit opstel de volgende opzet. In de eerste plaats hebben wij ons afgevraagd of op het niveau van de fundamentele oriëntatie van het Nederlandse bestuursrechtelijke rechtsbeschermingsstelsel het recht van de Europese Unie (en haar voorgangers) enige rol van betekenis heeft gespeeld. Vervolgens hebben wij ons aan de hand van een drietal deelonderwerpen – omvang van het geding, toegang tot de rechter en het relativiteitsvereiste – bekeken in hoeverre de invloed van het EU-recht daadwerkelijk tot veranderingen en verschuivingen heeft geleid. In de derde plaats hebben we getracht een beeld te krijgen over hoe de vier hoogste Nederlandse bestuursrechters nu zelf de invloed van het EU-recht percipiëren. Daartoe hebben wij een beknopt jurisprudentieonderzoek verricht.

2 De invloed van het EU-recht op de *Strukturprinzipien* van het Nederlandse bestuursprocesrecht

Heeft het EU-recht enige invloed gehad op de leidende paradigma's van de Nederlandse bestuursrechtspraak? Waartoe dient bestuursrechtspraak ook al weer? De Nederlandse bestuursrechtspraak heeft sinds de inwerkingtreding van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) een ware gedaantewisseling ondergaan. Nog geen dertig jaar geleden was het heersende paradigma, dat het de primaire taak van de bestuursrechter was om beschikkingen te beoordelen op hun rechtmatigheid. De vernietigingsgronden stonden in de wet en de appellant kon volstaan met het stellen van zijn belang. De bestuursrechter toetste vervolgens aan de hand van deze wettelijke vernietigingsgronden de rechtmatigheid van de beschikking. De taak van de bestuursrechter was niet alleen om burgers rechtsbescherming te bieden, maar hij had ook een belangrijke controlerende functie op het bestuur. Dit is veranderd. Het huidige bestuursprocesrecht schept een kader voor het bindend beslechten van rechtsgeschillen tussen burgers en overheid: geschilbeslechting. Daar gaat het om, en het liefst zo snel en finaal mogelijk. Andere ambities, zoals controle op de objectieve rechtmatigheid van het bestuur, zijn al jaren geleden overboord gezet.

Een relevante vraag derhalve is of bij al deze discussies over de doelstellingen van de bestuursrechtspraak 'Europa' enige rol (van betekenis) heeft gespeeld. Daartoe zijn wij nagegaan of in de parlementaire geschiedenis van de Awb en bij de tussentijdse evaluaties en bij de opeenvolgende tranches ter uitbreiding van de Awb, het EU-recht een rol heeft gespeeld. Het antwoord kan kort zijn: noch de wetgever, noch de Raad van State heeft hieraan enige serieuze aandacht besteed. Veel meer dan een opmerking bij de Tweede tranche, dat het Nederlandse stelsel geheel in overeenstemming dient te worden gebracht met de eisen die de artikelen 6 EVRM en 14 IVBPR stellen,

2 Zie de, zeer selectieve, literatuurlijst aan het eind van dit artikel.

komt men niet. Aandacht van de wetgever voor het EU-recht was incidenteel en ad hoc.

Een aardige illustratie biedt de totstandkoming van artikel 6:9 Awb (verzendtheorie). In het wetsontwerp was de regel van het binnen een week verzenden nog beperkt tot verzending in Nederland,[3] maar blijkbaar kreeg men later op het departement enige schrik over de EG-compatibiliteit van deze regel, en is deze regel daarom verruimd.[4]

Ook in de literatuur van de jaren tachtig en negentig was de aandacht voor de Europeesrechtelijke invloed, om maar eens een understatement te gebruiken, beperkt te noemen.[5] Op zich is dit natuurlijk niet heel verbazingwekkend. De leidende motieven bij het Awb-wetgevingsproces waren harmonisering en uniformering en niet aanstonds valt in te zien welke relatie dit proces zou hebben met het EU-recht. Daarbij kwam dat in die tijd weliswaar in de Nederlandse literatuur af en toe aandacht werd gevraagd voor mogelijke concrete en specifieke knelpunten met het EU-recht. Maar de discussie over de principiële oriëntatie van de bestuursrechtspraak werd toch nauwelijks in verband gebracht met het EU-recht.[6]

In de latere literatuur is dit verband wel gemaakt en besproken. Jans heeft in 2005 betoogd dat de primaire oriëntatie in de Nederlandse bestuursrechtspraak op de rechtsbeschermingsfunctie niet geheel onproblematisch is in het licht van het EU-recht. Uit de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie kan worden afgeleid dat de rol van de nationale rechter, indien geconfronteerd met EU-recht, niet alleen kan worden gedefinieerd in termen van 'het bieden van rechtsbescherming' en/of 'finaliteit'. Al sinds de uitspraak in *Van Gend & Loos* is duidelijk dat het Hof de inroepbaarheid van EU-recht tevens van belang acht voor een 'doelmatige controle' op het naleven door de lidstaat van zijn Europeesrechtelijke verplichtingen.[7] Uit de meer recente rechtspraak van het Hof van Justitie blijkt nog steeds dat 'handhaving' van het EU-recht een doelstelling is waarvoor de nationale rechter een zekere verantwoordelijkheid heeft. Een van de aardigste voorbeelden in dit verband is een prejudiciële beslissing in een 'Duitse' zaak, die ook in Nederland een zekere bekendheid heeft gekregen: de uitspraak in de, ook hieronder aan bod komende,

---

3 *Kamerstukken* 21 221.

4 *Kamerstukken* 22 495. Zie PG Awb II, p. 360.

5 Zie bijvoorbeeld de 'Tilburgse' studies van Banda, De Jong en De Moor-van Vugt (vermeld in de literatuurlijst), verschenen aan de vooravond van de inwerkingtreding van de Awb, waarin wel aanmerkelijke aandacht bestond voor rechtsvergelijking, maar van een consequente doordenking vanuit het EU-recht geen sprake was.

6 Voor de overige grote structuurvragen – het besluitbegrip als toegangspoort tot de bestuursrechtelijke rechtsbescherming en de vraag naar de 'magische' lijn tussen bestuurs- en privaatrecht – is het al niet veel anders. De vraag naar de relatie tussen deze fundamentele kwesties en het EU-recht is niet of nauwelijks gesteld. Zie voor dit laatste onderwerp de interessante maar tevergeefse poging van de Rechtbank Assen om het Hof van Justitie te verleiden hierover een uitspraak te doen: HvJ EU 9 december 2010, ECLI:EU:C:2010:751, zaak C-588/08 (*Combinatie Spijker Infrabouw-De Jonge Konstruktie e.a. tegen Provincie Drenthe*).

7 HvJ EG 5 februari 1963, ECLI:EU:C:1963:1, zaak C-26/62 (*Van Gend en Loos*), BNB 1964/134.

zaak *Trianel*.[8] In die zaak was de vraag aan de orde of het in het Duitse bestuursprocesrecht gehanteerde 'relativiteitsvereiste' – waardoor in de praktijk milieuorganisaties nauwelijks toegang tot de bestuursrechter hebben – verenigbaar is het met het EU-recht. Het Hof van Justitie vond van niet. Immers, als het milieuorganisaties niet wordt toegestaan om een beroep te doen op milieurechtsregels 'om de enkele reden dat deze voorschriften collectieve [in de Nederlandse Awb-terminologie: algemene] belangen beschermen' dan zou hen hierdoor 'in ruime mate de mogelijkheid (...) worden ontnomen te doen toezien op de nakoming van de voorschriften van het milieurecht van de Unie, welke voorschriften meestal zijn gericht op het algemeen belang en niet uitsluitend op de bescherming van de individuele belangen van particulieren', aldus het Hof van Justitie in r.o. 46.

Mede naar aanleiding van deze opmerkingen van Jans uit 2005 is bij de derde evaluatie van de Awb door Widdershoven e.a. nader op deze materie ingegaan.[9] Ook zij constateren dat de Awb-wetgever heeft gekozen voor *rechtsbescherming* als primaire functie van het procesrecht en dat de *controlefunctie* daarmee op het tweede plan is gekomen. Vervolgens bespreken zij de vraag hoe deze keuze zich verhoudt tot het Europese recht. Hun antwoord luidt:

> 'Volgens de rechtspraak van het Hof heeft de nationale rechter in EG-rechtelijke zaken een tweeledige functie: hij is zowel belast met het verlenen van rechtsbescherming als met de controle op de naleving van het EG-recht door de overheid. Beide functies liggen in elkaars verlengde en staan in dienst van elkaar. Door te verzekeren dat de burger in EG-rechtelijke zaken effectieve rechtsbescherming geniet, krijgt de door de burger benaderde rechter de mogelijkheid om de naleving van het EG-recht in de lidstaat te controleren. Eventuele spanningen tussen beide functies lost het Hof niet op door het maken van een principiële keuze voor een van beide. De oplossing wordt gevonden in de toetsing van het nationale procesrecht aan de beginselen van gelijkwaardigheid, effectiviteit en effectieve rechtsbescherming.'

Kort samengevat komt dit standpunt erop neer dat er weliswaar een verschil bestaat tussen de principiële oriëntatie van het Nederlandse bestuursprocesrecht en de eisen die het EU-recht aan de rol van de nationale rechter stelt bij de beslechting van geëuropeaniseerde rechtsgeschillen, maar dat dit verschil niet *als zodanig* problematisch is. Wel behoren concrete elementen uit het nationale bestuursprocesrecht getoetst te worden aan de bekende beginselen van gelijkwaardigheid, effectiviteit en effectieve rechtsbescherming.[10] De opvatting van Widdershoven e.a. kan als de 'heersende leer' worden omschreven. Op het *structuurniveau* zijn er geen problemen tussen het Nederlandse bestuursprocesrecht en het EU-recht. De principiële oriëntatie van het Nederlandse bestuursprocesrecht behoort tot de institutionele c.q. procedurele autonomie van de Nederlandse rechtsorde. Dit gezegd hebbend,

---

8 HvJ EU 12 mei 2011, ECLI:EU:C:2011:289, zaak C-115/09 (*Trianel*).
9 Widdershoven e.a. 2006, p. 202-203.
10 Voor wie deze beginselen nog onbekend zijn: zie hierover o.a. Jans, Prechal & Widdershoven 2011, in het bijzonder hoofdstuk 2.

is het natuurlijk des te interessanter om na te gaan of er op het specifieke niveau van concrete regels uit het nationale bestuursprocesrecht mogelijk wel problemen of conflicten zijn. Hierover gaat de volgende paragraaf.

3 De invloed van het EU-recht op *capita selecta* van het Nederlandse bestuursprocesrecht

In welke mate heeft het EU-recht in de afgelopen twintig jaar invloed gehad op het Nederlandse bestuursprocesrecht?[11] Wij beantwoorden die vraag in deze paragraaf allereerst door kort de wijzigingen in het bestuursprocesrecht van de Awb als graadmeter te nemen voor die invloed en vervolgens door op enkele concrete vraagstukken de daadwerkelijke invloed van het EU-recht te beoordelen.

Wijzigingen in de Awb als graadmeter?

Zijn de procesrechtelijke bepalingen in de Awb aangepast vanwege de gelding van het EU-recht? Talrijk zijn de voorbeelden niet. Wel is het de voorlopigevoorzieningsrechter naar aanleiding van de derde evaluatie van de Awb expliciet toegestaan om financiële zekerheid te eisen bij toewijzing van het verzoek.[12] Ook is vanuit het Europees mededingingsrecht het instrument van een *amicus curiae* uiteindelijk in hoofdstuk 8 Awb terechtgekomen.[13] Indien we deze minimale aanscherpingen van ons nationale bestuursprocesrecht – net als de invloed op het besluitvormingsrecht[14] – buiten beschouwing laten, dan kan nog gewezen worden op enkele verwijzingen naar de werkwijze van het Hof van Justitie ter rechtvaardiging van de regelingen over enerzijds de grote kamer (artikel 8:10a Awb) en anderzijds de conclusie door een advocaat-generaal bij de hoogste bestuursrechters (artikel 8:12a Awb).[15] Deze kunnen niet echt tot de invloed van het EU-recht op het Nederlandse bestuursprocesrecht gerekend worden. Gedacht kan nog worden aan het veel gehoorde betoog dat het verstandig zou zijn om – in navolging van aanbevelingen door de Commissie Evaluatie Awb III[16] – een regeling voor de tussenuitspraak in de Awb op te nemen om het stellen van prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie (beter) te faciliteren.[17]

---

11 Ook eerder is over die invloed nagedacht, zie o.a. Brenninkmeijer 1993.

12 Art. 8:84 lid 3 Awb, zie Cie. Evaluatie Awb III, p. 60, onder meer vanwege HvJ EG 21 februari 1991, ECLI:EU:C:1991:65, de gevoegde zaken 143/88 en C-92/89 (*Zuckerfabrik Süderdithmarschen*), *Jur.* 1991, p. I-534.

13 Zie de art. 8:45, 8:45a, 8:60a en 8:83 Awb en ook art. 8:79 lid 3 Awb welke bepalingen alle voortvloeien uit Verordening (EG) 1/2003.

14 Op dat besluitvormingsrecht heeft bijvoorbeeld de Dienstenrichtlijn (Richtlijn 2006/123/EG van 12 december 2006) toch aanzienlijke invloed gehad. In dat verband kan ook gewezen worden op allerlei bepalingen in richtlijnen die zich in meer algemene zin richten op 'administratieve procedures', zoals o.a. art. 13 Richtlijn Hernieuwbare Energie (Richtlijn 2009/28/EG van 23 april 2009) waarin – kort gezegd – alle procedures over hernieuwbare-energieprojecten evenredig en noodzakelijk zijn.

15 *Kamerstukken II* 2009/10, 32 450, nr. 3, p. 16 en 17.

16 Cie. Evaluatie Awb III, p. 60.

17 Zie ook Barkhuysen 2007.

Aanpassing van de Awb volgde echter niet, ook niet toen door de invoering van de bestuurlijke lus het instrument tussenuitspraak formeel in de Awb werd geïntroduceerd. Prejudiciële vragen worden natuurlijk door Nederlandse bestuursrechters wel gesteld,[18] maar zij behelpen zich met een niet wettelijk geregelde tussenuitspraak. Een zoektocht in de parlementaire geschiedenis naar wijzigingen of aanvullingen van de procesrechtelijke bepalingen van de Awb vanwege de invloed van het EU-recht levert derhalve weinig op.

Over de compatibiliteit van bestaande en nieuwe bepalingen met het EU-recht

In rechtspraak, wetgeving en literatuur is aandacht besteed aan de compatibiliteit van bepaalde bestaande en nieuwe bepalingen met het EU-recht. Aan de hand van een drietal onderwerpen trachten wij de daadwerkelijke invloed van het EU-recht op het Nederlandse bestuursprocesrecht te achterhalen. Het betreft de toegang tot de rechter, de omvang van het geschil en de subjectivering van het Nederlandse bestuursprocesrecht door invoering van het relativiteitsbeginsel.

Ten aanzien van de toegang tot de rechter geldt dat de Nederlandse praktijk de invloed van het EU-recht wel heeft gevoeld. Een voorbeeld is de harde bedenkingenfuik, oftewel de zogenoemde Medembliklijn van de ABRvS,[19] die in strijd werd geacht met EU-recht.[20] De Afdeling ging daarom overigens zelf om.[21] Andere veel bediscussieerde (wettelijke) beperkingen van de toegang tot de bestuursrechter, zoals de in de Crisis- en herstelwet neergelegde beperking van het recht van decentrale overheden om – kort gezegd – te procederen tegen besluiten van de centrale overheid of de in diezelfde wet neergelegde beperking dat beroepsgronden slechts aangevoerd kunnen worden tot het einde van de beroepstermijn, zijn – zonder dat daarover nadere uitleg aan het Hof van Justitie is gevraagd – niet in strijd met EU-recht of enig internationaal verdrag geoordeeld.[22]

Discussie over de toegang tot de bestuursrechter in eng perspectief spitst zich in Nederland toe op het belanghebbendebegrip van artikel 1:2 Awb.[23] Ons is niet gebleken dat de uitleg van dat begrip door de Nederlandse (hoogste) bestuursrechters ooit aanleiding is geweest voor een prejudiciële vraag aan het Hof van Justitie. Toch is er in de Nederlandse literatuur in de afgelopen jaren gewag gemaakt van rechtspraak van

---

18 Zie paragraaf 4.

19 ABRvS 25 januari 2001, *AB* 2001/171, m.nt. Michiels.

20 Vgl. HvJ EG 14 december 1995, ECLI:EU:C:1995:437, zaak C-312/93 (*Peterbroeck*), *Jur.* 1995, p. I-4599.

21 ABRvS 20 augustus 2003, *AB* 2003/391, m.nt. Widdershoven.

22 Zie o.a. ABRvS 29 juli 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BR4025, *AB* 2011/281, m.nt. Backes en ABRvS 7 december 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BU7093, JB 2012/45, m.nt. Teunissen (art. 1.4 Chw); ABRvS 17 november 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BO4217, JB 2011/6, *AB* 2011/42, m.nt. Widdershoven (art. 1.6a Chw). Zie daarover ook Jans 2009.

23 Als anekdotische illustratie van het veranderen der tijden: in de VAR-preadviezen van 1992 over de belanghebbende is door geen van de preadviseurs de relatie met het Europees recht ten tonele gevoerd, zodat die relatie pas bij de interventies door een enkeling werd gelegd. Zie Verslag van de algemene vergadering, *De belanghebbende* (VAR-reeks 109), p. 23-24.

het Hof van Justitie waaruit blijkt dat het begrip in overeenstemming met EU-recht moet worden uitgelegd. Met name betreft dat de uitleg en interpretatie van het derde lid, dat de toegang tot de rechter regelt voor bijvoorbeeld milieuorganisaties als behartigers van een algemeen belang. Zo was er de *Djurgården*-uitspraak, waarin het Hof van Justitie oordeelde dat de Zweedse wettelijke voorwaarde voor de ontvankelijkheid, namelijk dat dergelijke belangenbehartigers ten minste 2000 leden moeten hebben, te streng was in het licht van het Verdrag van Aarhus en EU-Richtlijn 2003/35 dat het verdrag (gedeeltelijk) implementeert.[24] De Nederlandse regering stelde in de parlementaire geschiedenis van de Crisis- en herstelwet over dat arrest: 'Deze uitspraak heeft voor Nederland geen gevolgen, aangezien het Nederlandse recht een dergelijk eis niet kent.'[25] Maar dat is eigenlijk net iets te gemakkelijk. Annotatoren Backes en Jans roepen de Nederlandse bestuursrechtspraak op tot voorzichtigheid in verband met de ruime toegang tot de rechter die de Europese rechtsorde nu eenmaal verlangt als het gaat om milieugeschillen.[26] Niet alleen zou de Nederlandse praktijk moeten opletten met de zogenoemde 1-oktober-jurisprudentie van de Afdeling,[27] maar ook met de onderdelenfuik in artikel 6:13 Awb en de toepassing van het relativiteitsvereiste. Het blijft echter bij waarschuwingen.[28] Van daadwerkelijke door de rechter vastgestelde strijd met het EU-recht is in ieder geval (nog) niet gebleken.

Nauw gerelateerd aan de discussie over de toegang tot de rechter is die over de omvang van het geschil. Over de mogelijke verplichting van de nationale bestuursrechter om – in afwijking van de Nederlandse bestuursrechtspraak op dat punt – op grond van het EU-recht buiten de door partijen gedefinieerde omvang van het geschil ambtshalve te toetsen aan EU-recht, is erg veel geschreven.[29] Vormt de gebruikelijke Nederlandse beperking van de ambtshalve toetsing tot bepalingen van openbare orde inzake bevoegdheid en ontvankelijkheid niet te zeer een beperking van de effectieve doorwerking van het EU-recht, zodat ambtshalve toetsing aan EU-recht standaard zou moeten zijn? Dat zou een grote invloed van het EU-recht op het Nederlandse bestuursprocesrecht betekenen. Hoewel de spanning in dit vraagstuk hoog opliep en een prejudiciële procedure uiteindelijk uitkomst moest bieden, blijkt uit het antwoord van het Hof van Justitie – dat het doeltreffendheidsvereiste niet dwingt tot ambtshalve toetsing aan EU-recht[30] – dat het uitgangspunt van procedurele autonomie van de lidstaten overeind blijft en dat de directe invloed van het EU-recht op het bestuursprocesrecht, mits aan de gelijkwaardigheidsvoorwaarde

---

24 HvJ EG 15 oktober 2009, ECLI:EU:C:2009:631, zaak C-263/08 (*Djurgården*), *M en R* 2009/97, m.nt. Jans, *AB* 2009/382, m.nt. Backes, *JB* 2009/264, m.nt. Verheij.

25 *Kamerstukken I* 2009/10, 32 127, nr. C, p. 34.

26 Zie daarover ook HvJ EU 8 maart 2011, ECLI:EU:C:2011:125, zaak C-240/09 (*Lesoochranárske zoskupenie VLK*), *AB* 2011/213, m.nt. Backes.

27 Zie daarover ABRvS 1 oktober 2008, daarover *AB* 2008/348, m.nt. Michiels, *JB* 2008/239, m.nt. Schlössels, *M en R* 2008/105, m.nt. Jans & De Graaf en De Graaf, Jans & Tolsma 2009.

28 Zie in dat verband ook Douma 2011.

29 Zie o.a. Widdershoven 2004, Albers & Schlössels 2005, Jans 2005, Widdershoven 2006.

30 Zie HvJ EG 7 juni 2007, ECLI:EU:C:2007:318, zaak C-222/05 (*Van der Weerd*), *AB* 2007/228, m.nt Widdershoven.

wordt voldaan, derhalve zeer beperkt is.[31] Het *Van der Weerd*-arrest bracht daarin duidelijkheid. Maar dat is eigenlijk wederom net iets te gemakkelijk. Met Widdershoven e.a. en De Munnik[32] stellen wij vast dat het Hof van Justitie in het verleden wel degelijk de nationale rechter heeft gedwongen tot ambtshalve toetsing aan EU-recht.[33] Voorlopig is de conclusie dat het Hof van Justitie als hoogste uitlegger van het EU-recht ook over de vraag gaat of dat EU-recht van openbare orde is en dat daarom, als het nationale bestuursprocesrecht die verplichting kent, de nationale bestuursrechter daar ook ambtshalve aan zou moeten toetsen. De invloed van het EU-recht is uiteindelijk toch vrij klein gebleken.

Tot slot bezien wij in welke mate de subjectiveringstendens in het nationale bestuursprocesrecht beïnvloed is door het EU-recht.[34] Wij doen dat op een concreet punt. De invoering van het relativiteitsvereiste in artikel 1.9 Chw en daarna artikel 8:69a Awb is van de subjectiveringstendens de meest duidelijke uitdrukking. Ook hier geldt dat de hoogste nationale bestuursrechters daarover geen prejudiciële vragen stelden en dat zij duidelijk hebben uitgesproken dat de betreffende bepalingen niet in strijd komen met het EU-recht.[35] Bij de invoering van artikel 8:69a Awb is – net als bij de invoering van artikel 1.9 Chw – echter wel degelijk stilgestaan bij de vraag hoe de nieuwe bepaling zich verhoudt tot het EU-recht (en het Verdrag van Aarhus). Geconcludeerd werd dat de invoering van een relativiteitsvereiste op zichzelf niet in strijd komt met het EU-recht en dat het vereiste ook op Europeesrechtelijke normen kan worden toegepast, mits met inachtneming van het vaak ruime beschermingsbereik.[36] Mede daarom is het woord 'kennelijk' aan de bepalingen toegevoegd, zodat de praktijk zich eenvoudiger met de bepaling zou kunnen redden. Die opvatting en werkwijze is tot op heden niet gelogenstraft. Is dat wellicht toch weer iets te gemakkelijk? Uit het al even genoemde – op het Duitse recht betrekking hebbende – *Trianel*-arrest volgt immers enerzijds dat het Hof van Justitie de hoogste uitlegger van het beschermingsbereik van het EU-recht is en anderzijds dat het EU-recht ruime toegang tot de rechter verlangt als het gaat om milieugeschillen.[37] Een en ander dwingt ook de Nederlandse bestuursrechter tot voorzichtigheid. Overeind blijft echter dat van richtinggevende invloed van het EU-recht op de subjectiveringstendens in het bestuursprocesrecht geen sprake is.

---

31 Zie HvJ EG 14 december 1995, ECLI:EU:C:1995:441, gevoegde zaken C-430/93 en C-431/93 (*Van Schijndel en Van Veen*), *AB* 1996/92, m.nt. Van der Burg.

32 Widdershoven e.a. 2006, p. 140; De Munnik 2007. Zie daarover natuurlijk ook HvJ EG 7 juni 2007, ECLI:EU:C:2007:318, zaak C-222/05 (*Van der Weerd*), *M en R* 2007/100, m.nt. Jans, *CMLR* 2008, p. 853-862, m.nt. Jans & Marseille, *SEW* 2007/230, m.nt. Ortlep & Verhoeven.

33 Zie HvJ EG 27 juni 2000, ECLI:EU:C:2000:346, gevoegde zaken C-240 t/m 244/98 (*Océano Grupo Editorial*); HvJ EG 21 november 2002, ECLI:EU:C:2002:705, zaak C473/00 (*Cofidis*).

34 Zie daarover ook De Poorter 2007.

35 Zie o.a. ABRvS 25 maart 2014, ECLI:NL:RVS:2014:1155.

36 *Kamerstukken II* 2009/10, 32 450, nr. 3, p. 21-22 met verwijzingen.

37 HvJ EU 12 mei 2011, ECLI:EU:C:2011:289, zaak C-115/09 (*Trianel*), *AB* 2011/213, m.nt. Backes, *M en R* 2011/140, m.nt. Jans.

4 De invloed van het EU-recht op het Nederlandse bestuursprocesrecht in cijfers

Er is nog heel andere manier om zicht te krijgen op de invloed van het EU-recht op het bestuursprocesrecht. Dat kan gebeuren door te onderzoeken hoe frequent uit uitspraken van de hoogste Nederlandse bestuursrechtelijke instanties (de belastingkamer van de Hoge Raad, de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State, de Centrale raad van Beroep en het College van Beroep voor het bedrijfsleven) blijkt van het belang en de invloed van het EU-recht op het Nederlandse bestuursprocesrecht.

Eén manier om daar een beeld van te krijgen is door te kijken hoe vaak de hoogste bestuursrechters uitspraken doen waar ze – blijkens de wijze van publicatie – zelf een groot belang aan toekennen en waarin blijkt van die invloed. Een andere manier is om te kijken hoe vaak diezelfde bestuursrechters prejudiciële vragen stellen over een procesrechtelijk vraagstuk.

Door de hoogste bestuursrechters geselecteerde uitspraken

Voor wat betreft het eerste punt biedt de publicatie van uitspraken van de hoogste Nederlandse bestuursrechters in het Nederlands Juristenblad (NJB) een goede indicatie. In bijna elke aflevering van dit blad worden sinds mensenheugenis uitspraken van onder meer de hoogste Nederlandse bestuursrechtelijke instanties gepubliceerd. Ze verzorgen zelf de selectie. Met hun selectie geven zij aan: deze uitspraken doen ertoe. Om te weten te komen hoe vaak uitspraken worden gepubliceerd waarin de vraag naar de invloed van het EU-recht op het Nederlandse recht in het algemeen en op het Nederlandse bestuursprocesrecht in het bijzonder aan de orde is,[38] hebben we drie halve jaargangen NJB's bekeken. Het betreft de NJB's van de eerste helft van 1994, 2004 en 2014. Het betrof 342 uitspraken.

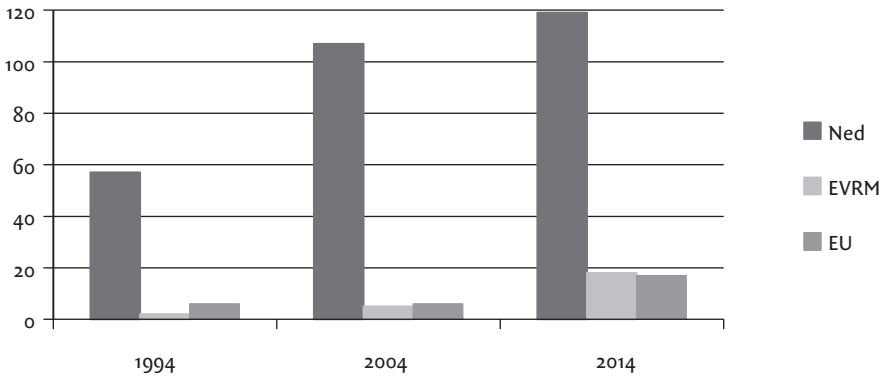
Wat komt daaruit naar voren over de betekenis van het EU-recht? Om daar een beeld van te verkrijgen, is het instructief te vergelijken tussen het Nederlandse recht, het EU-recht en het EVRM. In de onderstaande tabel laten we zien hoe vaak uitspraken (1) louter verwijzingen bevatten naar Nederlandse rechtsregels,[39] (2) ten minste verwijzingen bevatten naar het EVRM en (3) ten minste verwijzingen bevatten naar EU-recht.

---

38 Als procesrechtelijk hebben we beschouwd: de Awb-bepalingen die het beroep op de rechter en de bezwaarprocedure betreffen, alsmede bewijsvragen en geschillen over schending van de redelijke termijn en bezwaar en beroep tegen het uitblijven van besluiten. Niet als procesrechtelijk hebben we beschouwd: geschillen over schade, de dwangsom bij niet tijdig beslissen, verzoeken terug te komen op rechtens onaantastbare beslissingen, alsmede geschillen over belanghebbendheid en het besluitbegrip.

39 Bevat een uitspraak zowel verwijzingen naar nationaal recht als naar het EVRM of Europees recht, dan is de betreffende uitspraak niet aan de eerste categorie toebedeeld, maar aan de tweede of derde.

Tabel 1 Aard van de rechtsregels die in de uitspraken aan de orde zijn



Een opmerking vooraf ter toelichting op de tabel. Het eerste wat bij het bekijken ervan opvalt, is dat de hoogste Nederlandse bestuursrechters steeds meer uitspraken in het NJB zijn gaan plaatsen. Een interessant gegeven dat we hier verder laten rusten. Waar het ons hier om gaat: in het laatste van de drie jaren waar we naar hebben gekeken, wordt in de richtinggevende uitspraken van de hoogste Nederlandse bestuursrechters duidelijk vaker verwezen naar het EVRM en naar regels van EU-recht dan in de eerste twee jaren. In 1994 bedroeg het aandeel van EVRM en regels van EU-recht 12% van het totaal, in 2004 10%, in 2014 23%. Het EVRM en het EU-recht doen daarbij niet voor elkaar onder.

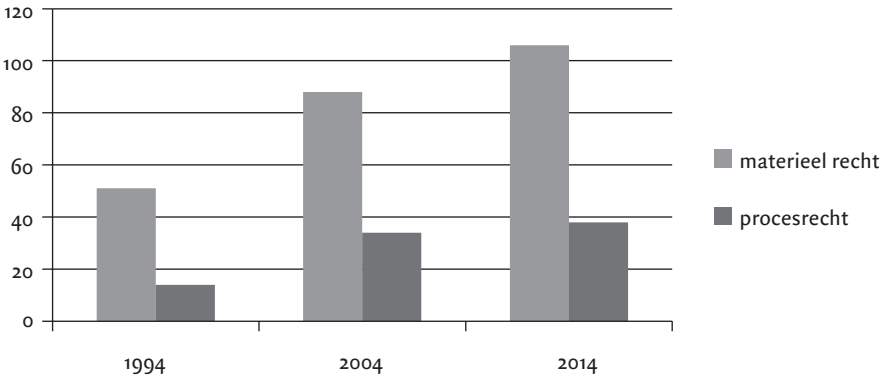
Echter, van al die in totaal 342 uitspraken is er maar één waarin de betekenis van het EU-recht voor het Nederlandse bestuursprocesrecht een rol speelt. Het betreft de uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State van 25 maart 2014,[40] waarin wordt bepaald dat toepassing van het relativiteitsvereiste niet in strijd is met het EU-recht.

Laat dit resultaat zien dat de betekenis van het EU-recht voor het Nederlands bestuursprocesrecht, gemeten aan de door de hoogste bestuursrechters in het NJB gepubliceerde jurisprudentie, verwaarloosbaar is? Wellicht. Echter, voordat we die vraag bevestigend kunnen beantwoorden, is het van belang eerst nog te kijken in welke mate onder de door de hoogste bestuursrechters in het NJB gepubliceerde uitspraken de toepasselijkheid van procesrechtelijke regels aan de orde is. Immers, denkbaar is dat het bij de in het NJB gepubliceerde uitspraken bijna alleen maar materieelrechtelijke vragen betreft, en het dus niet verbazend is dat dit ook geldt voor de uitspraken waarin de toepasselijkheid van EU-recht aan de orde is.

40 ECLI:NL:RVS:2014:1155, JB 2014/107.

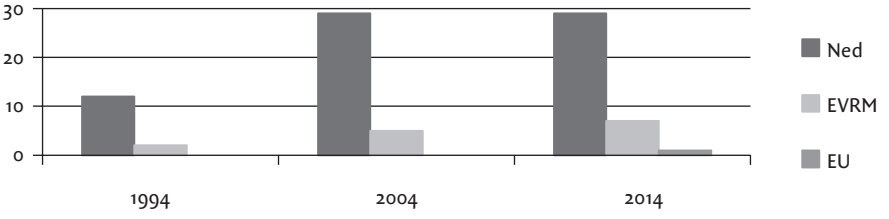
We laten daartoe twee tabellen zien. Tabel 2 betreft de verhouding tussen uitspraken waarin niet en wel procesrechtelijke vragen aan de orde zijn, tabel 3 de mate waarin in uitspraken betreffende procesrechtelijke vragen toepassing van Nederlandse rechtsregels, het EVRM en het EU-recht aan de orde is.

Tabel 2 Aandeel uitspraken met procesrechtelijke vragen



In tabel 2 is te zien dat ongeveer een kwart van de gepubliceerde uitspraken procesrechtelijke vragen betreft, drie kwart vragen van materieelrechtelijke aard. In het licht van wat in tabel 2 is te zien, verrast tabel 3 vervolgens niet.

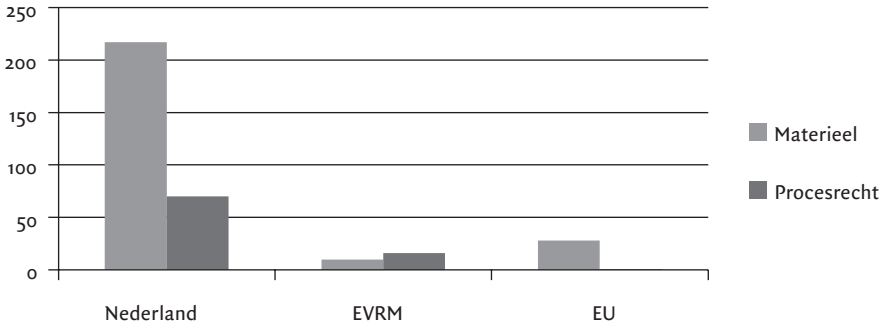
Tabel 3 Herkomst van regels in procesrechtelijke uitspraken



Uit tabel 3 blijkt dat voor zover in de in het NJB gepubliceerde uitspraken procesrechtelijke vragen aan de orde zijn, het slechts in 1 van de 87 gevallen een uitspraak betreft waarin regels van EU-recht aan de orde zijn. Hoogst zelden, derhalve.

Ten slotte kijken we naar het aandeel van procesrechtelijke kwesties in zaken waarin respectievelijk toepassing van Nederlandse rechtsregels, het EVRM en EU-recht aan de orde is.

Tabel 4 Aard van de in 1994, 2004 en 2014 gepubliceerde uitspraken



In tabel 4 is te zien dat de betekenis van het EVRM sterker met het procesrecht is verbonden dan met het materiële recht (16 van de 26 uitspraken betreffen procesrechtelijke vragen), maar dat de betekenis van het EU-recht (bijna) zonder uitzondering van materieelrechtelijke aard is (1 van de 29 uitspraken betreft procesrechtelijke vragen).

Al met al bevestigen de uitspraken van de hoogste Nederlandse bestuursrechters die zij zelf, blijkens publicatie in het NJB, van groot belang vinden, dat de betekenis van het EU-recht voor het Nederlandse bestuursprocesrecht verwaarloosbaar is.

Door de hoogste bestuursrechter gestelde prejudiciële vragen

Behalve naar de in het NJB gepubliceerde uitspraken hebben we ook gekeken naar het aantal prejudiciële vragen dat de hoogste bestuursrechtelijke instanties in Nederland aan het EU Hof van Justitie stellen.[41] Hoe vaak gaat het daarbij om een vraag die (mede) een procesrechtelijke kwestie betreft?

41 We hebben in dit geval alleen naar de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State, de Centrale Raad van Beroep en het College van Beroep voor het bedrijfsleven gekeken, omdat in de door ons geraadpleegde bron (de website van het Hof van Justitie) geen onderscheid wordt gemaakt tussen de verschillende kamers van de Hoge Raad.

Tabel 5 Prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie[42]

In de tabel is te zien dat het aantal vragen dat wordt gesteld, stijgt van 4 in 1995, via 9 in 2004 naar 19 in 2013. Van de 32 vragen betreft er 1 een kwestie die mede het procesrecht raakt: de prejudiciële vraag van de Afdeling bestuursrechtspraak die leidde tot het *Kraaijeveld*-arrest. Daarin bepaalde het Hof van Justitie onder meer dat als de nationale rechter over discretionaire procesbevoegdheden beschikt die van belang kunnen zijn voor een effectieve bescherming van Europese rechten, een nationale bevoegdheid een Europeesrechtelijke verplichting kan inhouden.[43] Voor het overige betreffen alle in de drie onderzochte jaren gestelde prejudiciële vragen onderwerpen van materieelrechtelijke aard.

5 Samenvattende conclusies

Onze bovenstaande analyses leiden tot de volgende samenvattende conclusies. Allereerst moet worden vastgesteld dat de invloed van het EU-recht op de fundamentele grondstructuur en oriëntatie van het Nederlandse bestuursrecht gering is, voor zover al van enige invloed sprake is. Noch bij de totstandkoming van de Awb, noch bij de tussentijdse tranches heeft het EU-recht een dominante rol vervuld. Wel is in de literatuur betoogd dat een te eenzijdige nadruk op het (subjectieve) rechtsbeschermingskarakter van het Nederlandse bestuursprocesrecht op gespannen voet staat met het EU-recht en dat een voldoende ruime toegang tot de bestuursrechtspraak gewaarborgd moet zijn door een voldoende ruime interpretatie van bestaande en nieuwe bepalingen die de bestuursrechtelijke rechtsbescherming reguleren. Maar daar is het dan ook bij gebleven.

Vervolgens kan worden geconstateerd dat met betrekking tot een aantal specifieke aspecten van het Nederlandse bestuursprocesrecht wel een uitgebreid en levendig debat is gevoerd ter zake van de Europeesrechtelijke inkadering. Daarbij

---

42 Anders dan bij het onderzoek naar gepubliceerde jurisprudentie zijn we, vanwege de geringere aantallen, hier van hele jaren uitgegaan. Omdat deze bijdrage is geschreven voordat 2014 voorbij was, hebben we 2013 als meest recente jaar genomen. Om te voorkomen dat de periodes tussen de onderzochte jaren verschillend zijn, hebben we als eerste jaar niet 1994 maar 1995 genomen.

43 HvJ EG 24 oktober 1996, ECLI:EU:C:1996:404, zaak C-72/95 (*Kraaijeveld*). Zie daarover beknopt: Schlössels & Zijlstra 2010, p. 1094, uitvoerig: Widdershoven 2009.

valt in de eerste plaats op dat dit debat voornamelijk is gevoerd in de context van wat Brenninkmeijer ooit aanduidde als de 'negatieve werking' van het EU-recht: er is een nationale regel en 'die mag niet van Europa'. Van een 'positieve werking' – kan of moet het EU-recht ons inspireren tot aanpassingen die een verbetering van het huidige bestuursprocesrecht betekenen? – is in het geheel geen sprake. Het debat heeft vooral een defensief ('hoe kunnen we "onze" regels handhaven?') in plaats van een offensief karakter. Het duidelijkst is dat gebeurd bij het vraagstuk van ambtshalve toetsing en de vraag in hoeverre de bestuursrechter – in de context van artikel 8.69 Awb – zich buiten de grenzen van het door partijen getrokken geding mag, dan wel moet begeven. Uiteindelijk heeft dit debat geleid tot het stellen van prejudiciële vragen door de Afdeling bestuursrechtspraak en is dit 'probleem' op die wijze opgelost.

Met betrekking tot de overige door ons onderzochte specifieke aspecten van het Nederlandse bestuursprocesrecht – de toegang tot de rechter (belanghebbendebegrip) en het relativiteitsvereiste – is ons het volgende opgevallen. In de eerste plaats is het opmerkelijk dat geen van onze 'hoogste' bestuursrechters het nodig heeft geoordeeld om over een van deze onderwerpen prejudiciële vragen te stellen. Klaarblijkelijk is hun oordeel dat het Nederlandse bestuursprocesrecht zonder twijfel de toets aan het EU-recht kan doorstaan (*acte clair*). Opvallend is daarbij dat in de schaarse rechterlijke uitspraken waarin deze onderwerpen aan de orde zijn, nauwelijks sprake is van een transnationale of rechtsvergelijkende motivering. De uitspraken van het Hof van Justitie ter zake van de toegang tot de rechter (*Djurgården*, *Slowaakse Beren*) en het relativiteitsvereiste (*Trianel*), laten zich uiteraard niet 'zonder meer' transplanteren naar de Nederlandse situatie. Maar wel hadden we verwacht dat de Nederlandse bestuursrechter een gemotiveerde poging zou hebben gedaan om deze rechtspraak 'te vertalen' naar mogelijke consequenties voor het Nederlandse bestuursprocesrecht of althans de gedachte dat die rechtspraak relevant is zou ontkrachten.

Met betrekking tot het derde door ons onderzochte niveau kunnen we de volgende conclusies trekken. De hogere Nederlandse bestuursrechters maken veelvuldig gebruik van het EU-recht. In talloze uitspraken wordt gerefereerd aan EU-recht, zowel het primaire als het secundaire recht. Daarmee wordt de uitspraak dat het EU-recht voor de nationale (bestuurs)rechter een grote onbekende is gelogenstraft. Ook de aantallen prejudiciële verwijzingen onderstrepen dit. Wat wel opvalt, is dat deze referenties aan het EU-recht bijna uitsluitend het *materiële* recht betreffen ('zijn op een akker achtergebleven preiresten nu wel of geen "afvalstoffen" in de zin van de EU kaderrichtlijn Afvalstoffen?'). Het meer formele en procedurele bestuursprocesrecht wordt nauwelijks in uitspraken in verbinding gebracht met c.q. geproblematiseerd in het licht van eventueel toepasbaar EU-recht. Zoals gezegd, dit is opvallend, maar verbazen doet dit ons niet. In de literatuur is door velen naar voren gebracht dat de Europese harmonisatie van het nationale bestuursrecht vooral het materiële recht betreft en dat procedurele en formele regels binnen de institutionele c.q. procedurele autonomie van de lidstaten vallen. In dit licht is het dan ook niet verwonderlijk dat de botsingen tussen nationaal en EU-recht primair de materiële inhoud van het toepasbare recht betreffen. En dat blijkbaar de meeste vragen van formeel en procedureel bestuursprocesrecht zich binnen de veilige bandbreedte van die autonomie afspelen. Met andere woorden: met de invloed van het EU-recht op

de bestuursrechtelijke rechtsbescherming 'valt het wel mee' c.q. 'valt tegen', al naar gelang het perspectief. Verbazingwekkend, maar toch ook weer niet.

Alhoewel deze bundel een jubileumbundel is, veroorloven wij ons desalniettemin de vraag of dit in de toekomst heel anders zal worden. Wij denken eerlijk gezegd van niet. Natuurlijk, ook in de toekomst zal er wel eens een regel van autochtoon bestuursrecht gaan sneuvelen – à la *Medemblik* – of EU-conform moeten worden geïnterpreteerd. Maar de invloed op de grondstructuur van het bestuursprocesrecht zal de komende jaren beperkt zijn. We moeten daarbij beseffen dat de variatie in het nationale bestuursprocesrecht van de 28 in de EU verenigde lidstaten aanzienlijk is. En dat het nog maar de vraag is of het recht van de Europese Unie thans reeds voorziet in voldoende wetgevingsbevoegdheden om hier harmoniserend op te treden. Het ontstaan van een Europees *ius commune* heeft nog een lange weg te gaan en zal, zo is onze verwachting, niet op korte termijn via de 'voordeur' tot stand komen. Via de jurisprudentiële 'achterdeur' is echter een verdere convergentie niet uitgesloten. Deze rechterlijke harmonisatie zal beperkt zijn tot het opruimen van enkele (te) scherpe kantjes die de toets van het doeltreffendheidsbeginsel niet kunnen doorstaan. Welke dat zijn...? De toekomst zal ons dat leren.

Literatuur

C.L.G.F.H. Albers & R.J.N. Schlössels, 'De omvang van het bestuursrechtelijke geding: het Europese recht als paard van troje', *Gst.* (2005) 7224, p. 81-94.

Ch.W. Backes, 'Europeesrechtelijke implicaties van een eventuele introductie van het relativiteitsvereiste in het Nederlandse bestuursprocesrecht', in: G.H. Addink e.a. (red.), *Grensverleggend bestuursrecht*, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2008, p. 297-308.

P.H. Banda, *Administratief procesrecht in vergelijkend perspectief: Een rechtsvergelijkende studie naar de invloed van de functie van het beroep op de rechter bij de regeling van het administratieve procesrecht* (diss. Tilburg), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1989.

T. Barkhuysen, 'De inpassing van de prejudiciële procedure in het Nederlandse bestuursrecht', in: T. Barkhuysen, W. den Ouden & E. Steyger (red.), *Europees recht effectueren*, Alphen a/d Rijn: Kluwer 2007, p. 325-350.

A.F.M. Brenninkmeijer, 'De invloed van de jurisprudentie van het Hof van Justitie op het procesrecht van de Lidstaten', in: J.A.E. Vervaele (red.), *Bestuursrechtelijke toepassing en handhaving van gemeenschapsrecht in Nederland*, Deventer: Kluwer 1993, p. 107-122.

W.Th. Douma, 'Grenzen aan het beperken van toegang tot de rechter in milieuzaken volgens het Europese Hof van Justitie', *NtEr* 2011, p. 336-341.

M. Eliantonio, *Europeanisation of Administrative Justice? The Influence of the ECJ's Case Law in Italy, Germany and England* (diss. Maastricht), Groningen/Amsterdam: Europa Law Publishing 2009.

K.J. de Graaf, J.H. Jans & H.D. Tolsma, 'Milieuorganisaties door de mangel. De wetgever gepasseerd?', *NJB* 2009, p. 80-87.

J.H. Jans, 'Het belanghebbende-begrip in het licht van het Europese recht', in: J.L. Boxum e.a. (red.), *Aantrekkelijke gedachten*, Deventer: Kluwer 1993, p. 195-210.

J.H. Jans, *Doorgeschoten? Enkele opmerkingen over de gevolgen van de Europeanisering van het bestuursrecht voor de grondslagen van de bestuursrechtspraak* (oratie Groningen), Groningen: Europa Law Publishing 2005.

J.H. Jans, 'Vloeibare rechtsbescherming. Enkele opmerkingen over bestuursprocesrecht, de Crisis- en herstelwet en het Verdrag van Aarhus', in: M.N. Boeve & R. Uylenburg (red.), *Kansen in het omgevingsrecht* (Koeman-bundel), Groningen: Europa Law Publishing 2009, p. 327-342.

J.H. Jans, 'Harmonisation of National Procedural Law Via the Back Door? Preliminary Comments on the ECJ's Judgment in Janecek in a Comparative Context', in: M.K. Bulterman, L. Hancher, A.M. McDonnell & H.G. Sevenster (red.), *Views of European Law from the Mountain* (Liber Amicorum P.J. Slot), Alphen a/d Rijn: Kluwer Law International 2009, p. 267-275.

J.H. Jans, 'Naar een Europese Awb(?)', in: T. Barkhuysen, W. den Ouden & J.E.M. Polak (red.), *Bestuursrecht harmoniseren: 15 jaar Awb*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010, p. 609-626.

J.H. Jans & K.J. de Graaf, 'Bevoegdheid = verplichting? Enkele opmerkingen over de uitspraak van het Hof van Justitie in de zaak Kühne & Heitz', *NtEr* 2004, p. 98-102.

J.H. Jans & M. de Jong, 'Interne harmonisatie van rechtsbeschermingsclausules in het secundaire gemeenschapsrecht?', *RegelMaat* 1999, p. 73-83.

J.H. Jans, S. Prechal & R.J.G.M. Widdershoven, *Inleiding tot het Europees bestuursrecht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2011.

J.P. de Jong, *Bestuursrecht van vreemde herkomst: een onderzoek naar de bronnen en grondslagen van een drietal centrale elementen van de Nederlandse bestuursrechtstheorie* (diss. Tilburg), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1988.

A.J.C. de Moor-van Vugt, *Algemene beginselen van behoorlijk bestuur en buitenlandse equivalenten: Een rechtsvergelijkend onderzoek* (diss. Tilburg), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1987.

N.J.M. de Munnik, 'Geen ambtshalve toetsing van Europees recht. Vragen van het CBb inzake Van der Weerd e.a. beantwoord', *NtEr* 2007, p. 246-252.

R. Ortlep & M.J.M. Verhoeven, 'Het arrest Van der Weerd: voorlopige duidelijkheid over verplichting ambtshalve toetsing aan het EG-recht', *JBplus* 2007/4, p. 224-236.

J.C.A. de Poorter, 'Subjectiveringstendensen rond het beroepsrecht in Europeesrechtelijk perspectief', in: T. Barkuysen, W. den Ouden & E. Steyger (red.), *Europees recht effectueren*, Alphen a/d Rijn: Kluwer 2007, p. 29-46.

A.M. Rijs & H.R.B.M. Kunmeling, *Europese integratie en aspecten van rechtsbescherming*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1993.

M. Scheltema, 'Harmonisatie van kerngebieden van het recht in de EU: noodzaak en methoden', in: D.C. Buijs-van Bemmel e.a. (red.), *Mok-aria. Opstellen aangeboden aan prof. mr. M.R. Mok ter gelegenheid van zijn 70e verjaardag*, Deventer: Kluwer 2002, p. 249-260.

R.J.N. Schlössels & S.E. Zijstra, *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat*, Deventer: Kluwer 2010.

B.J. Schueler, 'Een kwarteeuw na Benthem', in: M.N. Boeve & R. Uylenburg (red.), *Kansen voor het Omgevingsrecht* (Koeman-bundel), Groningen: Europa Law Publishing 2009, p. 387-400.

E. Steyger, R.J.G.M. Widdershoven & A.W.H. Meij, *Europees recht en het Nederlandse bestuursrecht*, VAR-Reeks 16, Alphen a/d Rijn: Samson H.D. Tjeenk Willink 1996, p. 7-96

E.M. Vermeulen, *Nederlandse rechtsbescherming in communautaire context*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2001.

S.O. Voogt, 'Europeesrechtelijke invloeden op het administratief procesrecht', in: Bestuursrecht na 1992: preadviezen voor de conferentie, gehouden op 20 april 1989 ter gelegenheid van het 50-jarig bestaan van de Vereniging voor Administratief Recht, Alphen a/d Rijn: Samsom H.D. Tjeenk Willink 1989.

R.J.G.M. Widdershoven, 'Naar een bestuurs(proces)rechtelijk Ius Commune in Europa', in: E. Steyger, R.J.G.M. Widdershoven & A.W.H. Meij, *Europees recht en het Nederlandse bestuursrecht*, VAR-Reeks 16, Alphen a/d Rijn: Samson H.D. Tjeenk Willink 1996, p. 97-200.

R.J.G.M. Widdershoven, 'Rechtsbescherming in het milieurecht in Europees perspectief', *M en R* 2004, p. 530-540.

R.J.G.M. Widdershoven, 'De Europese rol van de nationale rechter: rechtsbeschermer of controleur?', in: A.W. Heringa e.a. (red.), *Het bestuursrecht beschermd* (Stroink-bundel), Den Haag: Sdu Uitgevers 2006, p. 57-69.

R.J.G.M. Widdershoven, 'De invloed van het EG-recht en het EVRM op de Nederlandse bestuursrechtspraak', *JB-plus-Verklaard* 2006, p. 26-48.

R.J.G.M. Widdershoven, 'Kraaijeveld. Doorwerking van EG-recht in de nationale rechtsorde', in: T. Barkhuysen e.a., *AB Klassiek*, Deventer: Kluwer 2009, p. 427-439.

R.J.G.M. Widdershoven, M.J.M. Verhoeven, S. Prechal e.a., *De Europese agenda van de Awb*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007.

Bestuur en ereleden

Bestuur

Prof. mr. B.J. Schueler (voorzitter)
Mr. M.L.M. van der Loop (secretaris)
Mw. mr. M.L. Batting (adjunct-secretaris)
Mr. dr. R.J. Koopman (penningmeester)
Prof. mr. T. Barkhuysen
Mw. mr. N.H. van den Biggelaar
Mr. H. Bolt
Mr. dr. K.J. de Graaf
Mw. mr. dr. J.E. Hoitink
Mw. prof. mr. dr. M.J. Jacobs
Mr. dr. H.G. Lubberdink
Mr. R.C. Stam
Mw. mr. dr. J.H. Verweij
Mr. W. Wensink
Prof. mr. R.J.G.M. Widdershoven

Ereleden

Mr. J.M. Polak
Mw. mr. A. Rothuizen-Geerts
Mr. M. Scheltema